This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 192 548

HARVARD LAW LIBRARY

Received DEC 15 1908

Alfred Lorentz
Antiquariat-Sortiment
Leipzig, Kurprinzstr. 10

22.—

Einl. R~

Alfred Lorentz

Bürgerliches Gesetzbuch

nebst

Einführungsgesetz

erläutert von

Dr. G. Planck,

Wirklicher Geheimer Rat und ordentlicher Honorarprofessor an der Universität Göttingen,

in Verbindung mit

Dr. A. Achilles †, Reichsgerichtsrat,
Dr. F. André, ordentlicher Professor,
M. Greiff, Geheimer Oberjustizrat,
F. Ritgen, Kammergerichtsrat,
O. Strecker, Oberlandesgerichtsrat,
Dr. E. Strohal, Geheimer Hofrat, ord. Professor,
Dr. R. Unzner, Ober-Regierungsrat.

Fünfter Band.

Erbrecht.

Dritte, vermehrte und verbesserte Auflage.

Berlin 1908.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,

G. m. b. H.

DEC 15 1908

Vorwort.

Die in dem Vorworte zur dritten Auflage mitgeteilte Verteilung des Stoffes unter die Mitarbeiter hat in betreff des fünften Bandes dadurch eine Änderung erfahren, daß Herr Geheimer Hofrat Professor Dr. Strohal wegen Überhäufung mit Berufsgeschäften, um die Vollendung des fünften Bandes zu beschleunigen, die Bearbeitung mehrerer Titel an andere Mitarbeiter abgegeben hat. Hiernach hat Herr Oberregierungsrat Dr. Unzner die Titel über Testamentsvollstrecker, über gemeinschaftliches Testament und über Erbschein, Herr Oberlandesgerichtsrat Strecker den Titel über Errichtung und Aufhebung eines Testaments, der Herausgeber die Titel über Vermächtnisse, Auflage, Erbvertrag, Erbunwürdigkeit, Erbverzicht und Erbschaftskauf bearbeitet.

Göttingen im Juli 1908.

Der Herausgeber.

Inhaltsverzeichnis des fünften Bandes.

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Seite

Vorbemerkungen 3

Erster Abschnitt.

Erbfolge.

Vorbemerkungen 8
§ 1922 Erbgang (Erbfall, Erbe, Erbschaft, Erbteil) 10
§ 1923 Leben des Erben 13
Vorbemerkungen zu den §§ 1924—1930 (Verwandtenerbfolge) 15
§ 1924 Verwandtenerbfolge, erste Ordnung 17
§ 1925 Zweite Ordnung 18
§ 1926 Dritte Ordnung 19
§ 1927 Mehrfache Verwandtschaft in den drei ersten Ordnungen 20
§ 1928 Vierte Ordnung 21
§ 1929 Fünfte und fernere Ordnungen 22
§ 1930 Reihenfolge der Berufung 23
§ 1931 Erbfolge des überlebenden Ehegatten 23
§ 1932 Voraus des Ehegatten 25
§ 1933 Wegfall des Erbrechts und des Voraus des Ehegatten 27
§ 1934 Erbrecht des Ehegatten, der zugleich Verwandter 28
§ 1935 Erhöhung des gesetzlichen Erbteils 28
§ 1936 Erbfolge des Fiskus 29
Vorbemerkungen zu den §§ 1937—1941 (Verfügung von Todes wegen) 31
§ 1937 Testament; Erbeinsetzung 32
§ 1938 Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge 33
§ 1939 Vermächtnis 33
§ 1940 Auflage 36
§ 1941 Erbvertrag 37

Zweiter Abschnitt.

Rechtliche Stellung des Erben.

Vorbemerkungen 38

Erster Titel.

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkungen 39
§ 1942 Anfall der Erbschaft; Übergang kraft Gesetzes 47
§ 1943 Annahme der Erbschaft 48
§ 1944 Ausschlagungsfrist 51
§§ 1945—1947 Erklärung des Erben 54

Seite
§§ 1948, 1949 Verhältnis mehrerer Berufungsgründe 57
§§ 1950, 1951 Annahme und Ausschlagung eines Teiles der Erbschaft 60
§ 1952 Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts 63
§ 1953 Wirkung der Ausschlagung 66
§ 1954 Anfechtung der Annahme und der Ausschlagung; Anfechtungsfrist 67
§ 1955 Anfechtungserklärung 68
§ 1956 Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist 69
§ 1957 Wirkung der Anfechtung 72
§ 1958 Rechtsverfolgung gegen den einstweiligen Erben 72
§ 1959 Haftbarkeit des einstweiligen Erben für seine Geschäftsführung; Wirksamkeit der von ihm und ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte 75
§§ 1960—1962 Fürsorge des Nachlaßgerichts, Nachlaßpflegschaft 78
§ 1963 Unterhaltsanspruch der Mutter eines noch ungeborenen Erben 83
§§ 1964—1966 Feststellung des Erbrechts des Fiskus 87

Zweiter Titel.
Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkungen 90

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967 Grundsatz; Umfang der Haftung 96
§ 1968 Beerdigungskosten 99
§ 1969 Unterhaltsanspruch der Familienangehörigen 100

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Vorbemerkungen 102
§ 1970 Zulässigkeit des Aufgebots 104
Vorbemerkungen zu den §§ 1971, 1972 105
§§ 1971, 1972 Nicht betroffene Gläubiger 107
§ 1973 Wirkung des Ausschlußurteils 109
§ 1974 Verspätete Geltendmachung einer Forderung 121

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

Vorbemerkungen 124
§ 1975 Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs 131
§§ 1976, 1977 Absonderung des Nachlasses 132
§§ 1978—1980 Verantwortlichkeit des Erben 135
§ 1981 Anordnung der Nachlaßverwaltung 143
§ 1982 Ablehnung wegen mangelnder Masse 146
§ 1983 Bekanntmachung der Nachlaßverwaltung 146
§ 1984 Wirkung der Anordnung 147
§§ 1985, 1986 Obliegenheiten des Nachlaßverwalters 149
§ 1987 Vergütung des Verwalters 152
§ 1988 Beendigung der Nachlaßverwaltung 152
§ 1989 Haftung des Erben nach beendigtem Nachlaßkonkurse 153
Vorbemerkungen zu den §§ 1990, 1991 156
§§ 1990, 1991 Abzugseinrede 156
§ 1992 Berichtigung von Vermächtnissen und Auflagen 164

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

Vorbemerkungen 167
§ 1993 Berechtigung des Erben zur Inventarerrichtung 170
§ 1994 Verpflichtung des Erben; Inventarfrist 171
§ 1995 Dauer der Inventarfrist 174
§ 1996 Neue Inventarfrist 174
§§ 1997, 1998 Lauf und Beendigung der Inventarfrist 176
§ 1999 Mitteilung der Fristbestimmung an das Vormundschaftsgericht 177

Seite
§ 2000 Inventarerrichtung bei Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs 177
§ 2001 Inhalt des Inventars 178
§§ 2002—2004 Aufnahme des Inventars 179
§ 2005 Mängel des Inventars; allgemein unbeschränkte Haftung 181
§ 2006 Offenbarungseid; unbeschränkte Haftung gegenüber einem einzelnen Nachlaßgläubiger 184
§ 2007 Haftung eines zu mehreren Erbteilen berufenen Erben 187
§ 2008 Inventarfrist für eine Ehefrau 189
§ 2009 Vermutung für die Vollständigkeit des Inventars 193
§ 2010 Einsicht des Inventars 194
§§ 2011, 2012 Befreiung von der Inventarpflicht 195
§ 2013 Folgen der unbeschränkten Haftung 197

V. Aufschiebende Einreden.

Vorbemerkungen 202
§ 2014 Regelmäßige Schutzfrist 209
§ 2015 Verlängerte Schutzfrist bei Aufgebot der Nachlaßgläubiger 211
§ 2016 Wegfall der Einreden 212
§ 2017 Beginn der Fristen im Falle der Bestellung eines Nachlaßpflegers 213

Dritter Titel.
Erbschaftsanspruch.

Vorbemerkungen 215
§ 2018 Anspruchsgegner; Gegenstand des Anspruchs 220
§ 2019 Dingliche Surrogation 225
§ 2020 Herausgabe gezogener Nutzungen 228
§ 2021 Unmöglichkeit der Herausgabe in Natur 229
§ 2022 Ersatz von Verwendungen 230
§ 2023 Einfluß der Rechtshängigkeit des Anspruchs 233
§ 2024 Mangel des guten Glaubens bei dem Erbschaftsbesitzer 234
§ 2025 Strafbare Handlungen; verbotene Eigenmacht 235
§ 2026 Ausschluß der Ersitzung 237
§§ 2027, 2028 Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers und anderer Personen 239
§ 2029 Erbschaftliche Einzelansprüche 241
§ 2030 Weiterer Anspruchsgegner 243
§ 2031 Herausgabe des Vermögens eines für tot Erklärten 244

Vierter Titel.
Mehrheit von Erben.

Vorbemerkungen 246

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

Vorbemerkungen 247
§ 2032 Erbengemeinschaft 248
§ 2033 Verfügungsrecht eines Miterben 249
§§ 2034—2037 Vorkaufsrecht der Miterben 254
§ 2038 Verwaltung des Nachlasses 260
§ 2039 Geltendmachung von Nachlaßansprüchen 262
§ 2040 Verfügung über einzelne Nachlaßgegenstände 265
§ 2041 Gegenstand der Gemeinschaft 267
Vorbemerkungen zu den §§ 2042—2049 (Auseinandersetzung) 268
§ 2042 Auseinandersetzung; allgemeine Vorschriften 272
§ 2043 Zeitweilige Unzulässigkeit 278
§ 2044 Ausschließung 280
§ 2045 Aufschub 282
§ 2046 Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten 283
§ 2047 Verteilung des Überschusses 285
§ 2048 Anordnungen des Erblassers für die Auseinandersetzung 286

Seite
§ 2049 Übernahme eines Landguts durch einen Miterben 288
Vorbemerkungen zu den §§ 2050—2057 (Ausgleichung) 289
§ 2050 Voraussetzungen und Umfang der Ausgleichungspflicht 291
§ 2051 Ausgleichungspflicht des an die Stelle eines verpflichteten Abkömmlinges tretenden Erben 296
§ 2052 Ausgleichung bei Erbeinsetzung von Abkömmlingen 298
§ 2053 Fälle, in denen eine Ausgleichung nicht stattfindet 299
§ 2054 Ausgleichung von Zuwendungen aus dem Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft 300
§§ 2055, 2056 Vollziehung der Ausgleichung 302
§ 2057 Auskunftspflicht der Miterben 305

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

Vorbemerkungen 308
§ 2058 Grundsatz der Gesamthaftung 313
§ 2059 Haftung bis zur Teilung des Nachlasses 315
§ 2060 Haftung nach der Teilung 324
§ 2061 Öffentliche Aufforderung der Nachlaßgläubiger 329
§ 2062 Nachlaßverwaltung bei Miterben 332
§ 2063 Inventar, Haftungsbeschränkung 333

Dritter Abschnitt.

Testament.

Vorbemerkungen 335

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkungen 336
§§ 2064, 2065 Unzulässigkeit der Vertretung 338
§§ 2066, 2067 Bedenkung der gesetzlichen Erben oder der Verwandten des Erblassers . . 341
Vorbemerkungen zu den §§ 2068—2070 343
§§ 2068—2070 Bedenkung von Abkömmlingen des Erblassers oder eines Dritten . . . 344
§ 2071 Bedenkung einer Klasse von Personen 348
§ 2072 Bedenkung der Armen 348
§ 2073 Mehrdeutige Bezeichnung des Bedachten 349
Vorbemerkungen zu den §§ 2074—2076 350
§§ 2074—2076 Bedingte Zuwendungen 352
§ 2077 Zuwendungen unter Ehegatten und Verlobten 355
Vorbemerkungen zu den §§ 2078—2083 (Anfechtung letztwilliger Verfügungen) 356
§§ 2078, 2079 Anfechtungsgründe 361
§ 2080 Anfechtungsberechtigung 369
§ 2081 Anfechtungserklärung 372
§ 2082 Anfechtungsfrist 374
§ 2083 Verweigerung der Leistung 375
§ 2084 Möglichkeit verschiedener Auslegungen 376
§ 2085 Unwirksamkeit einer von mehreren Verfügungen 376
§ 2086 Vorbehalt der Ergänzung einer letztwilligen Verfügung 377

Zweiter Titel.

Erbeinsetzung.

Vorbemerkungen 378
§ 2087 Begriffsmerkmale der Erbeinsetzung 379
§§ 2088—2093 Einsetzung auf Bruchteile der Erbschaft 380
§§ 2094, 2095 Anwachsung 385
§§ 2096—2099 Einsetzung eines Ersatzerben 390

Dritter Titel.

Einsetzung eines Nacherben.

Seite

Vorbemerkungen . . . 393
§ 2100 Begriff . . . 399
§ 2101 Einsetzung einer noch nicht vorhandenen Person . . . 400
§ 2102 Verhältnis der Nacherbeinsetzung zur Ersatzerbeinsetzung . . . 401
§ 2103 Anordnung der Herausgabe der Erbschaft . . . 402
§ 2104 Erbeinsetzung unter einem Endtermin oder einer auflösenden Bedingung . . . 403
§ 2105 Erbeinsetzung unter einem Anfangstermin oder einer aufschiebenden Bedingung . 405
§ 2106 Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft an den Nacherben . . . 406
§ 2107 Vorzug der Abkömmlinge des Vorerben . . . 408
§ 2108 Leben des Nacherben; Vererblichkeit seines Rechtes . . . 411
§ 2109 Dauer der Wirksamkeit einer Nacherbeinsetzung . . . 415
§§ 2110, 2111 Umfang des Rechtes des Nacherben . . . 418
§ 2112 Verfügungsrecht des Vorerben . . . 422
§ 2113 Verfügung über Grundstücke und Rechte an solchen; unentgeltliche Verfügungen . 425
§ 2114 Verfügung über Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden . . . 433
§ 2115 Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben . . . 434
§§ 2116, 2117 Sicherstellung von Wertpapieren . . . 437
§ 2118 Buchforderungen . . . 439
§ 2119 Geldanlegung . . . 439
§ 2120 Verpflichtung des Nacherben zur Einwilligung . . . 440
§ 2121 Verzeichnung der Erbschaftsgegenstände . . . 441
§ 2122 Feststellung des Zustandes der Erbschaftssachen . . . 443
§ 2123 Wirtschaftsplan für Wälder und Bergwerke . . . 443
§§ 2124—2126 Kosten und Lasten der Erbschaft . . . 443
§ 2127 Auskunftspflicht des Vorerben . . . 447
§§ 2128, 2129 Sicherheitsleistung; Entziehung der Verwaltung . . . 448
§ 2130 Herausgabe der Erbschaft an den Nacherben . . . 450
§§ 2131—2134 Verantwortlichkeit und Ersatzpflicht des Vorerben . . . 452
§ 2135 Einfluß einer bestehenden Miete oder Pacht . . . 454
§ 2136 Befreiung des Vorerben . . . 455
§§ 2137, 2138 Einsetzung des Nacherben auf den Überrest . . . 464
§ 2139 Anfall der Erbschaft an den Nacherben . . . 467
§ 2140 Schutz des Vorerben und eines Dritten . . . 469
§ 2141 Unterhaltsanspruch der Mutter des noch ungeborenen Nacherben . . . 471
§ 2142 Ausschlagung des Nacherben . . . 472
§ 2143 Absonderung der Erbschaft vom Vermögen des Vorerben . . . 475
§§ 2144—2146 Haftung des Vorerben und des Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten 475

Vierter Titel.

Vermächtnis.

Vorbemerkungen . . . 485
§§ 2147, 2148 Beschwerung mit einem Vermächtnisse . . . 487
§ 2149 Vermächtnis an die gesetzlichen Erben . . . 490
§ 2150 Vorausvermächtnis . . . 490
§§ 2151, 2152 Unvollständigkeit einer Vermächtnisanordnung hinsichtlich der Person des Bedachten . . . 492
§ 2153 Desgl. hinsichtlich der Teile mehrerer Bedachter . . . 494
§ 2154 Wahlvermächtnis . . . 495
§ 2155 Gattungsvermächtnis . . . 497
§ 2156 Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen . . . 498
§ 2157 Gemeinschaftliches Vermächtnis, Bruchteile . . . 499
§§ 2158, 2159 Anwachsung . . . 500
§ 2160 Leben des Bedachten zur Zeit des Erbfalls . . . 501
§ 2161 Wegfall des Beschwerten . . . 502
§§ 2162, 2163 Zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit des Vermächtnisses . . . 502

Seite
§ 2164 Zubehör einer vermachten Sache; mitvermachter Ersatzanspruch 503
§§ 2165—2168 Belastung des vermachten Gegenstandes 505
§ 2169 Leistung des Vermächtnisses aus der Erbschaft 510
§ 2170 Verschaffungsvermächtnis 513
§§ 2171, 2172 Unmögliche und verbotene Leistungen 515
§ 2173 Vermachte Forderung 519
§ 2174 Wirkung des Vermächtnisses, Begründung eines Forderungsrechts 523
§ 2175 Ausschluß der Vereinigung 526
§§ 2176—2179 Anfall des Vermächtnisses 527
§ 2180 Annahme und Ausschlagung 531
§ 2181 Fälligkeit 533
§§ 2182, 2183 Verpflichtungen des Beschwerten bei dem Gattungs- und Verschaffungsvermächtnisse 534
§ 2184 Herausgabe von Früchten 536
§ 2185 Verwendungen 538
§§ 2186—2188 Haftung eines beschwerten Vermächtnisnehmers 540
§ 2189 Vorrang eines von mehreren Vermächtnissen 543
§ 2190 Ersatzvermächtnis 543
§ 2191 Nachvermächtnis 544

Fünfter Titel.

Auflage.

Vorbemerkungen 545
§ 2192 Gleichstellung mit letztwilligen Zuwendungen 546
§ 2193 Person des Begünstigten 547
§ 2194 Erzwingung der Vollziehung der Auflage 548
§ 2195 Unwirksamkeit der Auflage 550
§ 2196 Herausgabe der Zuwendung 551

Sechster Titel.

Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkungen 553
§ 2197 Ernennung im Testamente 558
§ 2198 Bestimmung der Person durch einen Dritten 560
§ 2199 Ernennung durch einen Testamentsvollstrecker 562
§ 2200 Ernennung durch das Nachlaßgericht 563
§ 2201 Fähigkeit zum Amte als Testamentsvollstrecker 564
§ 2202 Annahme des Amtes 566
§ 2203 Aufgaben und Befugnisse des Vollstreckers; Ausführung der letztwilligen Verfügungen 569
§ 2204 Auseinandersetzung der Miterben 571
§ 2205 Verwaltung des Nachlasses, Verfügungsrecht 574
§§ 2206, 2207 Eingehung von Verbindlichkeiten 577
§ 2208 Beschränkungen durch den Erblasser 580
§§ 2209, 2210 Testamentsvollstrecker mit selbständigem Verwaltungsrechte 582
§ 2211 Verfügungen des Erben 585
Vorbemerkungen zu den §§ 2212—2214 (Prozeßführung) 587
§ 2212 Aktivprozesse 589
§ 2213 Passivprozesse 590
§ 2214 Ausschluß der persönlichen Gläubiger des Erben vom Nachlasse 593
§ 2215 Rechte und Pflichten des Vollstreckers gegenüber dem Erben; Verzeichnung des Nachlasses 594
§ 2216 Verwaltungspflicht 596
§ 2217 Herausgabe einzelner Nachlaßgegenstände 597
§ 2218 Anwendung der Vorschriften über den Auftrag 599
§ 2219 Schadensersatzpflicht 601
§ 2220 Unzulässigkeit der Befreiung 602

Seite
§ 2221 Vergütung des Vollstreckers 603
§§ 2222, 2223 Testamentsvollstrecker zu bestimmten Zwecken 604
§ 2224 Mehrere Testamentsvollstrecker 607
Vorbemerkungen zu den §§ 2225—2227 (Beendigung des Amtes) 609
§ 2225 Beendigung durch Tod oder Unfähigkeit des Vollstreckers 610
§ 2226 Kündigung 610
§ 2227 Entlassung 611
§ 2228 Einsicht von Erklärungen bei dem Nachlaßgerichte 612

Siebenter Titel.

Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkungen 613
§§ 2229, 2230 Fähigkeit zur Testamentserrichtung 617
§ 2231 Die ordentlichen Testamentsformen 620
§ 2232 Errichtung vor einem Richter oder Notar 631
§ 2233 Mitwirkende Personen 632
Vorbemerkungen zu den §§ 2234—2237 633
§§ 2234—2237 Ausschließungsgründe 634
§ 2238 Errichtungsakt 638
§ 2239 Ständige Anwesenheit der mitwirkenden Personen 642
§§ 2240—2242 Protokoll 644
§ 2243 Verhinderung des Erblassers am Sprechen 651
§§ 2244, 2245 Unkenntnis der deutschen Sprache 653
§ 2246 Verschluß und Verwahrung des Testaments 657
§§ 2247, 2248 Eigenhändiges Testament 660
§ 2249 Außerordentliche Testamentsformen; Errichtung vor dem Gemeindevorsteher (Nottestament) 661
§ 2250 Errichtung vor dem Gemeindevorsteher oder vor drei Zeugen (Verkehrssperrung) 664
§ 2251 Errichtung vor drei Zeugen (Seetestament) 665
§ 2252 Zeitlich beschränkte Gültigkeit der in außerordentlicher Form errichteten Testamente 666
§ 2253 Aufhebung des Testaments; Widerruf 667
§ 2254 Widerruf durch Testament 668
§ 2255 Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde 669
§ 2256 Rücknahme aus der Verwahrung 671
§ 2257 Widerrufung des Widerrufs 674
§ 2258 Aufhebung durch späteres Testament 674
§ 2259 Testamentseröffnung; Ablieferungspflicht 676
§ 2260 Eröffnungstermin 678
§ 2261 Eröffnung durch ein anderes als das Nachlaßgericht 682
§ 2262 Mitteilung des Inhalts 682
§ 2263 Verbot der Eröffnung 683
§ 2264 Einsicht des Testaments, Abschrift 684

Achter Titel.

Gemeinschaftliches Testament.

Vorbemerkungen 686
§ 2265 Beschränkung auf Ehegatten 688
§ 2266 Errichtung vor dem Gemeindevorsteher 689
§ 2267 Errichtung in eigenhändiger Form 689
§ 2268 Einfluß der Nichtigkeit und der Auflösung der Ehe 691
§ 2269 Verfügungen für die Zeit nach dem Tode des Überlebenden 692
§ 2270 Gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen (Korrespektivität) 696
§ 2271 Widerruf korrespektiver Verfügungen 700
§ 2272 Rücknahme aus der Verwahrung 708
§ 2273 Testamentseröffnung 709

Vierter Abschnitt.

Erbvertrag.

Seite

Vorbemerkungen 712
§ 2274 Schließung des Vertrags, Unzulässigkeit der Vertretung des Erblassers 716
§ 2275 Persönliche Fähigkeit des Erblassers 716
§ 2276 Form des Erbvertrags 718
§ 2277 Verschluß und besondere amtliche Verwahrung 721
§ 2278 Vertragsmäßige Verfügungen; zulässiger Inhalt 722
§ 2279 Anwendung der Vorschriften über letztwillige Verfügungen 724
§ 2280 Erbverträge zwischen Ehegatten 727
§ 2281 Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser 727
§ 2282 Vertretung; Form der Anfechtung 729
§ 2283 Anfechtungsfrist 730
§ 2284 Bestätigung seitens des Erblassers 731
§ 2285 Anfechtung durch andere Personen nach dem Tode des Erblassers. 732
§ 2286 Einfluß des Erbvertrags auf das Verfügungsrecht des Erblassers; Verfügungen unter Lebenden 733
§ 2287 Böswillige Schenkungen 734
§ 2288 Vereitelung vertragsmäßiger Vermächtnisse 737
§ 2289 Einwirkung des Erbvertrags auf andere Verfügungen von Todes wegen . . . 739
§ 2290 Aufhebung des Erbvertrags; Aufhebungsvertrag 742
§ 2291 Aufhebung durch Testament mit Zustimmung des anderen Teiles 745
§ 2292 Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament 746
Vorbemerkungen zu den §§ 2293—2298 (Rücktritt vom Erbvertrage) 748
§ 2293 Rücktritt auf Grund eines Vorbehalts 750
§ 2294 Rücktritt wegen Verfehlung des Bedachten 750
§ 2295 Rücktritt wegen Wegfalls der für den Abschluß bestimmenden Verpflichtung des Bedachten (Erbverpfründungsvertrag) 752
§§ 2296, 2297 Erklärung und Form des Rücktritts 754
§ 2298 Gegenseitige Abhängigkeit vertragsmäßiger Verfügungen 756
§ 2299 Einseitige Verfügungen im Erbvertrage 759
§ 2300 Eröffnung des Erbvertrags 762
§ 2301 Schenkung von Todes wegen 764
§ 2302 Obligatorische Verträge über Verfügungen von Todes wegen 766

Fünfter Abschnitt.

Pflichtteil.

Vorbemerkungen 767
§ 2303 Voraussetzungen; Höhe des Pflichtteils; Pflichtteilsberechtigte 770
§ 2304 Rechtliche Natur der Zuwendung des Pflichtteils 773
§ 2305 Anspruch bei Hinterlassung eines zu geringen Erbteils 774
§ 2306 Berufung als Erbe unter Beschränkungen oder Beschwerungen 776
§ 2307 Zuwendung eines Vermächtnisses 782
§ 2308 Anfechtung der Ausschlagung des Zugewendeten 784
§ 2309 Pflichtteil der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern 787
§ 2310 Berechnung des Pflichtteils; Feststellung des Erbteils 795
§ 2311 Berechnung des Nachlasses 797
§ 2312 Bewertung eines Landguts 800
§ 2313 Ungewisse Rechte und Verbindlichkeiten 801
§ 2314 Auskunftspflicht des Erben 802
§ 2315 Anrechnung von Zuwendungen unter Lebenden auf den Pflichtteil 805
§ 2316 Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht unter Abkömmlingen 813
§ 2317 Pflichtteilsanspruch 822
§ 2318 Pflichtteilslast; Übertragung auf Vermächtnisse 825
§ 2319 Beschränkung der Pflichtteilslast durch das eigene Pflichtteilsrecht des Beschwerten 827

Seite
§ 2320 Pflichtteilslast im Verhältnisse mehrere Erben untereinander 828
§ 2321 Einwirkung der Ausschlagung eines Vermächtnisses auf die Pflichtteilslast . . . 831
§§ 2322, 2323 Kürzung von Beschwerungen wegen der Pflichtteilslast 832
§ 2324 Anordnungen des Erblassers über die Pflichtteilslast 833
§§ 2325, 2326 Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen; Anspruch gegen den Erben 833
§ 2327 Verhältnis, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk erhalten hat . . 841
§ 2328 Verweigerungsrecht des pflichtteilsberechtigten Erben 845
§ 2329 Anspruch gegen den Beschenkten 846
§ 2330 Nicht betroffene Schenkungen 850
§ 2331 Zuwendungen aus dem Gesamtgut einer Ehe 851
§ 2332 Verjährung des Pflichtteilsanspruchs 851
§ 2333 Entziehung des Pflichtteils; Entziehungsgründe gegenüber Abkömmlingen . . . 853
§ 2334 Entziehungsgründe gegenüber den Eltern 856
§ 2335 Entziehungsgründe gegenüber dem Ehegatten 857
§ 2336 Anordnung und Rechtfertigung der Entziehung 858
§ 2337 Erlöschen des Entziehungsrechts durch Verzeihung 860
§ 2338 Beschränkung des Pflichtteilsrechts in guter Absicht 861

Sechster Abschnitt.

Erbunwürdigkeit.

Vorbemerkungen 865
§ 2339 Erbunwürdigkeitsgründe 866
§ 2340 Anfechtung des Erbschaftserwerbes 869
§ 2341 Anfechtungsberechtigung 871
§ 2342 Anfechtungsklage 872
§ 2343 Wegfall des Anfechtungsrechts durch Verzeihung 873
§ 2344 Wirkung der Erbunwürdigkeitserklärung 874
§ 2345 Unwürdige Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte 875

Siebenter Abschnitt.

Erbverzicht.

Vorbemerkungen 877
§ 2346 Begriff und Wirkung 880
§ 2347 Erfordernisse 881
§ 2348 Form 882
§ 2349 Wirkung für die Abkömmlinge des Verzichtenden 883
§ 2350 Erbverzicht zugunsten eines anderen 884
§ 2351 Aufhebung des Verzichtsvertrags 885
§ 2352 Verzicht auf die Zuwendung aus einer Verfügung von Todes wegen 886

Achter Abschnitt.

Erbschein.

Vorbemerkungen 888
§ 2353 Begriff 890
§ 2354 Erteilung an den gesetzlichen Erben 895
§ 2355 Erteilung auf Grund einer Verfügung von Todes wegen 897
§ 2356 Beweis der Voraussetzungen 897
§ 2357 Gemeinschaftlicher Erbschein 901
§ 2358 Ermittelungen des Nachlaßgerichts 903
§ 2359 Feststellung der Voraussetzungen 905
§ 2360 Anhörung Dritter 907
§ 2361 Einziehung und Kraftloserklärung eines unrichtigen Erbscheins 908
§ 2362 Ansprüche des Erben gegen den Besitzer eines unrichtigen Erbscheins 911
§ 2363 Erbschein für einen Vorerben 912

Seite
§ 2364 Berücksichtigung einer Testamentsvollstreckung 914
§ 2365 Vermutung für die Richtigkeit des Erbscheins 915
§§ 2366, 2367 Öffentlicher Glaube des Erbscheins 918
§ 2368 Testamentsvollstreckerzeugnis 924
§ 2369 Erbschein für einzelne im Inlande befindliche Gegenstände 927
§ 2370 Erbrechtliche Verhältnisse bei irrtümlicher Annahme des Todes einer Person . . 929

Neunter Abschnitt.

Erbschaftskauf.

Vorbemerkungen 931
§ 2371 Form 934
§§ 2372, 2373 Umfang der Wirkung 935
§ 2374 Verpflichtungen des Verkäufers; Herausgabe der Erbschaftsgegenstände 937
§ 2375 Verpflichtung des Verkäufers zum Wertersatze 940
§ 2376 Gewährleistung des Verkäufers 942
§ 2377 Aufhebung der Vereinigung 946
§ 2378 Verpflichtungen des Käufers 947
§ 2379 Nutzungen und Lasten der Erbschaft 949
§ 2380 Übergang der Gefahr, der Nutzungen und der Lasten 950
§ 2381 Ersatz von Verwendungen 950
§§ 2382—2384 Haftung beider Teile für die Nachlaßverbindlichkeiten 952
§ 2385 Verwandte Verträge 961

Fünftes Buch.

Erbrecht.

Vorbemerkungen.

I. Der Ausdruck Erbrecht wird sowohl in objektivem als auch in subjektivem Sinne gebraucht. **Erbrecht i. o. S.** ist die Summe derjenigen Vorschriften, welche den Übergang der Rechte und Pflichten eines Verstorbenen auf lebende Personen regeln. Solche Vorschriften sind auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes (über öffentlichrechtliche Vererbung vgl. Strohal I S. 2, 3) wie des Privatrechts vorhanden. Das fünfte Buch des BGB. regelt das Erbrecht natürlich nur insoweit, als es dem Privatrechte angehört. Eine weitere Beschränkung des Stoffes ergibt sich daraus, daß im BGB. nur das gemeine Erbrecht geordnet wird, während das besondere Erbrecht einzelner Gesellschaftskreise oder Bevölkerungsklassen (namentlich das bäuerliche Erbrecht und die Erbfolge in Fideikommiß-, Stamm- und Lehengüter) ausgeschieden und der Landesgesetzgebung überlassen ist (EG. Art. 59, 62—64; 57, 58; 139).

Wie das römische und fast das gesamte moderne Erbrecht beruht auch das Erbrecht des BGB. auf dem **Gedanken der Universalsukzession.** Das Vermögen geht als Ganzes über, es findet keine Trennung statt, weder nach der Beschaffenheit der einzelnen Vermögensstücke (beweglicher und unbeweglicher Nachlaß) noch nach ihrer Herkunft, soweit nicht in letzterer Beziehung die Vorschriften des ehelichen Güterrechts eingreifen. Das nähere s. in der Erl. 2 zu § 1922. Auch die Gleichberechtigung der Geschlechter ist durchgeführt, die in deutschen Lokalrechten bisher vorkommende Bevorzugung des Mannes oder des Mannesstamms wird beseitigt. Der Bedeutung des ehelichen Verhältnisses ist auch im Erbrechte gebührend Rücksicht getragen.

Während so das BGB. auch in seinem fünften Buche überall die modernen Rechtsgedanken aufgenommen hat, verhält es sich im allgemeinen ablehnend gegen die in neuerer Zeit vielfach hervorgetretenen Bestrebungen, auf dem Gebiete des Erbrechts die privatrechtlichen Gesichtspunkte zurückzudrängen zugunsten vermeintlicher volkswirtschaftlicher Vorteile. Die Verwandtschaft begründet nach dem BGB. auch in ihren entferntesten Graden ein Erbrecht; nur in Ermangelung jedes anderen durch Verfügung von Todes wegen berufenen oder gesetzlichen Erben fällt die Erbschaft an den Fiskus oder anstatt seiner an eine andere juristische Person des öffentlichen Rechtes. Dementsprechend ist in den Vorschriften über die gewillkürte Erbfolge innerhalb der allgemeinen Schranken überall der Wille des Erblassers als die oberste Richtschnur anerkannt und auch hier eine (selbst im bisherigen Rechte, z. B. bei der Erbunwürdigkeit, mitunter vorkommende) Begünstigung des Fiskus vermieden (§ 2344 Abs. 2, vgl. auch § 2104 Satz 2, § 2149 Satz 2). Ein Zugeständnis an die vorerwähnten Bestrebungen kann man in den Vorschriften der §§ 2049, 2312 i. V. m. Art. 137 des EG. erblicken.

II. **Vererbliche und nicht vererbliche Rechtsverhältnisse.** Sowohl die Rechte als auch die Verbindlichkeiten des Erblassers gehen auf den Erben über. Bei Rechten und bei Verbindlichkeiten ist jedoch die Vererblichkeit nur die Regel. Welche Rechte und welche Verbindlichkeiten eine Ausnahme machen, ist teils bei der betreffenden Rechtsmaterie im BGB. ausdrücklich gesagt, teils aus dem Wesen des

Rechtes oder der Verbindlichkeit zu entnehmen (so z. B. bei der Leibrente, § 759). Der Vererbung unterliegen übrigens nicht nur Rechte und Verbindlichkeiten, sondern auch Rechtsverhältnisse, die weder das eine noch das andere sind, also bloße Rechtspositionen, Rechtslagen (vgl. dazu Kohler, Lehrb. des bürg. R. I 152ff.), soweit sich aus deren Beschaffenheit nicht ein anderes ergibt (vgl. Erl. 2 zu § 1922).

Unvererbliche Rechte sind, wie sich von selbst versteht, die höchstpersönlichen Rechte, namentlich die dem Familienrecht angehörenden Befugnisse aus der Ehe und der elterlichen Gewalt. Nach ausdrücklicher Bestimmung sind unvererblich die Mitgliedschaft zu einem Vereine, soweit die Satzung nicht anderes bestimmt (§§ 38, 40), der Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1061, § 1090 Abs. 2), das Recht des überlebenden gütergemeinschaftlichen Ehegatten auf Übernahme des Gesamtguts (§ 1502 Abs. 1) und das Recht des unschuldigen geschiedenen Ehegatten zum Widerruf von Schenkungen (§ 1584 Abs. 2), der Unterhaltsanspruch der Verwandten (§ 1615 Abs. 1) und des unehelichen Kindes (§ 1713 Abs. 1). Grundsätzlich unvererblich sind auch das obligatorische Vorkaufsrecht und das zugunsten einer bestimmten Person bestehende dingliche Vorkaufsrecht an einem Grundstücke (§ 514, § 1098 Abs. 1), das Recht zum Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks (§ 530 Abs. 2), der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens bei Körperverletzung und Freiheitsentziehung (§ 847 Abs. 1) sowie der Defloration sanspruch (§ 847 Abs. 2, § 1300).

Vererblich ist dagegen das Recht zur Ausschlagung einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft oder eines ihm angefallenen Vermächtnisses (§§ 1952, 2180), desgleichen der Pflichtteilsanspruch (§ 2317). Der Vererbung unterliegen die sog. Immaterialrechte nach Maßgabe der in Bd. I S. 51 angeführten Gesetze (vgl. aber doch auch Erl. 5 zu § 1936). Ein vererbliches Rechtsverhältnis ist nach § 857 auch der Besitz. Über die Frage der Vererbung von Handelsgeschäft und Firma vgl. Stegemann in den Rostocker Studien I 3, aber auch Binder I S. 30ff. und dazu Strohal I S. 22.

Die Vererblichkeit von Erbbegräbnissen und Kirchstühlen bestimmt sich nach den landesrechtlichen Vorschriften (vgl. Art. 139 EG.). In betreff der Orden und Ehrenzeichen des Erblassers vgl. Borcherdt S. 123.

Über die Voraussetzungen, unter welchen ein Anspruch auf Entschädigung wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft und wegen unschuldig erlittener Strafe nach den Gesetzen v. 14. Juli 1904 und v. 20. Mai 1898 auf den Erben übergeht, vgl. Kähler, Die Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft S. 39.

Über das grundsätzliche Nichterlöschen von Schuldverhältnissen durch den Tod des Gläubigers oder des Schuldners vgl. die Vorbm. zum 3. Abschn. des II. Buches (Bd. II S. 207). Nicht unbestritten ist, wie es sich mit der Vererbung von Gläubigerrechten und Verbindlichkeiten aus Schuldverhältnissen verhält, die auf eine nicht vermögenswerte Leistung gerichtet sind. Daraus, daß § 1922 als Gegenstand der Vererbung a potiori das „Vermögen" des Erblassers bezeichnet, darf für die eben genannten Fälle noch nicht der Schluß auf Unvererblichkeit gezogen werden (vgl. auch M. V S. 2). Für die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit nicht vermögensrechtliche obligationsrechtliche Beziehungen des Erblassers vererbt werden können, kann vielmehr nur deren rechtlich anerkannter Zweck maßgebend sein. Würde dieser durch die Nichtvererblichkeit vereitelt werden, so muß man sich für die Vererblichkeit entscheiden. Vgl. Strohal I § 1 bei Anm. 42; a. A. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 57 und Binder I S. 7 Anm. 39.

Unvererblich sind Verbindlichkeiten, die nach der Natur der Leistung nur vom Erblasser erfüllt werden konnten. Ferner sind nach ausdrücklicher Vorschrift un-

vererblich die Verbindlichkeit des Schenkers aus dem Versprechen einer in wiederkehrenden Leistungen bestehenden Unterstützung (§ 520) und die Unterhaltspflicht auf Grund der Verwandtschaft (§ 1615 Abs. 1), nicht dagegen die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters (§ 1712 Abs. 1).

Durch besondere Vorschriften ist der Einfluß des Todes auf dauernde Schuldverhältnisse geregelt; vgl. § 569 (Miete), § 596 Abs. 2 (Pacht), § 605 Nr. 3 (Leihe), §§ 672, 673 (Auftrag), §§ 727, 736 (Gesellschaft), § 750 (Gemeinschaft). S. endlich auch §§ 532, 791 und von anderen Reichsgesetzen StGB. § 30 (Vollstreckung von Geldstrafen in den Nachlaß des Verurteilten), StPO. § 444 Abs. 4 (Unvererblichkeit des Anspruchs auf Buße), § 497 Abs. 2 (Haftung des Nachlasses für die Kosten des Strafprozesses).

Die Unfertigkeit eines Rechtsverhältnisses schließt dessen Vererblichkeit nicht aus. Über die grundsätzliche Vererbung der aus bedingten und betagten Rechtsgeschäften unter Lebenden sich ergebenden rechtlichen Aussichten, Haftungen, Belastungen vgl. Erl. 6 zu § 158 in Bd. I S. 276. Über die Voraussetzungen der Vererbung der auf bedingten und betagten Verfügungen von Todes wegen beruhenden Anwartschaften vgl. §§ 1923, 2160, 2074, 2108.

Eine Frage von großer praktischer Bedeutung ist, ob und unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf die vom Erblasser ausbedungene Lebensversicherungssumme auf den Erben übergeht (vgl. über diese und verwandte Fragen Boschan, Nachlaßsachen in der gerichtl. Praxis II S. 281 ff.). Man muß unterscheiden: Ist die Lebensversicherungssumme zugunsten der Erben ausbedungen, so kann die Auslegung dazu führen, daß ihnen der Anspruch auf die Versicherungssumme lediglich in ihrer Eigenschaft als Erben und somit nicht kraft eigenen selbständigen Rechtes zukommt. Der Anspruch auf die Versicherungssumme wird daher in diesem Falle als Bestandteil des Nachlasses zu behandeln sein und als solcher auch dem Zugriff der Nachlaßgläubiger unterliegen (vgl. RG. Bd. 32 S. 162). Die Umstände des konkreten Falles können jedoch auch eine andere Auslegung rechtfertigen. Vgl. Erl. 1 zu § 330 Bd. II S. 168; dazu Danz im Recht 1905 S. 89, ferner RG. in JW. 1900 S. 496 und daselbst 1906 S. 144. Über den Fall, daß die Versicherung nicht zugunsten der Erben sondern zugunsten der „Hinterbliebenen" geschlossen ist, vgl. Erl. 6 zu § 1922. Ist die Versicherungspolice auf den Inhaber ausgestellt und verbleibt sie im Gewahrsam des Versicherungsnehmers bis zu dessen Tode, so fällt die Versicherungssumme zweifellos in den Nachlaß (so LG. Kiel laut des SchlHolstAnz. 1903 S. 273). Dem im Versicherungsvertrage als bezugsberechtigt bezeichneten Dritten fällt der Anspruch auf die Versicherungssumme mit dem Tode des Versicherungsnehmers unmittelbar zu, so daß dieser Anspruch keinen Augenblick Bestandteil des Nachlasses gewesen ist. Vgl. auch RG. Bd. 51 S. 404. Eine andere — in der oben genannten RGE. (anders RG. in JW. 1904 S. 495) übrigens verneinte — Frage ist, ob nicht unter Umständen die dem Dritten vom Erblasser auf Kosten des Nachlasses gemachte Zuwendung im Falle des Nachlaßkonkurses durch den Nachlaßkonkursverwalter und außerhalb des Konkurses nach Maßgabe des AnfGes. v. 21. Juli 1879 angefochten werden kann. Sie ist jedoch nicht spezifisch erbrechtlicher Natur und kann ihre befriedigende Erledigung nur im Zusammenhang der Lehre von der konkursrechtlichen Anfechtung bzw. der Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses finden (vgl. übrigens Strohal § 80 Anm. 7a).

III. **Charakter der erbrechtlichen Normen.** Sie sind nur zum geringeren Teile zwingendes Recht, überwiegend haben sie den Charakter von dispositiven Vorschriften. Daneben finden sich, da der Wille des Erblassers eine so erhebliche Rolle spielt und die Möglichkeit der Erläuterung einer Verfügung von Todes wegen durch ihren Urheber fehlt, zahlreiche Auslegungsregeln (s. namentlich §§ 2066 ff.).

Wegen der begrifflichen Unterscheidung dieser verschiedenen Arten von Rechtssätzen und der im BGB. angewendeten Ausdrucksweise vgl. die Einleitung unter IV Nr. 2 (Bd. I S. 23—25). Auf einzelnen Gebieten, z. B. hinsichtlich der Anfechtung (§§ 2078 ff., §§ 2281 ff.) sind die Vorschriften des allgemeinen Teiles für die erbrechtlichen Verhältnisse ergänzt und geändert.

IV. Über die **Terminologie** des BGB. ist mit Bezug auf das Erbrecht folgendes zu bemerken: das Wort „Erbrecht" wird außer in dem oben klargestellten objektiven Sinne im BGB. auch in der subjektiven Bedeutung gebraucht (§ 1483 Abs. 2, § 1759, § 1767 Abs. 1, §§ 1933, 1965, 2018, 2346, § 2354 Nr. 3). Für den Übergang des Vermögens auf den Erben (Erbgang) hat das BGB., abgesehen von dem in § 1369 definierten Kunstausdruck „Erwerb von Todes wegen" keine technische Bezeichnung. Das Wort „Erbfolge" (Überschrift des Abschnitts 1, ferner z. B. § 1369, § 1924 Abs. 3, § 1930, § 2050 Abs. 1, § 2053, § 2088 Abs. 1) wird seiner sprachlichen Bildung gemäß nur in der Weise gebraucht, daß es subjektiv die Nachfolge des Erben bezeichnet (vgl. P. II Bd. 5 S. 2). Den Gebrauch der Worte „Erbschaft" und „Nachlaß" anlangend wird in den M. (V S. 603, 604) ausgeführt, daß das Wort „Nachlaß" verwendet wird, um die Gesamtheit der einzelnen Stücke oder Bestandteile des Vermögens des Erblassers, sowohl der aktiven als der passiven, zu bezeichnen (Nachlaßgegenstände, Nachlaßverbindlichkeiten, Nachlaßverzeichnis, Nachlaßpfleger, Nachlaßgericht ꝛc.), daß dagegen der Ausdruck „Erbschaft" für das nachgelassene Vermögen einer Person dann gebraucht wird, wenn dieses Vermögen zugleich als mit einem neuen Rechtssubjekt, auf das es übergeht, dem Erben, in Verbindung stehend gedacht ist (Erbschaftsannahme, Erbschaftsanspruch, Erbschaftsbesitzer). In gleicher Weise unterscheidet schon das preuß. ALR. (I 2 §§ 34, 35) zwischen „Verlassenschaft" und „Erbschaft". — Wegen des Ausdrucks „Verfügung von Todes wegen" vgl. die Erl. zu den §§ 1937—1941. Eine Anzahl sonstiger technischer Ausdrücke auch aus dem Erbrechte sind in der Einleitung unter IV Nr. 3 (Bd. I S. 25, 26) zusammengestellt.

V. **Systematik.** Das fünfte Buch ist in neun Abschnitte zerlegt, bei deren Anordnung der Gedanke maßgebend gewesen ist, daß zunächst die gesetzliche Regel und alsdann die möglichen Abänderungen derselben durch Bestimmung des Erblassers oder durch sonstige Tatbestände entwickelt werden sollen. Demgemäß ist im Abschnitt 1 die gesetzliche Erfolgeordnung behandelt und am Schlusse nur im allgemeinen bestimmt, nach welchen Richtungen hin sich der Wille des Erblassers in einer Verfügung von Todes wegen mit rechtlicher Wirkung betätigen kann. Darauf folgen im Abschnitt 2 die Vorschriften über die rechtliche Stellung des Erben, die den Erwerb der Erbschaft, das Verhältnis des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern, gegenüber dem Erbschaftsbesitzer sowie die Verhältnisse der Miterben regeln und für jeden Erben gelten, mag seine Berufung sich auf das Gesetz oder auf eine Verfügung des Erblassers gründen. Dann erst wird in den Abschnitten 3, 4 die Verfügung von Todes wegen näher geregelt, und zwar im Abschnitte 3 die einseitige Verfügung von Todes wegen, die das BGB. als letztwillige Verfügung oder Testament bezeichnet, und im Abschnitte 4 die zweiseitige Verfügung von Todes wegen, der Erbvertrag. Der Abschnitt 5 handelt vom Pflichtteil, der im BGB. nicht als ein Erbrecht, sondern als ein eigenartiges Forderungsrecht gestaltet ist und daher einen besonderen Abschnitt erfordert. Die Abschnitte 6, 7 enthalten Vorschriften über Tatbestände, die ein an sich bestehendes Erbrecht ausschließen oder doch seine Beseitigung herbeiführen können, nämlich Abschnitt 6 über die Erbunwürdigkeit und Abschnitt 7 über den Erbverzicht. Der Abschnitt 8 regelt die dem Nachweise des Erbrechts dienende Einrichtung des Erbscheins, der Abschnitt 9 die Rechtsverhältnisse, die aus dem Erbschaftskauf erwachsen.

VI. Das **Einführungsgesetz** zum BGB. enthält vier Gruppen von Vorschriften, die sich auf das Erbrecht beziehen, nämlich

1. Änderungen und Ergänzungen des Reichsrechts in den Art. 38, 44;
2. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in den Art. 64, 137—141, 147—151 (s. auch Art. 57—59, 62, 63, 86, 87 Abs. 2);
3. Übergangsvorschriften in den Art. 213—217;
4. Grundsätze des internationalen Privatrechts in den Art. 24—28.

VII. Hinsichtlich der **Literatur** des Erbrechts wird vor allem auf die schon Bd. I S. 31, 32 genannten Kommentare zum BGB. und systematischen Darstellungen des Bürg. Rechtes überhaupt verwiesen. Ergänzend ist zu bemerken: Der das Erbrecht behandelnde und von Herzfelder verfaßte V. Band des v. Staudingerschen Kommentars erscheint seit 1904 in 2. Auflage. Nach dieser wird, soweit anderes nicht bemerkt ist, hier zitiert. Von Dernburgs Bürg. Recht liegt jetzt (1905) auch der das Erbrecht behandelnde Bd. V vor. Als neues vollständiges Lehrbuch des Bürg. Rechtes ist zu erwähnen: Landsberg, Das Recht des BGB. (1904). Ecks Vorträge über das Recht des BGB. (herausgegeben von R. Leonhard) sind nunmehr vollständig geworden; Bd. III (1904) enthält das Erbrecht. Die 2. Aufl. der Darstellung des Bürg. Rechtes von Goldmann-Lilienthal ist noch nicht bis zum Erbrecht vorgedrungen. Der erste Teil der (an die Legalordnung des preuß. ALR. sich haltenden und nicht zu Ende geführten) 1. Aufl. (1900) behandelt aber bereits einige wichtige Partien des Erbrechts; auf diese Auflage wird im folgenden öfter Bezug genommen.

Dem Erbrecht des BGB. insbesondere sind folgende Werke gewidmet: Strohal, Deutsches Erbrecht 1. Aufl. 1896 (vgl. dazu Hellmann in der krit. Vschr. Bd. 39 S. 212 und Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 449, 583), 3. Aufl. in zwei Bänden 1903, 1904. Böhm, Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl. 1900. H. Mayer und R. Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, 4. Aufl. II. Bd. 1902. P. Meyer, Das Erbrecht des BGB., 5 Lieferungen (unvollständig) 1904, 1906. Pelargus, Das Erbrecht des BGB. Ein Hand- und Nachschlagebuch für jedermann, 1899. Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, 3 Bde. 1900—1901 (ohne Literaturberücksichtigung). Außerdem sollen schon hier genannt werden: Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich. Vorträge, 2. Aufl. 1900 (behandelt von S. 648—732 erbrechtliche Fragen). Rüger, Aus dem Erbrechte des BGB. im sächs. Arch. Bd. 9 S. 401 ff. Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren, 1900. Märker, Die Nachlaßbehandlung 17. Aufl. nach den Vorschriften des BGB. und seiner Nebengesetze bearbeitet von Köhne und Feist, 1902. Binder, Die Rechtsstellung des Erben, 3 Teile 1901, 1903, 1904. Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis I (1904), II (1905).

Die auf das BGB. sich beziehenden Zusätze Kipps zur 8. Aufl. von Windscheids Pandekten werden im folgenden zitiert: Kipp zu W. unter Beifügung der Nummer des Bandes.

Fünftes Buch.
Erbrecht.

Erster Abschnitt.
Erbfolge.

Erster Abschnitt.

1. Der erste Abschnitt **„Erbfolge"** enthält im wesentlichen diejenigen Vorschriften, welche von der Theorie in der Lehre von der „Berufung zur Erbschaft" zusammengefaßt werden. In der gemeinrechtlichen Wissenschaft pflegte man zu sagen, die Berufung zur Erbschaft sei entweder eine Berufung durch den Willen des Erblassers oder ohne diesen Willen oder gegen diesen Willen (Windscheid III § 529). Für das BGB., dem ein Noterbenrecht unbekannt ist, (vgl. Erl. zu § 1938), kommen nur die beiden ersten Arten der Berufung in Betracht; die Erbfolge beruht entweder unmittelbar auf dem Gesetz oder auf dem vom Gesetz anerkannten Willen des Erblassers. Diese beiden Berufungsgründe (über die unter ihnen wieder zu machenden Unterscheidungen vgl. Erl. zu §§ 1937, 1941, 1948, 1949, 1951) werden im ersten Abschnitte behandelt, jedoch wird nur die **gesetzliche Erbfolge** erschöpfend geregelt, während die **gewillkürte Erbfolge** hier nur in ihren allgemeinsten Grundsätzen entwickelt ist. Den bezüglichen Vorschriften voran und an die Spitze des Abschnitts sind zwei erbrechtliche Hauptgrundsätze gestellt, die Universalsukzession und der Anfall kraft Gesetzes. So gliedert sich der erste Abschnitt in folgende Gruppen von Vorschriften:

1. grundsätzliche Vorschriften für das Erbrecht überhaupt, §§ 1922, 1923,
2. gesetzliche Erbfolge, §§ 1924—1936,
3. gewillkürte Erbfolge, §§ 1937—1941.

2. Gesetzliche Erbfolge.

a) Entsprechend der deutschen Auffassung, nach der die gesetzliche Erbfolge als die Regel, die gewillkürte als die Besonderheit erscheint, ist im BGB. die gesetzliche Erbfolge systematisch vorangestellt und bildet den Hauptgegenstand des Abschnitts „Erbfolge". Der E. I folgte in diesem Punkte der auf der römischen Auffassung beruhenden Systematik der Pandektenlehrbücher, indem er die gesetzliche Erbfolge erst hinter den Vorschriften über die letztwillige Verfügung und den Erbvertrag zusammen mit dem Pflichtteilsrecht im vierten Abschnitte behandelte. Die Anordnung des BGB. entspricht der des code civ. und des sächs. GB.

b) Verhältnis der gesetzlichen Erbfolge zur gewillkürten Erbfolge. Die gesetzliche Erbfolge tritt nur ein, wenn und soweit es zur gewillkürten Erbfolge nicht kommt; demgemäß also:

α) Wenn es an einer wirksamen Berufung durch Verfügung von Todes wegen gänzlich fehlt, oder wenn der von dem gewillkürten Erben gemachte Erschaftserwerb hinterher aus irgendeinem Grunde (Ausschlagung, Erbunwürdigkeitserklärung, Anfechtung der Erbeinsetzung) als nicht erfolgt anzusehen ist (§§ 1953, 2344, 142).

β) Neben der gewillkürten Erbfolge, wenn der Erblasser den testamentarisch oder vertragsmäßig eingesetzten Erben auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt hat; der gesetzliche Erbe wird dann in Ansehung des unvergeben gebliebenen Bruchteils der Erbschaft Miterbe des gewillkürten Erben (§ 2088).

γ) Vor der gewillkürten Erbfolge. So wenn der testamentarisch oder vertragsmäßig eingesetzte Erbe die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses haben soll. Hierher gehört insbesondere auch der Fall, daß die aufschiebende Bedingung, unter der die Einsetzung eines Erben erfolgt ist, zur Zeit des Erbfalls noch schwebt. Der gesetzliche

Erbe wird hier Vorerbe und der gewillkürte Erbe, sobald der Zeitpunkt, das Ereignis eintritt, Nacherbe (§ 2105).

Kein Fall wirklicher gesetzlicher Erbfolge ist durch die Vorschrift des § 2104 gegeben. Denn obschon, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der gewillkürte Erbe nur bis zum Eintritt eines gewissen Zeitpunktes oder Ereignisses Erbe sein soll, in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Erblassers anzunehmen ist, daß als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche gesetzliche Erben des Erblassers sein würden, wenn dieser zur Zeit des Eintrittes des Zeitpunktes oder des Ereignisses gestorben wäre (§ 2104), so sind die zur Nacherbfolge gelangenden Personen doch nicht gesetzliche Erben im technischen Sinne, sondern gelangen sie vielmehr nur auf Grund der gesetzlichen Annahme, daß sie vom Erblasser eingesetzt seien, zur Nacherbfolge. Dies beruht darauf, daß das Gesetz unter gesetzlicher Erbfolge im technischen Sinne nur eine kraft Gesetzes schon mit dem Erbfall einsetzende Erbfolge versteht.

e) Innerhalb der gesetzlichen Erbfolge ist zunächst die der **Verwandten** behandelt und zwar nach dem **Parentelensystem** in fünf Ordnungen (§§ 1924—1930), sodann die Erbfolge des **überlebenden Ehegatten**, die neben der Verwandtenerbfolge hergeht und sie unter Umständen ausschließt (§§ 1931—1934), endlich die Erbfolge des **Fiskus**, der erst in Ermangelung anderer Erben berufen, aber gleichfalls wahrer Erbe ist (§ 1936). Der § 1935 enthält eine für die Verwandten- und die Ehegattenerbfolge gemeinsam geltende Vorschrift. Andere gesetzliche Erben sind dem BGB. unbekannt, s. jedoch EG. Art. 138, 139.

d) Im E. I § 1964 Abs. 1 war ausdrücklich ausgesprochen, daß für die Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge im einzelnen Falle der **Zeitpunkt des Erbfalls** d. i. des Todes des Erblassers maßgebend ist. Für das BGB. ergibt sich dieselbe Lösung aus § 1922 und aus der Fassung der folgenden Paragraphen (vgl. auch § 1953 Abs. 2, § 2344 Abs. 2, § 2346 Abs. 1 Satz 2). Die im Zeitpunkte des Erbfalls bestehenden Verhältnisse entscheiden sowohl darüber, wer überhaupt zu den erbberechtigten Personen gehört, als auch darüber, wer unter mehreren der nächste ist. Für die erste Frage kommt zunächst in Betracht, ob eine gewisse Person zur Zeit des Erbfalls lebt. Das Nähere hierüber s. zu § 1923. Sodann aber muß für die betreffende Person auch der Berufungsgrund zur Zeit des Erbfalls gegeben sein. Soweit es sich dabei um Verwandtschaft handelt, ist zu beachten, daß ein rechtlich anerkanntes Verwandtschaftsverhältnis zwischen zwei Personen unter Umständen noch nicht mit der gleichzeitigen Existenz derselben besteht, sondern erst durch einen späteren Akt zustande kommt. So muß im Falle der Legitimation durch nachfolgende Ehe die Heirat zwischen den Eltern vor dem Tode eines Verwandten des Vaters erfolgt sein, um dem Kinde ein Erbrecht gegenüber jenem Verwandten zu verschaffen. Wird das Verwandtschaftsverhältnis durch Ehelichkeitserklärung oder durch Annahme an Kindesstatt begründet, so wird freilich nach § 1733 Abs. 3, § 1753 Abs. 3 ein Erbrecht des Kindes gegenüber dem Vater auch dann hergestellt, wenn die Ehelichkeitserklärung bzw. die Bestätigung des Annahmevertrags erst nach dem Tode des Vaters erfolgt. Über die Frage, ob ein Erbrecht des Kindes gegenüber dem väterlichen Großvater anzunehmen, wenn das Kind vor dem Tode des letzteren außer der Ehe erzeugt, nach dem Erbfall aber und vor der Geburt des Kindes die Ehe zwischen den Eltern geschlossen ist, vgl. Heymann, Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts S. 58. Die Frage hat praktische Bedeutung nur für die Fälle der Ausschließung (§ 1938), der Ausschlagung (§ 1953) oder eines persönlichen Erbverzichts (§§ 2346, 2349) des Vaters, da nur in diesen Fällen ein gesetzliches Erbrecht des Kindes gegenüber dem Großvater in Frage steht (§ 1924 Abs. 2). Sie ist nach dem Vorbemerkten trotz des Wortlauts des § 1591 Abs. 1 zu verneinen, da der § 1923 Abs. 2 eine Rückbeziehung der Heirat unter den Eltern nicht zur Folge hat. Wegen des Bestehens der Ehe zur Zeit des Erbfalls als Voraussetzung für das Erbrecht des Ehegatten s. Erl. 2 zu § 1931. Ebensowenig wie nach Auflösung der Ehe vor dem Tode eines Ehegatten dem überlebenden Teile steht nach Aufhebung der Annahme an Kindesstatt dem Angenommenen gegenüber dem Annehmenden ein Erbrecht zu.

3. Die den Schluß des Abschnitts bildenden Vorschriften über die **Verfügung von Todes wegen** beziehen sich nicht ausschließlich auf die Erbfolge im eigentlichen Sinne (Universalsukzession), sondern teilweise auch auf die sonstigen mittels einer solchen Verfügung zu erzielenden Rechtserfolge. Mit Rücksicht auf das Bedürfnis, im Eingange des ganzen Buches die erbrechtlichen Grundbegriffe klarzustellen und die technischen Bezeichnungen für sie zu geben, sind in den §§ 1939, 1940 auch schon die Begriffsbestimmungen des Vermächtnisses und der Auflage gegeben, obwohl diese Rechtsgebilde streng genommen in den Abschnitt „Erbfolge" nicht hineingehören. Im übrigen s. wegen der Systematik der §§ 1937—1941 die Vorbm. 1 auf S. 31.

§. 1922. Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

Auf den Antheil eines Miterben (Erbtheil) finden die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung.

---

§ 1922.

E. I § 1749 Abs. 1, § 1750 Abs. 2; II § 1799 rev. § 1900; III § 1898. P. I S. 8893 ff., 10440 ff., 10477 f., 10617, 11319 f., 11336 ff.; M. V S. 2 f. P. II Bd. 5 S. 1 ff. D. S. 718. RB. S. 2096.

Binder I S. 17 f.; Hagen in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 43 ff.; Strohal I § 1; Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit im Arch. f. Bürg. R. Bd. 22 S. 1 ff.; Knitschky, Erbschaft und Erbteil im Arch. f. civ. Pr. Bd. 91 S. 281.

1. Im § 1922 Abs. 1 sind die beiden Fundamentalsätze für das Erbrecht des BGB. ausgesprochen; zugleich werden die grundlegenden Begriffe entwickelt und die technischen Bezeichnungen für sie angegeben. Jene beiden Fundamentalsätze sind die Universalsukzession und der Erbanfall kraft Gesetzes. Bei der Darlegung dieser Sätze ergeben sich die Begriffe, die das BGB. mit den Ausdrücken **Erbe, Erbfall** und **Erbschaft** verbindet, von selbst, auch tritt zugleich in ihnen das Wesen und die Wirkung des Erbganges hervor. Es ist daher demnächst nur noch von den Voraussetzungen des Erbganges zu handeln und auf die besondere Gestaltung des Erbganges einzugehen, die bei einer Mehrheit von Erben (Abs. 2) eintritt.

2. Wesen der **erbrechtlichen Universalsukzession.**

a) Der Grundsatz der erbrechtlichen Universalsukzession bedeutet, daß die der Vererbung unterliegenden Rechtsverhältnisse (vgl. dazu Vorbm. II S. 3 ff.) des Verstorbenen (Erblassers) als Einheit oder wie das Gesetz sagt „als Ganzes" auf ein anderes Rechtssubjekt, den Erben, übergehen. Darüber, wie man sich diesen Vorgang zu denken habe, besteht Meinungsverschiedenheit.

α) Nach einer viel verbreiteten Meinung (vgl. besonders Binder I S. 7 ff.) hat man unter dem Nachlaß des Verstorbenen lediglich die der Vererbung nicht entzogenen Berechtigungen, dagegen nicht auch die Verbindlichkeiten des Erblassers zu verstehen. Dieser Auffassung soll auch nicht entgegenstehen, daß das Vermögen des Verstorbenen nach § 1922 „als Ganzes" auf den Erben übergeht. Denn hierdurch sei nur zum Ausdruck gebracht worden, daß der Übergang der vererblichen Rechte des Erblassers auf Grund einer einheitlichen causa erfolge. Kraft positiver Bestimmung (§ 1967) hafte der Erbe allerdings auch für die Nachlaßverbindlichkeiten. Allein diese Haftung treffe den Erben nicht, weil die Verbindlichkeiten des Erblassers in dessen hinterlassenem Vermögen inbegriffen seien, sondern, obschon dies nicht der Fall sei, sie trete zur Nachfolge des Erben in das Vermögen, d. i. in die Rechte des Erblassers, nur äußerlich hinzu. Die erbrechtliche Gesamtnachfolge sei ihrem Wesen nach ein adquirere per universitatem, und lediglich aus Gründen der Billigkeit lege die Rechtsordnung dem Erben des von ihm per universitatem erworbenen Vermögens die Haftung für die Verbindlichkeiten auf.

β) Eine andere Auffassung versteht unter dem als „Ganzes" auf den Erben übergehenden Vermögen des Verstorbenen im Sinne des § 1922 die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers, soweit sie mit dessen Tode nicht erlöschen. Zu diesen Beziehungen gehören aber auch die Verbindlichkeiten des Erblassers.

Obschon es keinem Zweifel unterliegt, daß der Ausdruck Vermögen sehr oft in dem unter α bezeichneten Sinne gebraucht wird und daß insbesondere unter dem Ausdruck Nachlaß (Erbschaft) regelmäßig nur die Gesamtheit der dem Erblasser zuständig gewesenen und auf den Erben übergegangenen Berechtigungen verstanden wird (vgl. besonders § 1975), so ist doch in Ansehung des nach § 1922 „als Ganzes" auf den Erben übergehenden Vermögens des Erblassers nur die Auffassung unter β gerechtfertigt. Der entscheidende Grund hierfür ist, daß sich die nach der Auffassung α vorzunehmende Unterscheidung zwischen den Rechten und den Verbindlichkeiten des Erblassers als undurchführbar herausstellt. Es gibt zahlreiche vermögensrechtliche Beziehungen des Erblassers, die weder als Rechte noch als Verbindlichkeiten bezeichnet werden können und die trotzdem vermöge des Eintritts des Erben in das Vermögen des Erblassers für jenen in gleicher Weise maßgebend sind, wie sie es bisher für den Erblasser waren. So erlischt z. B. die erteilte Prokura nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgewerbes (§ 52 HGB.), so wird die Prozeßvollmacht durch den Tod des Vollmachtgebers nicht aufgehoben (§ 86 CPO.)

und ist es auch nach bürgerlichem Rechte möglich, daß die vom Erblasser erteilte Vollmacht nach dessen Tode fortwirkt. Man denke ferner an die in § 943 bestimmte Vererblichkeit der condicio usucapiendi oder an den Eintritt des Erben in die vom Erblasser durch Erklärung einer Einwilligung (§§ 182, 183) oder durch Erteilung einer Eintragungsbewilligung (§ 873 Abs. 2, § 875 Abs. 2) geschaffene Rechtslage oder an die auf den Erben übergehende Gebundenheit aus einem vom Erblasser gestellten Antrage (§ 133) u. dgl. Das Wesen der Gesamtnachfolge des Erben in das Vermögen des Erblassers muß somit dahin bestimmt werden, daß der Erbe als Gesamtnachfolger des Erblassers hinsichtlich aller von der Vererbung nicht ausgeschlossenen vermögensrechtlichen Beziehungen in dessen Rechtsstellung und somit in diesem Sinne in das universum ius defuncti eintritt. Vgl. Strohal I § 51, grundsätzlich übereinstimmend Bayr. ObLG. im Recht 1903 S. 432 (vgl. auch Lobes ZBl. Bd. 4 S. 223).

Eine selbstverständliche Folgerung aus dem Wesen der auf Rechtssatz beruhenden und einheitlich vor sich gehenden Gesamtnachfolge des Erben ist, daß die für den rechtsgeschäftlichen Erwerb einzelner Rechte maßgebenden Grundsätze bei dem durch Erbgang vermittelten Erwerb keine Rolle spielen können.

b) Mit dem Wesen der erbrechtlichen Gesamtnachfolge ist es nicht unvereinbar, daß die Erbenstellung mehreren Erben nacheinander zukommt. Nach römischem Rechte war dies freilich wegen des Rechtssatzes: semel heres semper heres grundsätzlich ausgeschlossen. Das BGB. läßt es jedoch im Anschluß an die moderne Rechtsentwicklung auch zu, daß die Erbschaft zunächst auf einen Vorerben übergeht, dem nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder beim Eintritte eines bestimmten Ereignisses ein Nacherbe folgt. Vgl. Vorbm. zu §§ 2100 ff. Doch ist die Anordnung der Nacherbfolge an gewisse gesetzliche Schranken gebunden (vgl. § 2109).

c) **Notwendigkeit der erbrechtlichen Universalsukzession.** Nach dem BGB. tritt die erbrechtliche Gesamtnachfolge mit Rechtsnotwendigkeit ein. Sie kann weder vom Erblasser ausgeschlossen werden, was der E. I § 1746 Abs. 2 besonders aussprach, noch kann es in anderer Weise, etwa durch den Mangel eines gesetzlichen Erben oder durch Ausschlagung der Erbschaft seitens aller Berufenen, dahin kommen, daß der Nachlaß ohne Erben bliebe. In allen Fällen ist der Fiskus der letzte und, da er in dieser Eigenschaft nicht ausschlagen kann, der notwendige gesetzliche Erbe (§ 1936, § 1942 Abs. 2).

d) Zu einer neben der Gesamtnachfolge des Erben unmittelbar eintretenden Einzelnachfolge in einzelne Nachlaßrechte kann es nach dem BGB. nicht kommen, insbesondere nicht infolge einer Vermächtnisverfügung. Denn aus einer solchen entspringt für den Bedachten immer nur ein gegen den Beschwerten sich richtender persönlicher Anspruch (§ 2174). Auch der in § 1932 angeordnete Voraus des Ehegatten begründet, da er als Vermächtnis gestaltet ist, keine Ausnahme. Durch das BGB. bleiben jedoch nach Maßgabe des EG. unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse und Lehen, mit Einschluß der allodifizierten Lehen (Art. 59), über Rentengüter (Art. 62), über das Erbpachtrecht und verwandte Rechte (Art. 63), über das Anerbenrecht (Art. 64). Über das Verhältnis der maßgebenden landesgesetzlichen Vorschriften zu der allgemeinen Erbfolge nach BGB. wird im VI. Bd. dieses Werkes bei den entsprechenden Stellen des EG. gehandelt.

3. Der Grundsatz des **Erbanfalls kraft Gesetzes** kommt seinem vollen Inhalte nach erst im § 1942 zum Ausdrucke, da erst hier von dem Ausschlagungsrechte gesprochen wird. Allein schon aus den Worten des § 1922, daß das Vermögen „mit dem Tode" des Erblassers übergeht, ergibt sich, daß es eines weiteren Rechtsakts, insbesondere einer Tätigkeit des Erben, zu dem Übergange nicht bedarf. Die Berufung zur Erbfolge und der Erwerb der Erbschaft fallen zusammen, sie sind beide in dem Rechtsvorgang enthalten, den das BGB. als „Anfall der Erbschaft" bezeichnet (§ 1942 Abs. 1). Das Gesetzbuch weicht hierin vom römischen Rechte ab, welches grundsätzlich (anders bei den sui heredes) zwischen Delation und Akquisition der Erbschaft unterschied und die letztere durch eine Willenserklärung des Erben eintreten ließ. Es folgt, wie andere neuere Gesetzeswerke, dem deutschen Rechte, nach welchem gemäß dem Rechtssprichwort: „Der Tote erbt den Lebendigen" sich der Übergang des Vermögens von Rechts wegen, selbst ohne Wissen und Willen des Erben vollzieht. Eine Folge dieses Grundsatzes ist, daß manche Rechtsgebilde des römischen Rechtes, die auf dem Gegensatze der angetragenen und der erworbenen Erbschaft beruhen, dem neuen deutschen Rechte fremd sind; es gibt keine ruhende Erbschaft und keine Transmission im römischen Sinne (das nähere s. in den Vorbm. zum ersten Titel des zweiten Abschnitts unter II 1, 2).

Daß der Anfall der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers (dem Erbfall) eintritt, ist übrigens nur die Regel. Abweichungen treten in folgenden Fällen ein:

a) Schlägt der zunächst berufene Erbe die Erbschaft aus (§ 1953) oder wird er für erbunwürdig erklärt (§ 2344), so fällt die Erbschaft demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende, der für erbunwürdig Erklärte zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Die Voraussetzungen des neuen Anfalls verwirklichen sich also erst dadurch, daß der Vorberufene ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird. Trotzdem gilt jedoch der jetzt erfolgende neue Anfall an den nunmehr Berufenen als mit dem Erbfall erfolgt (§ 1953 Abs. 2, § 2344 Abs. 2). Der eventuell Berufene braucht daher im Gegensatze zum römischen Rechte nicht den Anfall, sondern nur den Erbfall zu erleben.

b) Dem lediglich zur Nacherbfolge Berufenen fällt die Erbschaft erst mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge an (§ 2139). Doch muß dem Nacherben hinsichtlich der zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge liegenden Zeit immer ein Vorerbe vorangehen, als welcher in Ermangelung eines anderen Erben der Fiskus in Betracht kommt.

4. Hinsichtlich der **Voraussetzungen des Erbganges** ist zwischen Voraussetzungen des Erbganges überhaupt und solchen der Erbfolge einer bestimmten Person zu unterscheiden.

a) In ersterer Beziehung muß der „**Erbfall**", d. h. der Tod einer physischen Person, des „Erblassers", vorliegen. Bei Lebzeiten des Erblassers ist ein Erbrecht auf seinen Nachlaß begrifflich ausgeschlossen (viventis hereditas non datur); es ist deswegen auch eine Klage auf Feststellung eines erbrechtlichen Rechtsverhältnisses bezüglich des Nachlasses eines noch Lebenden unzulässig (RG. 49 S. 372). Der sog. bürgerliche Tod ist dem BGB. unbekannt. Juristische Personen werden nicht beerbt. Jedoch finden in gewissem Umfang auf den Übergang des Vermögens eines aufgelösten oder der Rechtsfähigkeit verlustig gegangenen Vereins und einer erloschenen Stiftung die erbrechtlichen Vorschriften entsprechende Anwendung, §§ 45, 46, 88, EG. Art. 85. Dem Menschen kommt die Fähigkeit, beerbt zu werden (die sog. passive Erbfähigkeit) nach dem BGB. ausnahmslos zu; die auch in neueren Rechten noch bestehenden Beschränkungen für Klosterpersonen sind weggefallen. Durch das Vorhandensein eines aktiven Nachlasses ist der Eintritt der Erbfolge nicht bedingt. Auch der Gemeinschuldner wird beerbt. Ist der Verstorbene Träger von Rechtsverhältnissen, die dessen Nachlaß bilden könnten, überhaupt nicht gewesen, so können solche Rechtsverhältnisse natürlich auch nicht auf den Erben übergehen. Selbst in diesem Falle ist aber die Beerbung schon wegen der den Erben als solchen (allerdings unbeschadet des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung) treffenden Verpflichtung zur Tragung der Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers nicht ganz bedeutungslos (§ 1968). Dem Tode des Erblassers steht hinsichtlich der erbrechtlichen Folgen die Todeserklärung insofern gleich, als sie die Vermutung des Todes begründet. Der Zeitpunkt des Erbfalls bestimmt sich hier nach § 18 (vgl. jedoch § 1974 Abs. 1 Satz 2, auch GBO. § 23 Abs. 1 Satz 2). Der Erbe kann sein Erbrecht mit der Verkündung des Ausschlußurteils geltend machen (CPO. § 957); wird letzteres jedoch später auf Grund einer Anfechtungsklage aufgehoben, so wird der Erbschaftserwerb (ex tunc) rückgängig. Das gleiche gilt, da die Todeserklärung nur eine Vermutung für den Tod begründet, natürlich auch dann, wenn sich das Leben des für tot Erklärten herausstellt, und ebenso, wenn der Tod eines Menschen ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist (vgl. §§ 2031, 2370). Für Fälle, in denen der Tod eines Menschen feststeht, der Zeitpunkt des Todes aber nicht ermittelt werden kann, ist § 20 (Vermutung gleichzeitigen Todes in gemeinsamer Gefahr) zu beachten. Von dieser Vorschrift abgesehen, ist, wenn es für die Beerbung auf den Zeitpunkt des Todes ankommt, auch dieser von demjenigen zu beweisen, der das Erbrecht in Anspruch nimmt. Für die Übergangszeit s. wegen der Todeserklärung EG. Art. 161 und dazu Rspr. 4 S. 440 (KG. v. 18. März 1901).

b) Voraussetzung für die Erbfolge einer bestimmten Person ist außer dem Vorhandensein eines **Berufungsgrundes** die **Existenz des Berufenen** zur Zeit des Erbfalls. Das nähere hierüber s. zu § 1923.

Eine besondere Fähigkeit, Erbe zu werden (aktive Erbfähigkeit) wird vom BGB. nicht erfordert, auch sie ist wie die passive Erbfähigkeit in der allgemeinen Rechtsfähigkeit enthalten. Jedoch steht die aktive Erbfähigkeit auch juristischen Personen zu, und zwar allgemein, was im E. I § 1759 besonders hervorgehoben war. Vgl. bezüglich der Stiftungen die besonderen Vorschriften im § 84, § 2043 Abs. 2. Eine Ausnahme kann nach EG. Art. 86 auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften eintreten, die innerhalb der zugelassenen Grenze den Erwerb von Rechten durch juristische Personen, sei es allgemein, sei es gerade für den Erwerb von Todes wegen,

§. 1923. Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt.

Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren.

---

beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen. Nach EG. Art. 87 Abs. 2, 3 kann die Landesgesetzgebung auch die aktive Erbfähigkeit gewisser physischer Personen, nämlich der Mitglieder solcher religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen, bei denen Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit abgelegt werden, dahin beschränken, daß zu jedem Erwerbe von Todes wegen (§ 1369) staatliche Genehmigung erforderlich ist. Auch der Vorbehalt des EG. Art. 88 (staatliche Genehmigung zum Erwerbe von Grundstücken durch Ausländer) kann zu einer Beschränkung des Erwerbes von Todes wegen führen, wenngleich er die Erbfähigkeit an sich unberührt läßt. Über die Frage, ob *nicht rechtsfähigen Vereinen* Erbfähigkeit zuzuschreiben ist, vgl. Vorbm. zum 1. Titel des III. Abschnitts (vgl. übrigens vorläufig P. II Bd. 5 S. 9).

Abgesehen von diesen dem EG. angehörenden Fällen kennt das BGB. keine Gründe der Erb- oder Erwerbunfähigkeit (vgl. M. V S. 14, 15). Die Erbunwürdigkeit beruht auf anderen rechtlichen Gesichtspunkten. Auch die Vorschrift des § 2235 Abs. 2, der zufolge eine letztwillige Zuwendung an die bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen nichtig ist, beruht nicht auf einer relativen Erwerbunfähigkeit dieser Personen, sondern auf dem Gesichtspunkte des Schutzes des letzten Willens.

5. **Erbteil.** Das BGB. geht bei der Fassung seiner Vorschriften und bei der Anordnung des Stoffes zunächst immer davon aus, daß nur ein Erbe vorhanden ist. Es spricht daher, sofern nicht bei einer Vorschrift gerade eine Mehrzahl von Erben vorausgesetzt wird, stets von dem Erben und verweist in dem Abschnitt über die rechtliche Stellung des Erben den Titel: Mehrheit von Erben an den Schluß. Da jedoch der Fall, daß die Erbschaft auf *mehrere Erben* übergeht, praktisch der häufigere ist und im Gesetz eine erhebliche Anzahl besonderer Vorschriften notwendig macht, so wird der oberste Grundsatz für dieses Rechtsverhältnis schon im § 1922 Abs. 2 gegeben. Jedem der mehreren Erben (Miterben) steht ein Anteil an der Erbschaft (Erbteil) zu (vgl. auch hier E. des Bayr. ObLG. im Recht 1903 S. 432) und für den Erbteil gelten die gleichen Vorschriften wie für die Erbschaft. Die näheren Vorschriften über das Miterbenverhältnis sind in dem Titel: Mehrheit von Erben (§§ 2032—2063) enthalten, dort wird namentlich auch die rechtliche Bedeutung des Anteils festgestellt (Bruchteil der ganzen Erbschaft, nicht eine bestimmte Summe oder ein einzelner Nachlaßgegenstand; KGJ. 20 S. A 255). Der § 1922 Abs. 2 bezweckt außer der Klarstellung der Terminologie, für zahlreiche spätere Vorschriften, z. B. die über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§§ 1942, 1943, 1946, 1948, 1950, 1952, 1953, 1958, 1960) die Wiederholung zu ersparen, daß das dort von der Erbschaft Gesagte auch vom Erbteile gilt. Der Grundsatz gilt auch für Vorschriften, die in den anderen Büchern des BGB. enthalten sind, z. B. § 1089, § 1406 Nr. 1, §§ 1453, 1461, § 1822 Nr. 1, 2. Eine *Verschiedenheit* in der rechtlichen Behandlung der Erbschaft und des Erbteils liegt darin, daß nach § 2033, 2037 (deren Anwendung übrigens voraussetzt, daß der Nachlaß noch ungeteilt ist) eine dingliche Verfügung über einen Erbteil möglich ist, während ein Universalerbe über die ihm angefallene Erbschaft als Ganzes nicht verfügen kann. Ferner ist die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nur für den ganzen Nachlaß, nicht in Ansehung eines Erbteils zulässig (§ 2062, KO. § 235, vgl. die Vorbm. vor § 1975 Nr. 6b a. E.).

6. Von dem Begriffe des Erben verschieden ist der Begriff „**Hinterbliebene**", der sich vielfach in Reichs- und Landesgesetzen über die Fürsorge für Beamte, Militärpersonen, Invaliden ꝛc. findet. Es werden darunter entsprechend dem gewöhnlichen Sprachgebrauche die nächsten Familienangehörigen verstanden. Bei einer zugunsten der „Hinterbliebenen" genommenen Lebensversicherung gehört die Versicherungssumme nicht zum Nachlasse (Bayr. ObLG. 2 S. 400). Vgl. hierzu auch Vorbm. II a. E. S. 5.

§ 1923.

E. I § 1752, § 1758 Abs. 1, § 1964 Abs. 2, § 2026 Abs. 1; II § 1800 rev. § 1901; III § 1899.
P. I E. 8902 ff., 9166, 10069 f., 10446 ff., 11326, 11327 ff., 11344, 11429; M. V E. 4 f., 11 f., 357 f., 488 f.
P. II Bd. 5 E. 4, 7 f., 463, 614; Bd. 6 E. 90, 335 f.

Hachenburg, Vorträge S. 331 ff.; *Martinius*, Eintritt der zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person in die Stellung als Nacherbe, Arch. f. Bürg. R. 23 S. 162.

1. Der § 1923 regelt die bereits in Erl. 4b zu § 1922 erwähnte Voraussetzung der **Existenz des Erben zur Zeit des Erbfalls.** Er nimmt demgemäß zu den beiden Fragen Stellung: ob der Erbe zur Zeit des Erbfalls *schon leben* und *noch leben* müsse, und entscheidet grundsätzlich beide im bejahenden Sinne (Abs. 1). Es ist danach Voraussetzung für die Erbfolge einer bestimmten Person, daß sie, sei es auch noch so kurze Zeit, *gleichzeitig mit dem Erblasser gelebt* hat. Dieser Satz beruht bei einem Erbrechte, das den Übergang der Erbschaft sich kraft Gesetzes vollziehen läßt, auf innerer Notwendigkeit; wenn die Erbschaft mit dem Erbfall auf den Erben übergehen soll, muß der Erbe im Augenblicke des Erbfalls vorhanden sein, er muß schon leben und noch leben.

2. Bei der Entscheidung der Frage, ob jemand als Erbe in Betracht kommt, spielen selbstverständlich die Bestimmungen des Gesetzes über die Todes- und Lebensvermutung und die Vermutung des gleichzeitigen Todes mehrerer (§§ 18, 19, 20) eine erhebliche Rolle. Doch ist wohl zu beachten, daß diese Vermutungen widerlegbar sind.

3. Unter dem „Leben" des Erben ist das Leben der Leibesfrucht im Mutterleib an sich *nicht* mitverstanden. Nur der Geborene lebt (§ 1). Durch die Vorschrift des Abs. 2 tritt jedoch in diesem Punkte eine Erweiterung ein, indem entsprechend den bisherigen Rechten der Satz: nasciturus pro jam nato habetur hier Anerkennung findet (vgl. Erl. 3 zu § 1, Bd. I S. 58). Die Erweiterung gilt sowohl für die Berufung als auch für den Anfall der Erbschaft. Der zur Zeit des Erbfalls bereits Erzeugte ist, sofern er lebend geboren wird, gesetzlicher Erbe und kann durch Testament oder Erbvertrag wirksam zum Erben eingesetzt werden, wobei übrigens gleichgültig ist, ob die Erzeugung zur Zeit der Errichtung der Verfügung schon stattgefunden hatte. Der Anfall der Erbschaft wird, sobald die Leibesfrucht lebend zur Welt kommt, auf den Erbfall zurückbezogen. Das Vorhandensein eines erbberechtigten nasciturus wird außer nach § 1923 Abs. 2 (vgl. § 2108 Abs. 1) in den Vorschriften der §§ 1963, 2141 und des § 2043 Abs. 1 berücksichtigt (Unterhaltsanspruch der Mutter, Aufschub der Auseinandersetzung unter Miterben). Ähnliche Vorschriften enthalten § 1733 Abs. 3 und § 1753 Abs. 3 über die Wirkung einer nach dem Tode des Vaters erfolgten Ehelichkeitserklärung und der nach dem Tode des Annehmenden erfolgten Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt.

Ob von einer nach dem Tode des Erblassers geborenen Person anzunehmen ist, daß sie *zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugt gewesen* sei, wird im einzelnen Falle oft zweifelhaft sein. Es entsteht die Frage, ob hier die Rechtsvermutungen der §§ 1591, 1592, 1717 eingreifen oder vom Gerichte nach freier Überzeugung zu entscheiden ist. Die M. I S. 30, V S. 11, 12 sprechen sich in letzterem Sinne aus, während in der zweiten Kommission die Ansicht vertreten worden ist, es müßten wenigstens hinsichtlich der Empfängniszeit jene positiven Vorschriften Anwendung finden (P. II Bd. 5 S. 8). Die Frage dürfte nur in seltenen Fällen praktisch werden. Im allgemeinen wird zu sagen sein, daß das Gericht bei der Entscheidung des konkreten Falles durch positive Vorschriften nicht gebunden ist. Anders wird es sich nur dort verhalten, *wo die erbrechtliche Entscheidung über das Vorhandensein eines gesetzlichen Erbrechtes oder Pflichtteilsrechtes* von der Vorentscheidung über die Frage der ehelichen Abstammung abhängig ist. Hier werden auch für die erbrechtliche Entscheidung die Vorschriften der §§ 1591—1593 maßgebend sein. Anders freilich *Herzfelder* S. 16, der den §§ 1591—1593 jede erbrechtliche Bedeutung abspricht. Die Bestimmung des § 1717 Abs. 2 kommt erbrechtlich nur insofern in Betracht, als die daselbst bestimmte Empfängniszeit nach § 1720 für die Entscheidung der Frage, ob ein Kind durch nachfolgende Ehe legitimiert worden ist, maßgebend ist. Eine darüber hinausgehende Anwendung des § 1717 ist auf dem Gebiete des Erbrechts deshalb ausgeschlossen, weil sich dessen Bestimmung nur auf die Frage der unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708—1716 bezieht.

4. Soweit im § 1923 (Abs. 1) enthalten ist, daß der Erbe zur Zeit des Erbfalls *noch* leben muß, hat die Vorschrift die Bedeutung, daß an Stelle einer vor dem Erbfalle gestorbenen Person *nicht etwa deren Erben* zur Erbschaft berufen werden. Dieser Satz war im E. I § 1954 nach dem Vorgange mancher Partikularrechte (s. M. V S. 332 Anm. 3) für den Erbvertrag besonders ausgesprochen, weil für die vertragsmäßige Berufung zur Erbschaft in der älteren Doktrin vielfach das Gegenteil angenommen wurde. Im BGB. ist jene besondere Vorschrift mit Rücksicht auf den allgemeinen Satz des § 1923 weggelassen.

5. Der § 1923 Abs. 1 gilt auch für die *juristischen Personen*. Eine juristische Person muß danach zur Zeit des Erbfalls schon existent geworden und andererseits noch existent sein, um Erbe werden zu können. Für die Stiftung besteht ein dem § 1923 Abs. 2 analoger Satz

im § 84, nach welchem eine beim Tode des Stifters noch nicht staatlich genehmigte Stiftung für die Zuwendungen des Stifters, insbesondere also auch für eine Erbeinsetzung, als schon vor dem Tode des Stifters entstanden gilt. Die Vorschrift ist positiver Natur, eine Übertragung derselben oder des § 1923 Abs. 2 auf einen zur Zeit des Erbfalls in der Entstehung begriffenen rechtsfähigen Verein ist ausgeschlossen (vgl. § 2101 Abs. 2 und P. II Bd. 5 S. 9, 10).

6. Die Vorschriften des § 1923 finden nach § 2108 Abs. 1 auf die Nacherbfolge entsprechende Anwendung. An die Stelle des Erbfalls tritt hier der Fall der Nacherbfolge. Für den Nacherben genügt es, daß er zu dieser Zeit bereits geboren oder wenigstens erzeugt ist. Demgemäß kann auch eine, abgesehen von dem Falle des § 84, erst nach dem Tode des Erblassers existent gewordene juristische Person Nacherbe werden. Der Grundsatz, daß der Erbe zur Zeit des Erbfalls noch am Leben sein müsse, ist auf die Nacherbfolge nicht in der Weise zu übertragen, daß der als Nacherbe Eingesetzte beim Eintritte des Falles der Nacherbfolge noch leben müsse; denn wenn der eingesetzte Nacherbe vor diesem Zeitpunkte, aber doch nach dem Eintritte des Erbfalls stirbt, so geht, dafern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (vgl. auch § 2074), sein Recht auf seine Erben über (§ 2108 Abs. 2).

7. Wegen der Geltung des § 1923 für das Vermächtnis s. die Erl. zu § 2176.

§§ 1924—1930.

Heymann, Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem BGB., 1896; Rosin, Beiträge zur Lehre von der Parentelenordnung und Verwandtschaftsberechnung nach deutschem, österreichischem, jüdischem und kanonischem Recht in Grünhuts Zeitschrift Bd. 28 S. 341; Leonhard, Einfluß des österr. BGB. auf die neue deutsche Erbfolgeordnung, ebenda Bd. 29 S. 243.

1. Die Verwandtenerbfolge des BGB. beruht auf dem **Parentelensystem.**

a) **Begriff der Parentel.** Unter einer Parentel versteht der juristische Sprachgebrauch die Gesamtheit derjenigen Blutsverwandten eines Menschen, die mit ihm von einem nächsten gemeinschaftlichen Vorfahren abstammen, mit Einschluß dieses Stammvaters selbst. Je nachdem man hierbei einen näheren oder einen entfernteren Vorfahren ins Auge faßt, wird die Parentel von einem engeren oder weiteren Verwandtenkreise gebildet. Jeder Mensch gehört also unzähligen Parentelen an, die sich nach der Vater- und der Mutterseite hin immer weiter übereinander aufbauen. Belegt man die Parentelen mit Zahlen, so bildet die Person, von welcher ausgegangen wird, mit ihren Abkömmlingen die erste Parentel, ihre Eltern nebst deren übrigen Abkömmlingen, also den Geschwistern und deren Abkömmlinge bilden die zweite, die beiderseitigen Großeltern und deren nicht schon zur zweiten Parentel gehörende Abkömmlinge die dritte Parentel ꝛc. Jede dieser Parentelen kann in mehrere Stämme zerfallen, die in der ersten Parentel von den mehreren Kindern oder Kindeskindern, in den entfernteren Parentelen von den mehreren der Parentel angehörenden Voreltern ausgehen. Da auch die Abkömmlinge eines und desselben Eltern- oder Voreltern-paars nicht alle gemeinschaftliche zu sein brauchen, so ist jeder Teil eines Elternpaars für sich allein als Ausgangspunkt eines Stammes ins Auge zu fassen. Hiernach können bereits in der zweiten (elterlichen) Parentel zwei Stämme bestehen. Jeder Stamm kann sich in der absteigenden Generation immer weiter in Unterstämme spalten, andererseits kann auch durch Heirat unter Angehörigen verschiedener Stämme wieder eine vollständige oder teilweise Vereinigung dieser Stämme eintreten.

b) Als Parentelensystem wird nun in der Wissenschaft diejenige Erbfolgeordnung bezeichnet, welche sich an die Gliederung der Verwandtschaft nach Parentelen anschließt, indem sie den Angehörigen der näheren Parentel vor denjenigen der entfernteren Parentel den Vorzug gibt und innerhalb der Parentel und des Stammes die Nähe zu dem gemeinsamen Vorfahren entscheiden läßt. Lebt dieser Vorfahr zur Zeit des Erbfalls, so ist er selbst der Erbe. Ist er nicht mehr am Leben, so erbt an seiner Stelle, auch wenn noch andere derselben Parentel angehörende Vorfahren vorhanden sind, der von ihm ausgehende Stamm. Hierbei schließen die zur Zeit des Erbfalls lebenden die durch sie mit dem Stammvater verwandten entfernteren Stammesglieder von der Erbfolge aus. An die Stelle eines vor dem Erbfalle verstorbenen aber treten auch hier die von ihm abstammenden entfernteren Stammesglieder ein. Durch dieses zunächst schon in der ersten Parentel anerkannte sog. Eintrittsrecht oder Repräsentationsrecht der Deszendenz wird für die Abkömmlinge und die Seitenverwandten des Erblassers die Erbfolge nach Stämmen begründet, während für die Vorfahren und mittelbar auch für die Seitenverwandten die sich immer wiederholende Scheidung nach Vater- und Mutterseite die Erbfolge nach Linien zur Folge hat.

2. Gestaltung des Parentelensystems im BGB. Im Erbrecht des BGB. hat das Parentelensystem in der Weise Ausdruck gefunden, daß die gesamte Verwandtschaft hintereinander in „Ordnungen" berufen wird, die den Parentelen entsprechen. Der Grundgedanke der §§ 1924 bis 1930 wird in den M. (V S. 357) und in der Denkschrift (S. 719) dahin ausgedrückt, daß Verwandte, welche mit dem Erblasser die näheren Stammeseltern gemeinsam haben, solche Verwandte ausschließen sollen, welche durch entferntere Stammeseltern mit dem Erblasser verbunden sind; vgl. die Definition bei Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts II § 187 (S. 597). Ein Verwandter einer späteren Ordnung ist also nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist (§ 1930). Die Berufung innerhalb der Ordnung ist jedoch im BGB. nicht für alle Ordnungen gleichmäßig geregelt. Nur in den drei ersten Ordnungen sind die oben entwickelten Grundsätze vollständig durchgeführt. In den folgenden Ordnungen dagegen erben, wenn noch Vorfahren vorhanden sind, diese allein, und zwar mehrere stets zu gleichen Teilen. Sind keine der betreffenden Ordnung angehörende Vorfahren mehr am Leben, so erbt von den Seitenverwandten der Ordnung derjenige, welcher der Generation der Vorfahren am nächsten steht, also mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere gleich Nahe erben auch hier stets zu gleichen Teilen. Es wird also in den entfernteren Ordnungen weder nach der Vater- und Mutterseite (nach Linien) geschieden noch — in Ermangelung eines Eintrittsrechts — nach Stämmen geerbt, vielmehr begründet innerhalb der Ordnung Gradesnähe den Vorzug und tritt unter gleichnahen Verwandten Kopfteilung ein.

3. Würdigung des Parentelensystems. Dem BGB. steht unter den größeren modernen Rechten hinsichtlich der Verwandtenerbfolge das österr. BGB. (§§ 631—650) am nächsten; vgl. im übrigen betreffs der Anerkennung des Parentelensystems in der neueren deutschen und ausländischen Rechtsentwicklung die M. (V S. 355—357) und Heymann S. 40—43. Die streitige Frage, ob das Parentelensystem oder, wie es auch genannt wird, die Linealgradualerbfolge das ältere deutsche Recht in dem Maße beherrscht hat, daß es als das nationale deutsche Erbfolgerecht bezeichnet werden darf, wird neuerdings wieder mehr bejaht, vgl. Heusler, Institutionen II § 187 und Heymann S. 5—16. Für die Aufnahme des Parentelensystems in das BGB. ist weniger diese Erwägung als die Überzeugung von dem inneren Werte des Systems ausschlaggebend gewesen. Die M. V (S. 356, 357, 362) erblicken die Vorzüge des Systems darin, daß es einmal einfach, leicht verständlich und folgerichtig sei und sodann namentlich in Ansehung des Verhältnisses der Vorfahren zu den Seitenverwandten vermöge der Bevorzugung der jüngeren Generation unter beschränkter Festhaltung des Schoßfallrechts (s. Erl. 1 zu § 1925) sachlich zu angemessenen Ergebnissen führe. Dem Nachteil einer zu großen Vermögenszersplitterung soll die von den drei ersten Ordnungen abweichende Gestaltung der Erbfolge in den entfernteren Parentelen begegnen. Diese abweichende Gestaltung sollte nach dem E. I bereits in der dritten Ordnung (oder wie der E. I sagte „Linie") eintreten, im übrigen stand bereits der E. I ganz auf dem Boden des BGB. In der Kritik hat die Wahl des Parentelensystems ganz überwiegend Billigung gefunden (s. die Zsftlg. V S. 62, 63 VI S. 670).

4. Nach den Vorschriften der §§ 1606, 1609 einerseits und der §§ 1924 ff. andererseits besteht für die Abkömmlinge und die Verwandten der aufsteigenden Linie ein Zusammenhang zwischen der gesetzlichen Erbfolgeordnung und der Unterhaltspflicht. Dies zeigt sich darin, daß die Abkömmlinge vor den Verwandten der aufsteigenden Linie und im Verhältnisse unter einander nach der Reihenfolge der Berufung zur Erbschaft und dem Verhältnisse der Erbteile unterhaltspflichtig sind, während für die Unterhaltspflicht der Verwandten aufsteigender Linie die Grundsätze der Erbfolge wenigstens insoweit maßgebend sind, als die näheren Vorfahren vor den entfernteren haften. Ebenso ist die Reihenfolge der Berufung zur Erbfolge maßgebend für den Rang des Unterhaltsanspruchs, wenn mehrere bedürftige Verwandte vorhanden sind. Soweit neben den Verwandten der Ehegatte in Betracht kommt, besteht ein solcher Parallelismus zwischen Erbfolge und Unterhaltspflicht bzw. Unterhaltsanspruch nicht (§ 1608, § 1609 Abs. 2). Für Seitenverwandte kann er, da diese nicht unterhaltspflichtig sind, nicht in Betracht kommen.

5. Berechtigung zur Verwandtenerbfolge. Voraussetzung für die Zugehörigkeit einer Person zu einer der in Erl. 2 bezeichneten „Ordnungen" ist die Verwandtschaft mit dem Erblasser. Sie bestimmt sich nach den familienrechtlichen Vorschriften. Aus diesen ist folgendes hervorzuheben:

a) Vor allem ist zu beachten, daß zwischen einem unehelichen Kinde und dessen Vater eine Verwandtschaft im Rechtssinne nicht besteht (§ 1589). Im Verhältnis zur Mutter und deren

§. 1924. Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers.

Ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbfolge aus.

An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlinges treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen).

Kinder erben zu gleichen Theilen.

Verwandten steht dagegen das uneheliche Kind dem ehelichen gleich (§ 1705). Was für uneheliche Kinder überhaupt gilt, gilt auch für sogenannte Brautkinder. Überhaupt nicht als unehelich, sondern vielmehr als ehelich sind jedoch die durch nachfolgende Ehe der Eltern legitimierten Kinder zu behandeln, und für die Abkömmlinge des unehelichen Kindes hat die Eheschließung zwischen den Eltern die volle Wirkung der Legitimation auch dann, wenn das Kind vor der Eheschließung gestorben ist (§§ 1719, 1722). Die nach § 1723 erfolgende Ehelichkeitserklärung verschafft zwar dem Kinde die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes und erstreckt sich in ihrer Wirkung auch auf die Abkömmlinge des Kindes nicht aber auch auf die Verwandten des Vaters (§ 1737). Demgemäß kommt zwar dem Kinde und dessen Abkömmlingen ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Vater und diesem gegenüber dem Kinde und dessen Abkömmlingen zu, *dagegen nicht dem Kinde und dessen Abkömmlingen gegenüber den Verwandten des Vaters und umgekehrt*. Daraus folgt insbesondere, daß die Ehelichkeitserklärung auch kein gesetzliches Erbrecht des für ehelich Erklärten und dessen Abkömmlingen gegenüber den sonstigen Abkömmlingen des Vaters und dieser gegenüber jenen begründet.

b) Im Falle einer Annahme an Kindesstatt erlangt der Angenommene, *soweit im Annahmevertrage nicht anderes bestimmt ist* (Rspr. 5 S. 354), dem Annehmenden gegenüber auch in erbrechtlicher Beziehung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes, und kommt dies mit der Beschränkung des § 1762 (vgl. Erl. hierzu i. Bd. IV) auch den Abkömmlingen des Kindes zu statten. *Auf die Verwandten des Annehmenden* erstreckt sich dagegen die *Annahme an Kindesstatt ebensowenig als die Ehelichkeitserklärung*, und dem Annehmenden selbst ist ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem angenommenen Kinde und dessen Abkömmlingen versagt. An der erbrechtlichen Stellung des Angenommenen in seiner natürlichen Familie wird durch die Annahme an Kindesstatt nichts geändert. Vgl. §§ 1757, 1759, 1762 bis 1764, 1767.

c) Den ehelichen Kindern durchaus gleichgestellt sind die aus einer *Putativehe* im Sinne des § 1699 hervorgegangenen Kinder. Dem Vater, welchem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war, kommen jedoch die aus der Vaterschaft sich ergebenden Rechte, zu denen insbesondere auch das gesetzliche Erbrecht gegenüber dem Kinde und den Abkömmlingen desselben gehört, nicht zu (§ 1701). Die erbrechtliche Stellung der Verwandten des Vaters wird hierdurch nicht berührt.

§ 1924.

G. I § 1965; II § 1891 rev. § 1902; III § 1900. P. I S. 10071 ff., 11374 f.; M. V S. 358 ff. P. II Bd. 5 S. 463 ff., 847 ff. D. S. 719. SB. S. 2096.

1. In der **ersten Ordnung** erben die Abkömmlinge, d. h. die Kinder und die entfernteren Deszendenten des Erblassers. Erbberechtigt sind zunächst eheliche Abkömmlinge, d. h. solche, die nach den Vorschriften der §§ 1591 ff. als aus einer Ehe des Erblassers bzw. eines ehelichen Kindes desselben hervorgegangen gelten. Uneheliche Kinder und die (ehelichen oder bei Töchtern auch unehelichen) Abkömmlinge von solchen sind der Mutter gegenüber erbberechtigt wie eheliche Abkömmlinge (§ 1705), ihrem Vater gegenüber haben sie dagegen (vgl. Vorbm. Ziff. 5) kein gesetzliches Erbrecht. Auch das im bisherigen Rechte vielfach anerkannte *außerordentliche Erbrecht der Unehelichen* gegenüber ihrem Vater ist *nicht aufgenommen*. In betreff der Brautkinder, ferner der durch nachfolgende Ehe legitimierten, der für ehelich erklärten, der an Kindesstatt angenommenen Kinder und der Kinder aus einer Putativehe vgl. Vorbm. Ziff. 5. Über doppeltes Erbrecht eines Angenommenen gegenüber dem Annehmenden vgl. Erl. 2 zu § 1927. Die *Einkindschaft* ist dem BGB. unbekannt und bleibt daher auch für die Erbfolge außer Betracht (über auf Herbeiführung der Einkindschaft gerichtete Erbverträge vgl. *Jastrow*, Formularbuch II

§. 1925. Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

S. 246 ff. und S. 313 ff.). Wegen der Wirkungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft vgl. §§ 1483 ff., 1490.

2. Die Frage, wer unter mehreren Abkömmlingen des Erblassers zur Erbfolge berufen ist und in welchem Verhältnisse mehrere neben einander berufene Abkömmlinge erben, wird durch die Abs. 2—4 geregelt. Zunächst wird im Abs. 2 der negative Satz ausgesprochen, daß entferntere Abkömmlinge nicht zur Erbfolge gelangen, wenn zur Zeit des Erbfalls derjenige nähere Abkömmling noch lebt, durch welchen sie mit dem Erblasser verwandt sind. Im Abs. 3 wird sodann das Eintrittsrecht (Repräsentationsrecht) der entfernteren Abkömmlinge aufgestellt. An die Stelle eines näheren Abkömmlinges, der zur Zeit des Erbfalls nicht mehr am Leben ist, treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge. Sie erben kraft eigenen Rechtes, nicht kraft des auf sie abgeleiteten Erbrechts ihres verstorbenen Vorfahren und ohne Rücksicht darauf, ob sie die Erben des Verstorbenen geworden sind; vgl. M. V S. 367, 375, 484, 705, P. II Bd. 5 S. 606, 607; s. auch RGE. in Puchelts Z. 1903 S. 143. Die Bedeutung des Eintrittsrechts besteht somit nur darin, daß auf entferntere Abkömmlinge zusammen derjenige Erbteil entfällt, welcher auf den näheren Abkömmling entfallen sein würde, wenn er zur Erbfolge gelangt wäre. Dem Gesetze fremd ist dagegen die in der älteren gemeinrechtlichen Lehre herrschende und von mehreren Kodifikationen angenommene Auffassung, zufolge welcher das Eintrittsrecht der entfernteren Abkömmlinge entfallen sollte, wenn dem näheren Abkömmling die Erbberechtigung aus besonderen Gründen fehlt. Im Gesetze abgelehnt ist insbesondere der mit dieser jetzt allgemein aufgegebenen Auffassung zusammenhängende Satz: viventis nulla repraesentatio. Die Regel des Abs. 2, daß der nähere Abkömmling, solange er lebt, die durch ihn mit dem Erblasser verwandten entfernteren Abkömmlinge von der Erbfolge ausschließt, gilt nämlich nur für den Fall, daß der lebende nähere Abkömmling zur gesetzlichen Erbfolge wirklich gelangt. Trifft dies nicht zu, weil dieser ausgeschlagen hat (§ 1953) oder weil er für erbunwürdig erklärt worden ist (§ 2344) oder weil er durch persönlichen Erbverzicht (§§ 2346, 2349) oder durch letztwillige Verfügung (§ 1938) von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, so erben an seiner Stelle die durch ihn mit dem Erblasser verwandten entfernteren Abkömmlinge kraft eigenen Rechtes. Hinsichtlich der ersten drei Fälle (Ausschlagung, Erbunwürdigkeit, persönlicher Erbverzicht) bestimmt das Gesetz ausdrücklich, daß derjenige Abkömmling in dessen Person einer der bezeichneten Umstände vorliegt, so behandelt werden soll, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§§ 1953, 2344, 1946), und beruft es daher diejenigen zur Erbfolge, welche abgesehen von dem näheren Abkömmling als gesetzliche Erben in Betracht kommen. Für den Fall der Ausschließung durch letztwillige Verfügung fehlt eine besondere Vorschrift. Daß aber auch in diesem Falle ein Eintrittsrecht besteht, folgt aus der grundsätzlich anerkannten Selbständigkeit des Erbrechts der entfernteren Abkömmlinge, ferner aus der Vorschrift des E. I § 1972, welche die obigen vier Fälle zusammenfaßt und von der zweiten Kommission sachlich gebilligt ist (P. II Bd. 5 S. 483), endlich auch aus dem § 2309, der für den fraglichen Fall in bedingter Weise ein Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge anerkennt, also ein gesetzliches Erbrecht derselben voraussetzt. So auch Strohal I § 9 Anm. 6; Frommhold, Arch. f. Bürg. R. 12 S. 305—316 und die herrschende Meinung, jetzt auch RG. in JW. 1905 S. 396 = DJZ. 1905 S. 698 = Recht 1905 S. 343 (Entsch. Bd. 61 S. 14); abweichend nur Heymann S. 53, 54.

Aus dem Zusammenhange der Abs. 3, 4 ergibt sich, daß Enkel, die an Stelle eines weggefallenen Kindes erben, zusammen dessen Kopfteil erhalten und auf diesen zu gleichen Teilen berufen sind. Ist auch schon einer der Enkel mit Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben, so gilt für diese bezüglich seines Erbteils das gleiche. Jeder Stamm spaltet sich also fortgesetzt in Unterstämme, bei denen immer wieder Stammsukzession und Stammteilung zur Anwendung kommen (Heymann S. 52).

§ 1925.

E. I § 1966; II § 1802 rev. § 1903; III § 1901. P. I S. 10079 ff., 10270, 10460, 10480 f., 11375, 12257; M. V S. 361 f. P. II Bd. 5 S. 467. D. S. 719.

Zweite Ordnung.

1. Im § 1925 wird das Erbrecht der Eltern, der Geschwister und der Abkömmlinge von Geschwistern in einer Weise geregelt, die zwischen dem gem. und dem preuß. Rechte die Mitte hält. Nach Abs. 2 hat das deutschrechtliche Schoßfallrecht Aufnahme gefunden, jedoch nicht wie

Leben zur Zeit des Erbfalls die Eltern, so erben sie allein und zu gleichen Theilen.

Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so erbt der überlebende Theil allein.

§. 1926. Gesetzliche Erben der dritten Ordnung sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

Leben zur Zeit des Erbfalls die Großeltern, so erben sie allein und zu gleichen Theilen.

Lebt zur Zeit des Erbfalls von den väterlichen oder von den mütterlichen Großeltern der Großvater oder die Großmutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so

---

im ALR. unbedingt, sondern nur in beschränkter Gestalt. Nur wenn die Eltern, d. h. beide Eltern des Erblassers leben, schließen sie die Geschwister und deren Abkömmlinge gänzlich von der Erbfolge aus, anderenfalls treten nach Abs. 3 an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge. Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, daß die entgegengesetzte Regelung zu dem unbilligen Ergebnisse der völligen Ausschließung derjenigen halbbürtigen Geschwister führt, die nur durch den verstorbenen Elternteil mit dem Erblasser verwandt sind, und entspricht dem Grundsatze der Teilung nach Vater- und Mutterseite. Dem Tode eines Elternteils stehen die in der Erl. 2 zu § 1924 erörterten Fälle gleich, in welchen eine noch lebende Person bei der gesetzlichen Erbfolge außer Betracht bleibt. Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß für den seitens eines Vorfahren erfolgten Erbverzicht die Regel des § 2349 nicht gilt, dem Verzicht also nur persönliche Wirkung zukommt.

2. Die Abkömmlinge des verstorbenen Elternteils, die neben dem überlebenden zur Hälfte der Erbschaft Erben werden, sind zunächst die vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister des Erblassers, im Falle des Todes der Mutter auch die etwaigen unehelichen Geschwister. Die halbbürtigen Geschwister erben also, abweichend von dem bisher zumeist geltenden Rechte, in derselben Ordnung wie die vollbürtigen, stehen aber hinter diesen insofern zurück, als vollbürtige Geschwister an die Stelle des einen oder des anderen verstorbenen Elternteils eintreten, während halbbürtige nur im Falle des Todes desjenigen Elternteils erben, den sie mit dem Erblasser gemeinsam haben. Sind beide Eltern verstorben, so nehmen folgerecht vollbürtige Geschwister an beiden Elternhälften teil, halbbürtige nur an der einen Hälfte; sofern jedoch nur halbbürtige Geschwister vorhanden sind, erhalten auch sie die ganze Erbschaft.

3. Durch die Anziehung der für die erste Ordnung geltenden Vorschriften ist ausgesprochen, daß die Geschwister des Erblassers als Abkömmlinge der Eltern bzw. des einen oder des anderen Elternteils unter sich zu gleichen Teilen erben, und daß an die Stelle weggefallener Geschwister vermöge der Stammerbfolge deren Abkömmlinge — Kinder oder entferntere Deszendenten — treten. Die Erbfolge nach Stämmen ist, abweichend vom gem. und entsprechend dem preuß. Rechte, für die Verteilung des Nachlasses auch dann maßgebend, wenn nur Geschwisterkinder vorhanden sind.

4. Die in der Vorbm. unter Ziff. 5 entwickelten Grundsätze sind selbstverständlich auch bei der gesetzlichen Erbfolge nach der zweiten Ordnung (und nach den folgenden Ordnungen) zu beachten.

§ 1926.

E. I § 1968; II § 1893 rev. § 1904; III § 1902. P. I E. 10086 ff., 11375 f.; M. V E. 364 f. P. II Bd. 5 E. 467 ff. D. E. 719.

Dritte Ordnung.

1. Das Verhältnis zwischen den entfernteren Vorfahren und den näheren Seitenverwandten des Erblassers findet nach dem Parentelensystem eine Regelung, die im Ergebnisse dem preuß. ALR. und dem franz. Recht am nächsten kommt. Die Großeltern stehen als zur dritten Ordnung

fällt der Antheil des Verstorbenen dem anderen Theile des Großelternpaars und, wenn dieser nicht mehr lebt, dessen Abkömmlingen zu.

Leben zur Zeit des Erbfalls die väterlichen oder die mütterlichen Großeltern nicht mehr und sind Abkömmlinge der Verstorbenen nicht vorhanden, so erben die anderen Großeltern oder ihre Abkömmlinge allein.

Soweit Abkömmlinge an die Stelle ihrer Eltern oder ihrer Voreltern treten, finden die für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften Anwendung.

§. 1927. Wer in der ersten, der zweiten oder der dritten Ordnung verschiedenen Stämmen angehört, erhält den in jedem dieser Stämme ihm zufallenden Antheil. Jeder Antheil gilt als besonderer Erbtheil.

---

gehörend den Geschwistern und deren Abkömmlingen nach, während sie im gem. Rechte mit vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern zusammen in der zweiten Klasse erbten, halbbürtige Geschwister und die entfernteren Abkömmlinge von vollbürtigen Geschwistern aber ausschlossen und im sächs. Rechte nach dem Grundsatze des unbedingten Vorranges der Vorfahren vor den Seitenverwandten schlechthin den Geschwistern vorgingen.

2. Auch in der dritten Ordnung besteht nur ein bedingter Vorrang der aufsteigenden Linie vor den Seitenverwandten, denn nur, wenn „die Großeltern", d. h. zunächst alle vier Großeltern leben, erben sie allein (Abs. 2). An die Stelle eines (durch den Tod oder gleichstehende Umstände, vgl. Erl. 2 zu § 1924) weggefallenen Großelternteils treten wie in der zweiten Ordnung dessen Abkömmlinge (Abs. 3 Satz 1). Nur in Ermangelung solcher wird der auf den Weggefallenen entfallende Anteil auf den anderen Großelternteil derselben Linie und, wenn dieser nicht mehr lebt, auf dessen Abkömmlinge vererbt (Abs. 3 Satz 2). Erst wenn in einer der beiden Linien weder Großeltern noch Abkömmlinge von solchen vorhanden sind, tritt die andere Linie an die Stelle. Es führt also die Scheidung nach Vater- und Mutterseite dazu, daß die beiden Stämme je eines Großelternpaars als „zu einer Einheit verbunden" erscheinen (Heymann S. 54). Ist z. B. die väterliche Großmutter gestorben und sind Abkömmlinge von ihr nicht vorhanden, so fällt ihr Erbteil zunächst dem Großvater väterlicherseits, eventuell dessen Abkömmlingen zu, die mütterlichen Großeltern oder deren Abkömmlinge erhalten also nur dann die ganze Erbschaft, wenn auf der Vaterseite Verwandte der dritten Ordnung überhaupt nicht vorhanden sind.

3. Ein Pflichtteilsrecht steht den Großeltern und den entfernteren Vorfahren des Erblassers nicht zu. Vgl. § 2303.

4. Nach dem E. I sollten bereits in der dritten Ordnung für die Erbfolge und die Anteile der Erben die Grundsätze maßgebend sein, die nach §§ 1928, 1929 in der vierten und den folgenden Ordnungen gelten. Die Änderung im E. II beruht auf der Erwägung, daß in der zweiten Generation über dem Erblasser die Rücksicht auf Folgerichtigkeit und Gerechtigkeit noch die Gefahr der Vermögenszersplitterung überwiegt.

§ 1927.

E. I § 1967; II § 1804 rev. § 1905; III § 1903. P. I S. 10068 f., 10091, 11429; M. V S. 363 f. P. II Bd. 5 S. 467.

1. Die Verwandtschaft einer Person mit dem Erblasser kann auf verschiedenen Beziehungen (Gründen) beruhen. Man spricht dann von **mehrfacher Verwandtschaft**. Sie kann bei der gesetzlichen Erbfolge in zweifacher Weise in Betracht kommen:

a) So, daß jemand vermöge seiner mehrfachen verwandtschaftlichen Beziehungen zum Erblasser mehreren Ordnungen der gesetzlichen Erbfolge angehört. Beispiel: Jemand gehört als Enkel des Erblassers zu den Verwandten der ersten Ordnung; da er aber einer Ehe zwischen dem Bruder des Erblassers und der Tochter desselben entsprossen ist, auch zu den Verwandten der zweiten Ordnung. Über die rechtliche Bedeutung der mehrfachen Verwandtschaft in einem so gearteten Falle ist erst bei der Erl. zu §§ 1948, 1949 zu handeln.

b) Der mehrfachen Verwandtschaft mit dem Erblasser kann aber auch innerhalb einer der drei ersten Ordnungen der gesetzlichen Erbfolge Bedeutung zukommen. Beispiel: Die in

§. 1928. Gesetzliche Erben der vierten Ordnung sind die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern, so erben sie allein; mehrere erben zu gleichen Theilen, ohne Unterschied, ob sie derselben Linie oder verschiedenen Linien angehören.

Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern nicht mehr, so erbt von ihren Abkömmlingen derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Theilen.

Betracht kommenden gesetzlichen Erben zweiter Ordnung sind: Des Erblassers Bruder und ein aus der Ehe zwischen einem verstorbenen Sohne einer verstorbenen Schwester des Erblassers und einer verstorbenen Tochter eines verstorbenen Bruders des Erblassers hervorgegangener Abkömmling. Dieser Abkömmling ist sowohl durch seinen Vater als durch seine Mutter mit dem Erblasser verwandt. Nach der Entscheidung des § 1927 erwächst aus dieser mehrfachen Verwandtschaft mehrfaches Erbrecht. Es sind demgemäß drei Stammteile zu bilden. Von diesen erhält der noch lebende Bruder des Erblassers *einen*, während auf den vorbezeichneten Abkömmling, da er sowohl als Abkömmling des verstorbenen Bruders als auch als Abkömmling der verstorbenen Schwester des Erblassers erbt, *zwei* Stammteile entfallen.

2. Daß *mehrfache* Verwandtschaft ein *mehrfaches Erbrecht* begründet, entspricht dem Grundgedanken der Erbfolge nach Stämmen und dem bisherigen Rechte. Hervorzuheben ist, daß das Verhältnis auch künstlich durch Annahme an Kindesstatt entstehen kann, wenn nämlich der Erblasser einen entfernteren Abkömmling an Kindesstatt annimmt. In diesem Falle erlangt der Angenommene durch die Annahme ein Erbrecht als Kind (§ 1757) und behält, sofern er als Enkel oder Urenkel überhaupt ein Erbrecht hat (§ 1924 Abs. 2), gemäß § 1764 auch dieses (abweichend Leske S. 1031). Wenn dagegen ein bereits bestehendes Verwandtschaftsverhältnis durch einen späteren Rechtsakt lediglich umgestaltet oder in seinen Wirkungen erweitert wird, so entsteht keine mehrfache Verwandtschaft und kein mehrfaches Erbrecht. So z. B. wenn ein Mann, nachdem er sein uneheliches Kind an Kindesstatt angenommen hat, mit der Mutter die Ehe schließt oder wenn eine Frau ihr uneheliches Kind an Kindesstatt annimmt (vgl. M. V S. 363; zu dem ersten Beispielsfalle auch M. IV S. 921 und § 1771 Abs. 1 und zu dem zweiten Falle die abweichende Auffassung von Kuttner in Iherings Jahrb. 47, S. 65).

3. Der Vorschrift des Satz 2, daß mehrere demselben Erben zufolge mehrfacher Verwandtschaft anfallende Anteile einer Erbschaft als *besondere Erbteile* gelten, entspricht die analoge Vorschrift für den ähnlichen Fall des § 1934. Etwas anders geartet sind die auf den Fall der Erhöhung eines gesetzlichen Erbteils und auf den Fall der Erweiterung eines Erbteils durch Anwachsung sich beziehenden Vorschriften der §§ 1935, 2095. Denn während in den Fällen der §§ 1927 und 1934 die demselben Erben zukommenden mehreren Anteile der Erbschaft *nach allen Richtungen* (also auch hinsichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten) als *besondere Erbteile gelten*, werden der ursprüngliche und der hinzukommende Erbteil in den Fällen der §§ 1935 und 2095 *nur* hinsichtlich der Vermächtnisse und Auflagen und in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besondere Erbteile behandelt. Vgl. im übrigen die Erl. zu den §§ 1935, 2095, 1951, 2007.

§ 1928.

E. I § 1969; II § 1805 rev. § 1906; III § 1994. P. I S. 10092, 10094 f.; M. V S. 366. P. II Bd. 5 S. 469 ff. D. S. 720.

1. Für die **vierte Ordnung** (und für die folgenden, § 1929) hat *das Gesetzbuch den Grundsatz der Scheidung nach Vater- und Mutterseite und den Grundsatz der Erbfolge nach Stämmen aufgegeben*. Unter den der Parentel angehörenden Verwandten **begründet Gradesnähe den Vorzug**, unter gleich nahen Verwandten tritt **Kopfteilung** ein. Es gilt daher ein unbedingtes Schoßfallrecht in dem Sinne, daß ein noch lebender Urgroßelternteil nicht nur seine eigenen Abkömmlinge, sondern auch die der schon verstorbenen Urgroßeltern ausschließt. Einem Verstorbenen steht auch hier der aus einem anderen Grunde Weggefallene gleich (s. Erl. 2 zu § 1924). Erben Abkömmlinge von Urgroßeltern, so schließt stets die nähere Generation die entferntere aus; hinsichtlich der Erbteile besteht kein Vorzug der vollbürtigen vor den

§. 1929. Gesetzliche Erben der fünften Ordnung und der ferneren Ordnungen sind die entfernteren Voreltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. Die Vorschriften des §. 1928 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

---

halbbürtigen Verwandten. Endlich begründet auch mehrfache Verwandtschaft mit dem Erblasser, die sowohl bei den Urgroßeltern als auch bei deren Abkömmlingen bestehen kann, nicht ein mehrfaches Erbrecht.

2. Die gesetzgeberischen Gründe für die Abweichung von den in den drei ersten Ordnungen befolgten Grundsätzen liegen in der Zersplitterung des Vermögens, die bei weiterer Durchführung jener Grundsätze eintreten würde, in dem mangelnden Bewußtsein der Familienzusammengehörigkeit bei den weiter entfernten Verwandten und in den vielfachen Verwicklungen und Schwierigkeiten, die sich durch die Berücksichtigung der Abstammung aus verschiedenen Ehen und der durch Heirat unter Verwandten begründeten mehrfachen Verwandtschaft bei den entfernteren Abkömmlingen in immer steigendem Maße ergeben würden. Diese Gründe, die den E. I dazu bestimmt hatten, schon in der dritten Ordnung die ursprünglichen Grundsätze aufzugeben (vgl. Erl. 4 zu § 1926) müssen für die vierte Ordnung um so mehr als zutreffend anerkannt werden, als die im E. II dem praktischen Ergebnisse nach hinter der vierten Ordnung gezogene Erbrechtsgrenze im Gesetze weggefallen ist.

§ 1929.

E. I § 1969; II § 1806 rev. § 1907; III § 1905. P. I S. 10092 ff., 11376; M. V S. 366 f. P. II Bd. 5 S. 469 ff. D. S. 720. RB. S. 2006 f.

1. Für die gesetzliche Erbfolge in der **fünften und in den folgenden Ordnungen** gelten dieselben Grundsätze wie in der vierten Ordnung (vgl. § 1928 Erl. 1). Das Verhältnis der verschiedenen Ordnungen regelt § 1930.

2. Da § 1929 den „ferneren Ordnungen" **keine Grenze** zieht, so ergibt sich, daß auch der entfernteste Verwandte des Erblassers, Vorfahr oder Seitenverwandter, zur Erbschaft berufen ist. Eine rechtliche Grenze liegt nur in dem gesetzlichen Erbrecht des überlebenden Ehegatten, der schon die Verwandten der dritten Ordnung außer den Großeltern von der Erbfolge ausschließt (§ 1931 Abs. 2); eine tatsächliche Grenze liegt in der Schwierigkeit des Nachweises einer sehr weit entfernten Verwandtschaft und bei den Vorfahren in der Seltenheit des Falles, daß ein über den Urgroßvater hinaus entfernter Vorfahr noch am Leben ist, während alle zwischen ihm und dem Erblasser stehenden Personen weggefallen sind.

3. Die Frage der Erbrechtsgrenze hat während der Schaffung des BGB. eine mehrfach wechselnde Behandlung erfahren. Der E. I § 1969 kannte keine Grenze. Auf die hiergegen gerichteten Äußerungen der Kritik (Zstlg. V S. 63 ff., VI S. 670) und die Gutachten der Bundesregierungen (Zstlg. d. BR. I S. 182 ff., II S. 42) wurde vom E. II §§ 1805, 1806 die gesetzliche Erbfolge auf die vier ersten Parentelen beschränkt und von den folgenden Parentelen nur den Voreltern (Parentelenhäuptern) als Erben der „fünften Ordnung" ein Erbrecht beigelegt. Weitergehende Anträge auf Beseitigung der vierten Parentel wurden abgelehnt. So auch E. III §§ 1904, 1905. In der Reichstagskommission wurde jedoch die Erbrechtsgrenze wieder beseitigt und der gegenwärtige § 1929 beschlossen. Maßgebend waren neben der Rücksicht auf das in Deutschland überwiegend geltende Recht namentlich Erwägungen politischer Natur, welche die „Befestigung und Erhaltung des Familienverbandes" als eine auch auf erbrechtlichem Gebiete zu fördernde Aufgabe des Gesetzgebers erscheinen ließen.

Das BGB. folgt in der **unbegrenzten Anerkennung der Verwandtenerbfolge** dem gemeinen, preußischen und sächsischen Rechte, während der code civil und von den Rechten, welche die Parentelenordnung haben, das österreichische und die schweizerischen Rechte eine Erbgrenze kennen. Rechtsgeschichtliches bei Heymann S. 25, 43.

4. Die unbeschränkte Zulassung der Verwandtenerbfolge hat die Wechselseitigkeit des Erbrechts unter Verwandten zur Folge, d. h. es hat (abstrakt genommen) jeder ein gesetzliches Erbrecht gegenüber allen den Personen, die ihm gegenüber als Verwandte erbberechtigt sind, was für diejenigen Rechte nicht gilt, welche die Verwandtenerbfolge auf gewisse Parentelen beschränken. Eine Ausnahme von dem Grundsatze besteht bei der Annahme an Kindesstatt für den Annehmenden (§ 1759) und gegenüber Kindern aus einer nichtigen Ehe für den schlechtgläubigen Vater (§ 1701). Heymann S. 51.

§. 1930. Ein Verwandter ist nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist.

§. 1931. Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertheile, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Antheil, der nach §. 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.

Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.

---

§ 1930.

E. I § 1970; II § 1807 rev. § 1906; III § 1906. P. I S. 10070 f., 12257, 12264; M. V S. 367. P. II Bd. 5 S. 471.

1. Der § 1930 spricht zunächst aus, daß ein Verwandter zur Erbfolge nicht berufen werden kann, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist, d. h. lebt. Allein diese Vorschrift findet ihre Ergänzung durch andere Bestimmungen, zufolge deren dem Falle, daß ein näherer Verwandter zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt, diejenigen Fälle gleichgestellt werden, in denen jener zwar noch lebt, aber durch besonderen Grund von der Erbfolge ausgeschlossen ist (vgl. §§ 1953, 2344, 2346, 2349, 1938). Hierdurch ist die Möglichkeit der **sukzessiven Berufung** gegeben. Zunächst in der Weise, daß (soweit nicht § 1931 Abs. 2 eingreift) die Berufung an die Verwandten einer entfernteren Ordnung ergeht, wenn alle Verwandten einer früheren Ordnung infolge von Ausschlagung oder Erbunwürdigkeitserklärung weggefallen sind. Dies ist die sogenannte successio ordinum. Das Prinzip der sukzessiven Berufung kommt aber auch innerhalb jeder einzelnen Ordnung zur Geltung. Es tritt also sogenannte successio graduum ein, d. h.: Fällt innerhalb einer Ordnung ein Verwandter (durch Ausschlagung, Erbunwürdigkeitserklärung) weg, so ergeht die Berufung an die entfernteren Verwandten derselben Ordnung insoweit, als diese bei Nichtvorhandensein des Weggefallenen schon von vornherein berufen gewesen wären. Vgl. auch Erl. 2 zu § 1924.

2. Ein besonders gearteter Fall liegt vor, wenn der als gesetzlicher Erbe zunächst in Betracht kommende Verwandte zur Zeit des Erbfalls nur als nasciturus vorhanden ist. Wird er lebend geboren, so greift § 1923 Abs. 2 durch; andernfalls tritt dieselbe Behandlung ein, wie wenn der nasciturus niemals vorhanden gewesen wäre.

3. Während das BGB. in dem Grundsatze der successio graduum et ordinum mit dem gem. Rechte übereinstimmt, besteht doch ein wesentlicher Unterschied hinsichtlich des für die sukzessive Berufung maßgebenden Zeitpunktes. Nach gemeinem Rechte hatte die Berufung des Entfernteren zur Voraussetzung, daß dieser zur Zeit des Wegfalls des zunächst Berufenen noch lebte. Nach BGB. gilt dagegen der Anfall der Erbschaft an den Entfernteren nach dem Wegfall des Vorberufenen als schon mit dem Erbfall erfolgt und braucht daher der Entferntere den Wegfall des Vorberufenen nicht zu erleben (§§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2). Man kann dies auch dahin ausdrücken: daß mit dem Erbfall die Berufung an sämtliche zu dieser Zeit vorhandenen gesetzlichen Erben ergeht, an den Nächsten unmittelbar, an die Entfernteren nur bedingt, nämlich nur unter der condicio iuris des Wegfalls der Vorberufenen, mit deren Eintritt sie als schon von vornherein berufen anzusehen sind. Vgl. P. II Bd. 5, S. 3, 60 und Strohal I S. 25 Anm. 4. Das BGB. stimmt hierin mit dem preuß. und dem franz. Rechte überein. Vgl. Dernburg, Preuß. Priv.R. III § 185; Heymann S. 61.

§ 1931.

E. I § 1971 Abs. 1; II § 1808 rev. § 1909; III § 1907. P. I S. 10101 ff., 10112 ff., 12264; M. V S. 367 ff. P. II Bd. 5 S. 471 ff.; Bd. 6 S. 101 f. D. S. 720. RB. S. 2097 f.

Klein im Recht 1900 S. 304; Ofenstätter, Bad. Not.Z. 1900 Nr. 1—4; Weber daselbst Nr. 6, 7.

1. In der Regelung des **gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten** ist das BGB., dem deutschen Rechtsbewußtsein entsprechend, den neueren deutschen Landesrechten gefolgt, die im Gegensatze

zum gem. und zum franz. Rechte dem überlebenden Ehegatten den Verwandten des verstorbenen gegenüber in erbrechtlicher Beziehung die Stellung anweisen, welche der heutigen Auffassung des ehelichen Verhältnisses entspricht. Denn während die beiden letztgedachten Rechte den Ehegatten, abgesehen von dem gemeinrechtlichen Rechte der armen Witwe, erst hinter sämtlichen erbberechtigten Verwandten berufen, ist im BGB. wie im preuß. ALR. und im sächs. GB. „ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten anerkannt, durch welches das Erbrecht der Verwandten beschränkt, unter Umständen selbst ausgeschlossen wird" (D. S. 720). Auf eine wichtige Übergangsfrage (Rechtswirkung eines vor dem 1. Jan. 1900 unter der Herrschaft des franz. Rechtes geschlossenen Ehevertrags gegenüber der Vorschrift des § 1931) bezieht sich RG. Bd. 49 S. 44. Über die Frage, ob die von einem Ehegatten dem anderen vor dem 1. Jan. 1900 durch Verfügung von Todeswegen gemachten Zuwendungen neben den Bestimmungen der §§ 1931, 1932 Bestand haben, vgl. Recht 1901 S. 381. Nach Bayr. ObLG. (vgl. Recht 1904 S. 387) schließt ein unter früherem Rechte, sofern dieses ein Erbrecht der Ehegatten nicht kannte, abgeschlossener Erbvertrag, wenn ein Ehegatte unter neuem Rechte stirbt, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nur dann aus, wenn der Erbvertrag einen nach den Vorschriften des früheren Rechtes gültigen Erbverzicht enthält.

2. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten setzt eine gültige, bis zum Tode des Erblassers fortbestehende Ehe voraus. Bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe greifen die Vorschriften des Familienrechts (§§ 1323 ff.) ein. Demgemäß besteht vor allem kein Erbrecht des überlebenden Scheinehegatten, wenn die für die Eheschließung notwendige Form nicht beobachtet und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist (d. i. im Falle des sogenannten matrimonium non existens), oder wenn die Ehe (in den Fällen des sogenannten matrimonium nullum oder der Anfechtbarkeit) auf Grund einer erhobenen Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist (§§ 1329, 1341 und CPO. § 629). War das matrimonium nullum vor rechtskräftig erfolgter Nichtigkeitserklärung aufgelöst worden, so kann sich jeder Erbinteressent auf die Ehenichtigkeit incidenter berufen (§ 628 CPO.). Dasselbe gilt im Falle der mit Recht erfolgten Anfechtung der Ehe, wenn diese vor der Rechtskraft des Urteils aufgelöst worden ist. Die Anfechtung einer bereits aufgelösten Ehe ist nur nach Maßgabe des § 1342 zulässig; macht hier der überlebende Gatte von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch, so entfällt sein gesetzliches Erbrecht. In allen vorerwähnten Fällen ist der gute oder schlechte Glaube des einen oder anderen Teiles in betreff der Gültigkeit der Ehe bedeutungslos. Die Vorschrift des § 1345 greift hier nicht ein (unrichtig Frommhold S. 15).

War die Ehe vor dem Tode des Erblassers rechtskräftig geschieden, so ist der überlebende Teil nicht mehr Ehegatte des Erblassers und hat kein Erbrecht, gleichviel ob er oder der Erblasser für den schuldigen Teil erklärt worden ist (M. IV S. 610, V S. 370). Ein Erbrecht besteht endlich natürlich auch dann nicht, wenn nach vorausgegangener Todeserklärung eines (noch lebenden) Ehegatten die Ehe durch die Wiederverheiratung des anderen Teiles nach § 1348 Abs. 2 aufgelöst worden ist.

In zwei Fällen ist das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten sogar ausgeschlossen, obschon dessen Ehe bis zum Tode des anderen Gatten noch bestanden hat. So verhält es sich:

a) Wenn hinsichtlich der Ehe lediglich die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft rechtskräftig ausgesprochen und diese später auch nicht mehr hergestellt worden ist (§§ 1575, 1586, 1587). Anders im Gegensatz zur herrschenden Meinung und ohne überzeugende Begründung nur Herzfelder S. 37; vgl. dagegen Seckel: Die Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft in der Festschrift für Dernburg (1900) S. 4, 20; s. auch Erl. 5 zu § 1933.

b) Das Gesetz (§ 1933) knüpft die erbrechtliche Wirkung der Scheidung unter gewissen Voraussetzungen schon an die Erhebung der Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Vgl. Erl. zu § 1933.

3. Das BGB. hat dem überlebenden Ehegatten bei beerbter und bei unbeerbter Ehe ein wirkliches Erbrecht, nicht ein bloßes Nießbrauchsrecht an dem Nachlasse des verstorbenen beigelegt, andererseits aber auch nicht neben dem Erbrecht noch den Nießbrauch an den Erbteilen der Miterben (Abkömmlinge), wie dies in den bisherigen Rechten mehrfach vorkommt. Die Gründe, aus denen schon der E. I das Nießbrauchsrecht abgelehnt und der E. II trotz mancher in der Kritik laut gewordener Wünsche (vgl. Zstlg. V S. 76—80) hieran festgehalten hat, sind teils wirtschaftlicher Natur, teils beruhen sie auf der Schwierigkeit, das Verhältnis der persönlichen Gläubiger zu den Nachlaßgläubigern angemessen zu regeln. Für die Verleihung eines Nießbrauchsrechts an den Erbteilen der Abkömmlinge besteht ferner auch deswegen kein Be-

§. 1932. Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm außer dem Erbtheile die zum ehelichen Haushalte gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke als Voraus. Auf den Voraus finden die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften Anwendung.

---

dürfnis, weil das BGB. eine elterliche Gewalt, nicht lediglich die väterliche Gewalt kennt und schon hiernach auch der Mutter während der Minderjährigkeit der Kinder die Nutznießung an deren Vermögen zusteht.

4. Das Verhältnis des überlebenden Ehegatten zu den Verwandten des Erblassers ist in der Weise geregelt, daß neben dem Ehegatten nur die Verwandten der ersten und zweiten Ordnung und aus der dritten Ordnung noch die Großeltern zur Erbfolge gelangen. Der Erbteil des Ehegatten ist je nach der Ordnung der miterbenden Verwandten verschieden. Erbt er neben (gemeinschaftlichen oder einseitigen) Abkömmlingen, so steht ihm wie nach sächs. Rechte die feste Erbquote von einem Viertel zu, nicht wie nach anderen Rechten, insbesondere dem preuß. ALR., ein etwa durch einen Höchstbruchteil oder Mindestbruchteil begrenzter Kindesteil. Erbt der Ehegatte neben Eltern, Geschwistern und Abkömmlingen von solchen oder neben Großeltern, so beträgt sein Erbteil die Hälfte der Erbschaft; eine Zwischenstufe ist nicht gemacht. Würden nach § 1926 Abs. 3, 4 neben Großeltern Abkömmlinge von solchen an der Verwandtenhälfte teilnehmen, so werden deren Anteile auf den Ehegatten übertragen, dieser schließt also die Oheime, Tanten, Vettern und Basen des Erblassers aus.

In allen Fällen, in welchen der Ehegatte neben Verwandten berufen wird, ist sein Erbteil ein fester, d. h. es tritt keine Erhöhung des Erbteils ein, wenn ein Verwandter wegfällt, vielmehr kommt der Wegfall nur den miterbenden Verwandten zugute. Sind jedoch die wegfallenden Verwandten die einzigen der betreffenden Ordnung, so hat ihr Wegfall allerdings zur Folge, daß der Ehegatte gemäß § 1931 zu einem höheren Bruchteil oder zur ganzen Erbschaft berufen wird. Es kommt also nur darauf an, welche Verwandten wirklich Erben werden, nicht darauf, welche zunächst zur Erbfolge berufen sind. Das Gegenteil gilt nach § 2310 für die Berechnung des Pflichtteils.

Neben Verwandten der zweiten und dritten Ordnung erhält der Ehegatte noch den § 1932 bestimmten Voraus, vgl. ferner § 1934.

5. Die gesetzliche Erbfolge gestaltet sich abweichend von den allgemeinen Vorschriften, wenn nach der Auflösung einer Ehe, in der allgemeine Gütergemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft bestanden hat, fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt (§§ 1483 ff., 1557). Der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute gehört alsdann nicht zum Nachlasse. Hinsichtlich des sonstigen Vermögens jedoch, das den Nachlaß bildet, also des Vorbehaltsguts des Verstorbenen und des nach § 1439 etwa bestehenden Sonderguts, gelten die allgemeinen oder die für das Sondergut etwa bestehenden besonderen Vorschriften. Tritt nach bestandener allgemeiner Gütergemeinschaft die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht ein, weil sie durch Ehevertrag ausgeschlossen ist (§ 1508) oder weil gemeinschaftliche Abkömmlinge nicht vorhanden sind (§ 1482) oder weil der verstorbene Ehegatte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft letztwillig ausgeschlossen (§ 1509) oder der überlebende Teil sie abgelehnt hat (§ 1484), so gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute zum Nachlaß und gelten für die Beerbung schlechthin die allgemeinen Vorschriften.

§ 1932.

E. I § 1971 Abs. 3; II § 1909 rev. § 1910; III § 1908. P. I E. 10106 ff.; M. V E. 372 ff. P. II Bd. 5 E. 480 f. D. E. 720.

Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB., 1897, S. 123—130. Kiefer, Bad. Rechtspraxis 1900 S. 235.

1. Das BGB. kennt, wie in der Erl. 2 zu § 1922 ausgeführt ist, keine Spezialerbfolge in besondere Vermögensmassen. Die dem älteren deutschen Rechte angehörenden Institute des Heergerätes, der Gerade und der Niftel, die noch im preuß. ALR. eine gesetzliche Regelung gefunden haben, sind durch die neuere wirtschaftliche Entwicklung verdrängt und in rechtlicher Beziehung durch den auch nach dieser Richtung anerkannten Gedanken der Universalsukzession

ausgeschlossen. Dagegen ist besonders mit Rücksicht auf die Verhältnisse der ärmeren Volksklassen der vielen bisherigen Rechten (vgl. die Nachweisung in den M. V S. 372) bekannte **Voraus** des überlebenden Ehegatten in einer dem Systeme der Universalsukzession entsprechenden juristischen Gestalt für den Fall beibehalten, daß keine Abkömmlinge miterben.

2. Den Gegenstand des Voraus bilden zunächst alle Gegenstände, die während der Ehe zu dem gemeinschaftlichen Haushalte gehört haben, ohne Rücksicht darauf, ob sie regelmäßig benutzt worden sind oder nicht. Es werden hierbei in der Regel nur körperliche Gegenstände (Sachen) in Betracht kommen. Ist jedoch eine zum gemeinschaftlichen Haushalte gehörende Sache von einem Dritten zerstört oder beschädigt worden, so wird mit Rücksicht auf Satz 2 in Verbindung mit § 2169 Abs. 3 der Ersatzanspruch gegen den Dritten als zum Voraus des überlebenden Gatten zu rechnen sein. Nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes gehören Haushaltsgegenstände, die nach den §§ 97, 98 Zubehör eines Grundstücks sind, zum Voraus nicht. Im übrigen wird die Frage, was als Haushaltsgegenstand i. S. des § 1932 anzusehen ist, namentlich bei Familienbildern und Familienerbstücken nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden sein; vgl. den Gebrauch des Wortes in § 1382, § 1640 Abs. 1 Satz 2, § 1969 Abs. 1. Der tatsächliche Gebrauch wird oft einen Anhalt geben. Zum Voraus gehören ferner die Hochzeitsgeschenke, bezüglich deren die Eigentumsverhältnisse während der Ehe häufig wenig klar und im BGB. durch keine besondere Vorschrift geregelt sind.

3. Das Recht auf den Voraus im Sinne des § 1932 kommt dem überlebenden Gatten nur zu, wenn er neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe wird, also nicht, wenn er neben Verwandten der ersten Ordnung erbt. Kommen weder Verwandte der ersten noch der zweiten Ordnung noch Großeltern in Betracht, so erhält der überlebende Ehegatte bei eintretender gesetzlicher Erbfolge ohnedies die ganze Erbschaft (§ 1931 Abs. 2) und entfällt daher von selbst ein besonderes Recht auf den Voraus. Ist der überlebende Ehegatte von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen (§ 1938) oder für erbunwürdig erklärt worden, so gebührt ihm selbstverständlich auch der Voraus nicht (vgl. auch § 1933). Darüber, wie es sich mit der Annahme und Ausschlagung des Voraus verhält, vgl. Erl. 4.

4. Die rechtliche Natur des Voraus und die Rechtsstellung des Empfängers im einzelnen wird im Satz 2 dahin geregelt, daß auf den Voraus die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften Anwendung finden. Hieraus folgt zunächst, daß für die Annahme und Ausschlagung des Voraus die vermächtnisrechtlichen Vorschriften (§ 2180) maßgebend sind. Als sicher ist auch zu betrachten, daß der Ehegatte seinen gesetzlichen Erbteil annehmen und den Voraus ausschlagen kann. Nicht unzweifelhaft ist dagegen, ob der Ehegatte, welcher seinen gesetzlichen Erbteil ausgeschlagen hat, den Voraus annehmen kann. Denn der Wortlaut des § 1932 scheint dahin gedeutet werden zu können, daß der Voraus dem überlebenden Ehegatten nur zukomme, wenn dieser gesetzlicher Erbe wirklich, d. h. endgültig wird. Ein sachlicher Grund für eine solche Behandlung ist jedoch nicht erfindlich, und die ausdrückliche Bestimmung des Satz 2 weist darauf hin, daß in unserem Falle dasselbe zu gelten hat wie sonst, wo der Erbe zugleich mit einem Vermächtnis bedacht ist (Vorausvermächtnis, vgl. § 2150) und daß somit die Ausschlagung der Erbfolge den vermächtnisrechtlichen Erwerb nicht ausschließt. So auch Schiffner S. 129; Strohal I § 17; anders Herzfelder S. 40 unter Ziff. 3. Aus der Anwendung vermächtnisrechtlicher Vorschriften ist ferner zu schließen, daß der überlebende Ehegatte den Miterben gegenüber nur ein Forderungsrecht auf die den Voraus bildenden Gegenstände hat (§ 2174), also ein Nachlaßgläubiger ist (§ 1967 Abs. 2), dessen Anspruch den Beschränkungen des Rechtes eines Vermächtnisnehmers, insbesondere den §§ 2318, 2322 unterliegt. Es gelten aber auch die Grundsätze über die Stellung des Vermächtnisnehmers zu den übrigen Nachlaßgläubigern. Der Ehegatte steht denjenigen Nachlaßgläubigern nach, welche den Vermächtnisnehmern vorgehen, und hat vor anderen Vermächtnisnehmern keinen Vorzug. Dagegen schmälert der Voraus nach § 2311 Abs. 1 Satz 2 den Pflichtteil der Eltern des Erblassers.

Der Erblasser kann seinem Ehegatten den Voraus entziehen, unmittelbar durch ausdrückliche Anordnung sowie dadurch, daß er über die zum Voraus gehörenden Gegenstände von Todes wegen verfügt, mittelbar dadurch, daß er durch Anordnung anderer Vermächtnisse eine Verkürzung des Voraus herbeiführt. Das Recht auf den Voraus ist ausgeschlossen in den Fällen des § 1933.

5. Wegen eines anderen Falles eines erbrechtlichen „Rechtes auf bestimmte Sachen" vgl. EG. Art. 139.

§. 1933. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten sowie das Recht auf den Voraus ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte.

---

§ 1933.

E. II § 1810 rev. § 1911; III § 1909. P. I S. 10103 f.; M. V S. 370 f. P. II Bd. 5 S. 472, 480. D. S. 721. RV. S. 2098.

1. Wegen der Voraussetzungen für das Erbrecht des Ehegatten im allgemeinen vgl. die Erl. 2 zu § 1931. Im § 1933 wird abweichend vom E. I (vgl. M. V S. 371), aber im Anschluß an bisheriges Recht (preuß. ALR. II 1 §§ 827, 829, sächs. GB. § 2055) bestimmt, daß in dem daselbst bezeichneten Falle schon die **Erhebung einer begründeten Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft** die erbrechtlichen Wirkungen der Ehe, nämlich das gesetzliche Erbrecht (und damit nach § 2303 Abs. 2 das Pflichtteilsrecht) sowie das Recht auf den Voraus in Wegfall bringen soll.

2. Die Voraussetzungen sind:

a) ein Verschulden des überlebenden Ehegatten, das als Scheidungsgrund anerkannt ist (§§ 1565—1568); die Scheidung wegen Geisteskrankheit bleibt also außer Betracht. Daß neben dem Verschulden des überlebenden Gatten auch ein Verschulden des Erblassers vorliegt, und daß im Falle der Beendigung des Verfahrens beide Gatten hätten für schuldig erklärt werden müssen, steht der Anwendung des § 1933 nicht entgegen.

b) Wegen dieses Verschuldens muß der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung zu klagen berechtigt gewesen sein. Das Erbrecht bleibt daher bestehen, wenn jenes Recht des Erblassers durch Verzeihung (§ 1570) oder durch Fristablauf (§§ 1571, 1572) erloschen war oder aus prozessualen Gründen nicht mehr geltend gemacht werden konnte (CPO. § 616).

c) Nach dem Wortlaute des Gesetzes muß der Erblasser die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§§ 1564, 1575) bereits erhoben haben. Im Falle der Erhebung der Klage bei einem unzuständigen Gericht wird § 212 zur entsprechenden Anwendung zu bringen sein (vgl. auch Herzfelder S. 43). Streitig ist, ob der Erhebung der Klage die Ladung zum Sühnetermin (CPO. § 608) nach Maßgabe der nur auf die Wahrung der Frist zur Erhebung der Scheidungsklage sich beziehenden Vorschriften des § 1571 Abs. 3 auch in betreff der Wirkung des § 1933 gleichgestellt werden darf. Für diese Gleichstellung wird folgendes geltend gemacht (vgl. Wilke S. 13; P. Meyer S. 123; Strohal I § 10 Anm. 6): Man könne die Absicht des Gesetzes sehr wohl in dem Sinne verstehen, daß das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Gatten schon dann entfallen solle, wenn der nach den §§ 1565—1568 zur Klage auf Scheidung berechtigte Erblasser vor seinem Tode getan hat, was er nach Maßgabe der prozessualen Vorschriften zur Betätigung seines, schon durch die Überreichung der Klage auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zum Ausdruck gebrachten ernstlichen Willens tun konnte. Hierbei sei insbesondere zu beachten, daß § 611 CPO. dem Ermessen des Vorsitzenden des Landgerichts bei der Entscheidung der Frage, ob im konkreten Falle ein Sühneversuch überhaupt notwendig ist, einen nicht unerheblichen Spielraum läßt. Daraus, daß vor der Erhebung der Scheidungsklage noch ungewiß ist, ob es nicht zu einer Verständigung zwischen den Gatten gekommen sein würde, könne ein durchschlagender Grund gegen die Gleichstellung deshalb nicht abgeleitet werden, weil eine Verzeihung und damit zugleich (ohne daß es dazu erst noch einer Rücknahme der Klage bedürfte) eine Erlöschung des Rechtes auf Scheidung auch nach Erhebung der Klage möglich ist. Allein diese Erwägungen beweisen nicht mehr, als daß es an Gründen für die gesetzgeberische Gleichstellung der beiden Vorgänge auch im Falle des § 1933 nicht völlig gefehlt haben würde. Hier handelt es sich aber lediglich darum, ob sich das Gesetz im Falle des § 1933 für diese Gleichstellung wirklich entschieden hat. Dies muß verneint werden. Eine Übertragung der lediglich auf die Wahrung einer Frist sich beziehenden Entscheidung des § 1571 Abs. 3 auf den Fall des § 1933, in dem es sich um die Wahrung einer Frist nicht handelt, ist ausgeschlossen. Auch ist nicht zu verkennen, daß mit der Möglichkeit einer zwischen den Gatten noch stattfindenden Versöhnung in viel höherem Maße gerechnet werden muß, wenn vorerst nur die Ladung zum Sühneversuch erfolgt, als wenn bereits die Klage erhoben ist, und

§. 1934. Gehört der überlebende Ehegatte zu den erbberechtigten Verwandten, so erbt er zugleich als Verwandter. Der Erbtheil, der ihm auf Grund der Verwandtschaft zufällt, gilt als besonderer Erbtheil.

§. 1935. Fällt ein gesetzlicher Erbe vor oder nach dem Erbfalle weg und erhöht sich in Folge dessen der Erbtheil eines anderen gesetzlichen Erben, so gilt der Theil, um welchen sich der Erbtheil erhöht, in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbtheil.

---

daß sich für den Fall des § 1933 die Nichtgleichstellung somit sachlich wohl rechtfertigen läßt. So auch die bisherigen Aufl. dieses Werkes und Herzfelder S. 43.

Auf die wesentlich prozessuale und sicherlich zu verneinende Frage, ob § 207 CPO. im Falle des § 1933 anwendbar ist, kann hier nicht näher eingegangen werden.

3. Eine Fortsetzung des vom Erblasser angestrengten Scheidungsprozesses seitens der sonstigen gesetzlichen oder der durch letztwillige Verfügung berufenen Erben findet nicht statt, da nach CPO. § 628 der Tod eines Ehegatten vor eingetretener Rechtskraft des Urteils zur Folge hat, daß der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen ist. Die Erben müssen daher den Nichtbestand des Erbrechts des Ehegatten nötigenfalls in einem neuen Prozesse geltend machen, in dem das besondere Verfahren in Ehesachen nicht zur Anwendung kommt.

4. Stirbt der schuldtragende Ehegatte zuerst, so wird das gesetzliche Erbrecht des zur Klage auf Scheidung berechtigten Gatten durch § 1933 nicht berührt.

5. Daraus, daß im Falle des § 1933 Erhebung der Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in erbrechtlicher Beziehung der Erhebung der Klage auf Scheidung gleichgestellt wird, ergibt sich ein zwingender Grund dafür, daß die bereits erfolgte Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erbrechtlich nicht anders beurteilt werden kann als die Scheidung. Vgl. auch Erl. 2a zu § 1931.

6. Andere Vorschriften, nach denen die Erhebung der Scheidungsklage in erbrechtlicher Beziehung der vollzogenen Scheidung gleichgestellt wird, finden sich im § 2077 Abs. 1 Satz 2 und in den §§ 2268, 2279.

§ 1934.

E. I § 1971 Abs. 2; II § 1811 rev. § 1912; III § 1910. P. I E. 10069, 10104; M. V E. 372. P. II Bd. 5 E. 480.

Möglichkeit eines dem überlebenden Gatten zukommenden Verwandtenerbrechts. Da der überlebende Ehegatte, abgesehen von den hier nicht in Frage kommenden Großeltern, schon die dritte Verwandtenordnung ausschließt, so kann das im § 1934 vorausgesetzte Verwandtschaftsverhältnis nur so beschaffen sein, daß der überlebende Ehegatte ein Geschwisterkind oder ein entfernterer Abkömmling eines Bruders oder einer Schwester des Erblassers ist (vgl. §§ 1310, 1311, 1771). Wegen der Bedeutung des Satz 2 s. die Erl. 3 zu § 1927.

§ 1935.

E. I § 1973; II § 1812 rev. § 1913; III § 1911. P. I E. 10461, 10465, 10467 f., 10481 ff., 11268 f., 11280 f., 11376; M. V E. 377 f. P. II Bd. 5 E. 483 f.

Erhöhung des Erbteils eines gesetzlichen Erben infolge des Wegfalls eines Miterben.

1. Wegfall nach dem Erbfall. Fällt einer von mehreren nebeneinander berufenen gesetzlichen Erben infolge der von ihm erklärten Ausschlagung oder infolge Erbunwürdigkeitserklärung weg, oder wird ein für einen noch Ungeborenen in Aussicht genommener gesetzlicher Erbteil dadurch erledigt, daß aus dem nasciturus kein lebender natus erwächst, so fällt der frei gewordene Erbteil demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende, Erbunwürdige, nasciturus zur Zeit des Erbfalls nicht vorhanden gewesen wäre, und gilt dieser Anfall als schon mit dem Erbfall erfolgt (§§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2, 1923 Abs. 2, 1922 Abs. 2). Soweit es hierbei nicht zu einer successio graduum kommt (z. B. nachdem einer der Söhne des Erblassers seinen gesetzlichen Erbteil ausgeschlagen hat, ergeht die Berufung an die Abkömmlinge des ausschlagenden Sohnes), hat ein solcher Wegfall die Erhöhung des Erbteils eines anderen Erben oder auch der Erbteile mehrerer anderer Erben zur Folge. Zu wessen

§. 1936. Ist zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden, so ist der Fiskus des Bundesstaats, dem der

---

Gunsten und in welchem Umfange die Erhöhung eintritt, bestimmt sich nach derjenigen Gestaltung, welche sich abgesehen von dem Weggefallenen schon von vornherein ergeben haben würde. Das Gesetz verwendet für diese Erhöhung nicht den Ausdruck Anwachsung. Von Anwachsung redet es nur bei der, nach der von ihm angenommenen Auffassung, auf dem vermutlichen Willen des Erblassers beruhenden Erweiterung eines gewillkürten Erbteils infolge des Wegfalls eines Miterben oder des ursprünglichen Anteils eines Vermächtnisnehmers infolge Wegfalls eines Mitvermächtnisnehmers (vgl. §§ 2094, 2095, 2158). Den Charakter eines besonderen (selbständigen) Erbteils hat die dem gesetzlichen Erben zukommende Erhöhung des ursprünglichen Erbteils grundsätzlich ebensowenig als bei der gewillkürten Erbfolge der dem ursprünglichen Erbteil anwachsende Erbteil. Demgemäß erstreckt sich insbesondere die Annahme und Ausschlagung des ursprünglichen Erbteils mit Notwendigkeit auch auf die Erhöhung (vgl. auch Erl. zu § 1951). Nach zwei Richtungen hin gilt die Erhöhung jedoch, obschon sie grundsätzlich besonderer Erbteil nicht ist, doch ausnahmsweise als solcher und zwar:

a) in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit welchen der ursprüngliche Erbteil oder die Erhöhung belastet ist, und

b) in Ansehung der Ausgleichungspflicht (§§ 2050—2057) und zwar auch hier wieder ohne Rücksicht darauf, ob diese den ursprünglichen Erbteil oder die Erhöhung betrifft.

Diese in § 1935 getroffenen Bestimmungen beruhen auf Billigkeitserwägungen, die hinsichtlich des Punktes b erst bei der Erl. des § 2051 klargelegt werden können. In betreff des Punktes a kann schon hier bemerkt werden, daß ein gesetzlicher Erbe, dessen ursprünglicher gesetzlicher Erbteil eine nachträgliche Erhöhung erfahren hat, nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 1953, 2344), selbst bei beschränkter Haftung, im Falle der Überlastung des ursprünglichen Erbteils mit Vermächtnissen und Auflagen auch mit der Erhöhung und im Falle einer solchen Überlastung der Erhöhung (vgl. § 2161) auch mit seinem ursprünglichen Erbteil aufzukommen haben würde. Dies soll durch die unter a erwähnte Vorschrift des § 1935 verhindert werden.

2. Wegfall vor dem Erbfall. Die nach Erl. 1 (a und b) eintretende Behandlung greift nach § 1935 auch dann durch, wenn der Erbteil eines gesetzlichen Erben infolge des Wegfalls eines anderen gesetzlichen Erben vor dem Erbfall eine Erhöhung erfährt. Ein solcher Wegfall kann sich daraus ergeben, daß ein eventueller gesetzlicher Erbe vor dem Erbfall stirbt (§ 1923 Abs. 1) oder durch den Erblasser von der Erbfolge ausgeschlossen wird (§ 1938), oder wenn er auf sein Erbrecht verzichtet (§ 1946). Aus der auf diese Fälle sich beziehenden Bestimmung des § 1935 darf übrigens nicht geschlossen werden, daß das Gesetz dem eventuellen gesetzlichen Erben schon bei Lebzeiten des Erblassers ein Erbrecht im technischen Sinne zuschreibt und einen bestimmten Erbteil zuweist. Der Gedanke des Gesetzes ist vielmehr nur dieser: Hatte der Erblasser einen eventuellen gesetzlichen Erben (sei es nun einen zur gesetzlichen Erbfolge wirklich berufenen, sei es einen solchen, der vor dem Erbfall wegfällt) mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, oder ihm Gaben zukommen lassen, die nach § 2050 bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sind, so soll derjenige gesetzliche Erbe, welcher infolge des Wegfalls jenes gesetzlichen Erben einen größeren Erbteil erhält, als er ihn sonst erhalten haben würde, rücksichtlich der Haftung für Vermächtnisse und Auflagen und rücksichtlich der Ausgleichungspflicht so behandelt werden, wie wenn derjenige Erbteil, welcher sich ohne jenen Wegfall ergeben haben würde, und die infolge des Wegfalls sich ergebende Erhöhung verschiedenen Erben gehörten.

3. Obschon § 1935 nur von der infolge des Wegfalls eines gesetzlichen Erben eintretenden Erhöhung des Erbteils eines anderen gesetzlichen Erben redet, müssen dessen Vorschriften doch unzweifelhaft auch dann angewendet werden, wenn sich die Erhöhung von gesetzlichen Erbteilen infolge des Wegfalls von gewillkürten Erben derart ergibt, daß an Stelle des Weggefallenen nicht ein anderer gewillkürter Erbe tritt (§§ 2094, 2096). Vgl. Strohal I § 12.

4. In gedanklichem Zusammenhang mit § 1935 stehen die §§ 2095, 2159; vgl. übrigens auch § 2007 Satz 2.

§ 1936.

E. I § 1974 Abs. 1; II § 1313 rev. § 1914; III § 1912. P. I S. 10115 ff.; M. V S. 378 f. P. II Bd. 5 S. 434 ff. D. S. 721. RB. S. 2093 f.

Landré, Erbrecht des Fiskus und der Gemeinden, Preuß. Verwaltungsbl. 1899 Nr. 41; Landauer, Erbloser Nachlaß und die Grenzen des Verwandteuerbrechts, in Grünhuts Ztschr.

Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, gesetzlicher Erbe. Hat der Erblasser mehreren Bundesstaaten angehört, so ist der Fiskus eines jeden dieser Staaten zu gleichem Antheile zur Erbfolge berufen.

War der Erblasser ein Deutscher, der keinem Bundesstaat angehörte, so ist der Reichsfiskus gesetzlicher Erbe.

Bd. 28 S. 161; Wolff, Erbrecht des Fiskus und das Urheberrecht in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 331; Binder I S. 212. Vgl. auch die Dissertationen von Kähler, Heimfallsrecht des Fiskus und anderer jurist. Personen nach lübischem R. und BGB., Lübeck 1902; Maresch, Erbrecht des Fiskus, Greifswald 1901; Pfützner, Der Fiskus als gesetzlicher Erbe, Dresden 1904; ferner Hörle im Recht 1904 S. 369 ff.

1. Das BGB. kennt **keinen erblosen Nachlaß.** Ist niemand vorhanden, der nach den §§ 1929—1934 zur gesetzlichen Erbfolge berufen wäre, so erbt **der Fiskus.** Das Recht des letzteren ist nicht, wie die ältere gemeinrechtliche Theorie annahm, ein auf der Staatshoheit beruhendes Aneignungsrecht, sondern entsprechend der neueren Rechtsentwicklung (vgl. die Übersicht in den M. V S. 379) ein wahres privatrechtliches Erbrecht, für das allerdings in mehrfacher Beziehung besondere Rechtssätze gelten (s. Erl. 5).

2. Das Erbrecht des BGB. gilt nach EG. Art. 24, 25 zunächst nur für die Beerbung von Deutschen; es ist daher auch bei der Vorschrift des § 1936 nur der Fall ins Auge gefaßt, daß der Erblasser Deutscher war. Nach dem Grundsatze des Ges. über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit v. 1. Juni 1870 (§ 1) wird die Reichsangehörigkeit durch die Zugehörigkeit zu einem Bundesstaate vermittelt. Daß dieser Staatsangehörigkeit und nicht etwa dem Wohnsitz innerhalb des Deutschen Reichs für die Frage, welchem Landesfiskus das Erbrecht zusteht, die entscheidende Bedeutung beigelegt ist, entspricht dem im internationalen Privatrechte für die Bestimmung des maßgebenden objektiven Rechtes angenommenen Prinzipe. Für die nach dem Ges. v. 1. Juni 1870 (vgl. §§ 2, 7, 13, 15; Cahn, Komm. Anm. 4 zu § 1 und zu § 7) bestehende Möglichkeit der Zugehörigkeit zu mehreren Bundesstaaten ist durch die Bestimmung des Abs. 1 Satz 2 Vorsorge getroffen, nach der die betreffenden mehreren Landesfisci zu gleichen Anteilen erben. Es besteht alsdann ein Miterbenverhältnis nach §§ 2032 ff. Ist der Erblasser Deutscher und zugleich Angehöriger eines ausländischen Staates (vgl. Ges. v. 1. Juni 1870 § 21 Abs. 3, Cahn S. 27), so wird als die Absicht des BGB. anzunehmen sein, daß die fremde Staatsangehörigkeit zu ignorieren ist, soweit nicht Staatsverträge entgegenstehen. Hatte der Erblasser die deutsche Staatsangehörigkeit verloren, ohne bis zu seinem Tode eine andere erworben zu haben (vgl. Ges. v. 1. Juni 1870 § 13 Nr. 1—3, § 21 Abs. 4), so wird aus EG. Art. 29 abzuleiten sein, daß er von dem Fiskus des deutschen Bundesstaats beerbt wird, welchem er zuletzt angehört hat. Für die beiden letztgedachten Fälle gilt jedoch die Beschränkung des EG. Art. 28.

3. Der im Eingange der Erl. 2 erwähnte Grundsatz des Ges. v. 1. Juni 1870 § 1 ist durch § 6 des Ges., betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, v. 15. März 1888 bzw. v. 10. Sept. 1900 durchbrochen worden. Danach kann Ausländern, die sich in den Schutzgebieten niederlassen, sowie Eingeborenen durch Naturalisation die Reichsangehörigkeit verliehen werden, ohne daß sie die Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate erwerben. Derartige unmittelbare Reichsangehörige werden nach Abs. 2 in Ermangelung anderer Erben von dem Reichsfiskus beerbt. Wegen des Begriffs „Eingeborene" vgl. Zorn, Reichsstaatsrecht I § 22 Anm. 36. Die Angehörigen des Reichslandes Elsaß-Lothringen beerbt nach EG. Art. 5 der dortige Landesfiskus.

4. In den Fällen des § 2105 kann der Fiskus als letzter und notwendiger gesetzlicher Erbe kraft Gesetzes auch die Stellung eines Vorerben erhalten. Dagegen kann er wie jeder andere Nacherbe nur durch Einsetzung werden, wobei darauf hinzuweisen ist, daß die die Annahme einer Nacherbeinsetzung begründende Auslegungsregel des § 2104 für den Fiskus nicht gilt (vgl. die entsprechende Vorschrift des § 2149). In den Fällen des § 2088 Abs. 1 u. 2 kommt der Fiskus in Ermangelung eines anderen gesetzlichen Erben neben dem oder den gewillkürten Erben zur gesetzlichen Erbfolge.

5. Die für den Fiskus als gesetzlichen Erben geltenden besonderen Vorschriften, die der E. I im § 1974 Abs. 2—4 zusammenfaßte, sind im BGB. je nach dem Rechtsgebiete, dem sie angehören, an verschiedenen Stellen gegeben, zum Teil auch in die CPO. verwiesen.

Hervorzuheben ist schon hier:

a) Nach den §§ 1964, 1965 sind die Voraussetzungen für das Erbrecht des Fiskus durch das Nachlaßgericht nach vorausgegangenem Ermittelungsverfahren festzustellen. Diese Feststellung begründet die Vermutung, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe sei. So lange die Feststellung nicht erfolgt ist, kann ein auf die Erbschaft bezügliches Recht weder von dem Fiskus noch gegen den Fiskus geltend gemacht werden (§ 1966).

b) Der Fiskus kann die ihm als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft nicht ausschlagen (§ 1942 Abs. 2).

c) Auf daß der Fiskus als gesetzlicher Erbe immer des Rechtes zur Beschränkung der Haftung teilhaftig bleibe, kann ihm, wenn er gesetzlicher Erbe wird, eine Inventarfrist nicht bestimmt werden (§ 2011 Abs. 1), und ist der Vorbehalt der beschränkten Haftung im Urteile nach CPO. § 780 Abs. 2 für ihn nicht erforderlich. Die nach § 2003 Abs. 2 einem jeden Erben obliegende Auskunftspflicht ist jedoch im § 2011 Satz 2 auch dem Fiskus den Nachlaßgläubigern gegenüber auferlegt.

d) Die Einschränkung, welche das Erbrecht des Fiskus nach gem. Rechte (l. un. Cod. X 14) und nach preuß. ALR. (II 16 § 23) durch die Vorschriften über das Recht des socius liberalitatis imperialis erleidet, ist dem BGB. fremd. Dagegen bestehen gemäß EG. Art. 32 die Vorschriften der Reichsgesetze v. 11. Juni 1870 (§ 17) und v. 9. Januar 1876 (§ 15) fort, nach denen „ein Heimfallsrecht des Fiskus oder anderer zu herrenlosen Verlassenschaften berechtigter Personen" auf das ausschließliche Recht des Urhebers und seiner Rechtsnachfolger an Schriftwerken, Abbildungen ꝛc. sowie an Werken der bildenden Künste stattfindet. Über die sich hierbei ergebenden Zweifel und Streitfragen vgl. M. Wolff a. a. O.; Strohal I § 11 Anm. 19—25.

Die Vorschriften über den Anfall einer Erbschaft an den Fiskus als gesetzlichen Erben finden nach § 46 entsprechende Anwendung, wenn gemäß § 45 Abs. 3 das Vermögen eines aufgelösten oder nach §§ 43, 44 der Rechtsfähigkeit verlustig gegangenen Vereins dem Fiskus anfällt.

6. Bei der Beratung des BGB. sind Anträge, durch reichsgesetzliche Vorschrift statt des Fiskus oder neben dem Fiskus die Gemeinde an letzter Stelle zur gesetzlichen Erbfolge zu berufen, abgelehnt worden (vgl. P. II Bd. 5 S. 484—487; Zstlg. V S. 67—69). Dagegen ist im EG. Art. 138 ein entsprechender Vorbehalt für die Landesgesetzgebung zugunsten der Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes aufgenommen. Ein gesetzliches Erbrecht des Fiskus kraft Landesrechts ist im EG. Art. 139 für die dort bezeichneten Fälle nachgelassen (vgl. dazu Stammler, Privilegien und Vorrechte, 1903, S. 26).

§§ 1937—1941.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen, 1899.

1. Die §§ 1937—1941 enthalten allgemeine Vorschriften über die den Nachlaß betreffenden **Verfügungen von Todes wegen.** Es sind dies Rechtsgeschäfte, zu deren Wesen es gehört, daß sie erst mit dem Tode des Verfügenden (Erblassers) Wirksamkeit erlangen. Um „Verfügungen" im technischen Sinne (vgl. oben Bd. I S. 185) handelt es sich hier nicht. Die Verfügungen von Todes wegen sind entweder einseitige, auf dem einseitigen Willen des Erblassers beruhende, oder zweiseitige (möglicherweise auch mehrseitige), die vom Erblasser durch einen mit einer oder mehreren anderen Personen geschlossenen Vertrag getroffen werden. Die einseitige Verfügung von Todes wegen heißt **Testament** oder letztwillige Verfügung (§ 1937). Die vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen heißt **Erbvertrag** (§ 1941). Über den möglichen Inhalt des Testaments vgl. die Erl. zu den §§ 1937—1940 und über den möglichen Inhalt des Erbvertrags vgl. Erl. zu § 1941 und zu § 2278.

Neben dem Testament und dem Erbvertrag ist für die Regelung der Erbfolge noch der Erbverzicht (§§ 2346 ff.) von Bedeutung, der jedoch, da er auf seiten des Erblassers nur eine Annahme erfordert, zwar den Rechtsgeschäften von Todes wegen beizuzählen ist, aber nicht als Verfügung von Todes wegen bezeichnet werden kann.

2. In den einzelnen Vorschriften über den zulässigen Inhalt der Verfügung von Todes wegen liegt zugleich der Grundsatz der Testierfreiheit ausgesprochen. Eine ausdrückliche Hervorhebung des Prinzips (vgl. E. I § 1753 Abs. 1) findet sich im BGB. nicht, jedoch ist neben den Vorschriften darüber, was der Erblasser von Todes wegen bestimmen kann, im § 2253 ausdrücklich anerkannt, daß ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung vom Erblasser jederzeit widerrufen werden kann, und im § 2302 ausgesprochen, daß ein Vertrag,

§. 1937. Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todeswegen (Testament, letztwillige Verfügung) den Erben bestimmen.

---

durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten, oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, nichtig ist.

Positive Beschränkungen der Testierfreiheit sind in den Vorschriften über die Testierfähigkeit (§§ 2229, 2230, 2247), den Pflichtteil (§§ 2303 ff.) und die Bindung des Erblassers durch Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament (§ 2289, § 2271 Abs. 2) enthalten vgl. auch §§ 1516, 1518. Es fragt sich jedoch, ob abgesehen von diesen Beschränkungen der Erblasser jede beliebige, nicht schon nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 134 ff.) nichtige Verfügung über sein Vermögen von Todes wegen zu treffen befugt ist, oder ob durch die Vorschriften der §§ 1937—1941 und die sonstigen einschlägigen Bestimmungen des BGB. der zulässige Inhalt der Verfügung von Todes wegen erschöpfend bestimmt wird. Die Frage dürfte in dem letzteren Sinne zu entscheiden sein. Die Befugnis des Erblassers, von Todes wegen zu verfügen, läßt sich nicht aus allgemeinen Grundsätzen ableiten, sondern beruht auf den von der Rechtsordnung darüber getroffenen besonderen Vorschriften. Das BGB. erkennt jene Befugnis nicht allgemein und unbeschränkt an, sondern nur nach den von ihm bezeichneten Richtungen hin. Die §§ 1937—1941 wollen freilich keine erschöpfende Aufzählung geben. Neben ihnen werden noch an zahlreichen anderen Stellen des BGB. Vorschriften über den zulässigen Inhalt einer letztwilligen Verfügung getroffen, und zwar nicht nur in den vier ersten Büchern, insbesondere im Familienrechte (s. Erl. 2 zu § 1937), sondern auch im Erbrechte, z. B. im § 2048 (Teilungsanordnungen), § 2197 (Testamentsvollstreckung), § 2254 (Widerruf der Testaments), §§ 2291, 2297 (Aufhebung vertragsmäßiger Verfügungen), § 2336 (Entziehung des Pflichtteils). Aus der Auslegung aller einschlagenden Vorschriften ergeben sich aber zugleich auch die sachlichen Grenzen, innerhalb deren der Erblasser letztwillig verfügen kann. Eine Verfügung z. B., durch welche der Erblasser den unmittelbaren Übergang des Eigentumes einer Erbschaftssache auf einen anderen als den Erben anordnet, würde unwirksam sein, weil das Gesetz (§ 2174) dem Erblasser die Anordnung eines Vermächtnisses nur in der Art gestattet, daß der Bedachte einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben oder einen Vermächtnisnehmer erhält.

Zweifel haben sich in betreff der Zulässigkeit der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel ergeben; vgl. Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 301—306. Es dürfte anzunehmen sein, daß eine solche Klausel bezüglich derjenigen Ansprüche vollkommen wirksam ist, welche lediglich auf der Anordnung des Erblassers beruhen. Hierfür spricht die ungeänderte Aufnahme des § 872 CPO. alter Fassung als § 1048 in die neugefaßte CPO. Aus ihr wird der Schluß gezogen werden dürfen, daß der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel hinsichtlich der bezeichneten Ansprüche dieselbe Wirkung beizumessen ist, wie einem zwischen den Streitparteien geschlossenen Schiedsvertrage. Vgl. Strohal I § 23 Anm. 4, im Ergebnis ebenso Schloßmann, vgl. auch Eck, Vorträge I S. 17 Anm. 1 und die herrschende Meinung. Zurückhaltender Kipp bei W. III S. 704. Über die juristische Konstruktion der letztwilligen Schiedsgerichtsklausel (als Auflage?) vgl. Strohal a. a. O. und unten Erl. zu § 2044.

Über § 332 vgl. Erl. 7 zu § 1939.

§ 1937.

E. I § 1755 Abs. 1; II § 1814 rev. § 1915; III § 1913. P. I S. 8393 ff., 11320, 11342 f.; M. V S. 9. P. II Bd. 5 S. 5.

1. Für die einseitige Verfügung von Todes wegen wird im § 1937 die technische Bezeichnung **Testament** oder **letztwillige Verfügung** eingeführt. „Testament" ist danach, wie die folgenden Paragraphen bestätigen, im BGB. jede einseitige Verfügung von Todes wegen ohne Rücksicht auf ihren Inhalt, während im bisherigen Rechte (vgl. Windscheid III § 538, preuß. ALR. I 12 § 3) das Wort zumeist nur für diejenige letztwillige Verfügung gebraucht wird, in welcher die Ernennung eines Erben enthalten ist. Nur der code civ. (art. 895, 967) gebraucht das Wort „Testament" bereits ohne Beschränkung auf die Erbeinsetzung und im sächs. GB. (§§ 2061, 2063) wird dieser weitere Begriff mit dem Ausdrucke „letzter Wille" verbunden. Die Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill, die im gem. Rechte (vgl. Windscheid III § 628) für den Inhalt und für die Form der letztwilligen Verfügung Bedeutung hat, während im preuß. ALR. (I 12 §§ 5, 66, 100, 107) die besondere Kodizillarform bereits in Wegfall gekommen ist, ist hiernach im BGB. ganz aufgegeben; das Kodizill des bisherigen Rechtes fällt unter den Begriff des Testaments.

§. 1938. Der Erblasser kann durch Testament einen Verwandten oder den Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen, ohne einen Erben einzusetzen.

§. 1939. Der Erblasser kann durch Testament einem Anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvortheil zuwenden (Vermächtniß).

---

2. Der Ausdruck „letztwillige Verfügung" wird außer im Sinne von „Testament" auch in dem Sinne verwendet, daß er nur eine einzelne in einem Testamente getroffene Anordnung bezeichnet (M. V S. 6; P. II Bd. 5 S. 5). Sprachlich besagt „letztwillige Verfügung", daß die betreffende Anordnung, wenn sie trotz der jederzeit bestehenden Möglichkeit der einseitigen Aufhebung (§§ 2253 ff.) bis zum Tode des Verfügenden unwiderrufen bleibt, den letzten Willen enthält, den der Erblasser in rechtsgültiger Form bezüglich seines Nachlasses geäußert hat (Strohal I § 18 nach Anm. 6). Der Erbvertrag wird hiernach mit Recht vom BGB. den „letztwilligen Verfügungen" als eine zweite Kategorie der Verfügung von Todes wegen gegenübergestellt. Sofern in einem Erbvertrage einseitige Verfügungen von Todes wegen getroffen werden, sind dies der Sache nach letztwillige Verfügungen, wenn sie auch im BGB. § 2299 nicht so bezeichnet werden (vgl. Erl. 1 zu § 83, Bd. I S. 152). Letztwillige Verfügungen kommen auch auf dem Gebiete des Familienrechts, insbesondere des Vormundschaftsrechts vor (§§ 1369, 1509, 1511 ff., 1598, 1638, 1639, 1651, 1687, 1688, 1777, 1782, 1792, 1797, 1803, 1856, 1868, 1880, 1909, 1917), während die vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen auf das Gebiet des Erbrechts beschränkt ist (§ 2278 Abs. 2).

3. Die näheren Vorschriften über die Erbeinsetzung finden sich in den §§ 2087 ff. Dort ist namentlich auch entsprechend der im § 1922 getroffenen Begriffsbestimmung des Erbganges vorgeschrieben, welche Verfügung als eine Erbeinsetzung anzusehen ist. Zulässig ist nicht nur die Einsetzung eines unmittelbaren Erben, sondern auch die eines Nacherben, d. h. eines Erben, der erst Erbe werden soll, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (§§ 2100 ff.), ferner die Einsetzung eines Ersatzerben für den Fall, daß der zunächst als Erbe Berufene nicht zur Erbfolge gelangt (§§ 2096 ff.).

4. Der § 1937 setzt als selbstverständlich voraus, daß der Erlasser nicht nur einen sondern auch mehrere Erben berufen kann (vgl. auch § 2088).

5. Durch das Vorhandensein eines nahen Verwandten oder eines Ehegatten ist dem Erblasser die rechtliche Möglichkeit der Einsetzung eines Fremden als Erben nicht benommen. Dies ist eine notwendige Folge davon, daß das BGB. eine Erbfolge gegen den Willen des Erblassers nicht kennt. Keine wahre Ausnahme hiervon enthält § 2079 (vgl. Erl. zu diesem Paragraphen). Doch erwächst dem durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten [als solche können in Betracht kommen die Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte des Erblassers (§ 2303)] der Pflichtteilsanspruch (§ 2317).

§ 1938.

E. I § 1755 Abs. 2, § 1972; II § 1815 rev. § 1916; III § 1914. P. I S. 10071 f., 10077, 10079 ff., 10129, 10274 f., 10286 f., 10461, 10463, 10466 ff., 10479 ff.; M. V S. 9, 376. P. II Bd. 5 S. 5, 483.

1. Durch den § 1938 wird dem Erblasser im Gegensatz zum röm. Rechte die Möglichkeit gewährt, **eine bestimmte Person von der Erbfolge auszuschließen**, ohne weitere Anordnung über seine Beerbung zu treffen (sog. negatives Testament). Die Vorschrift bezieht sich lediglich auf Verwandte und den Ehegatten; dem Fiskus kann sein gesetzliches Erbrecht (§ 1936) nicht entzogen werden. Schon daraus folgt, was sich übrigens in Ermangelung einer entgegengesetzten Bestimmung nach § 1922 von selbst versteht, daß die Universalsukzession überhaupt nicht ausgeschlossen werden kann (E. I § 1749 Abs. 2).

2. Die nach § 1938 erfolgende Ausschließung bedarf zu ihrer Wirksamkeit eines besonderen Rechtfertigungsgrundes selbst dann nicht, wenn der Ausgeschlossene ein Pflichtteilsberechtigter ist. In betreff des Pflichtteilsanspruchs des Ausgeschlossenen vgl. Erl. 5 zu § 1937. In Ansehung der Erbfolge gilt der Ausgeschlossene als vor dem Erbfalle verstorben (vgl. Erl. 2 zu § 1924).

§ 1939.

E. I § 1756 Abs. 1; II § 1816 rev. § 1917; III § 1915. P. I S. 8396 ff., 11326, 11344; M. V S. 9 f. P. II Bd. 5 S. 6.

1. Das BGB. hat im § 1939 „eine Art Begriffsbestimmung" (M. V S. 9) für das **Vermächtnis** gegeben, wenngleich nicht verkannt worden ist, daß eine zutreffende Definition große

Schwierigkeiten bietet. Der E. I hatte im Anschluß an das französische Recht und an die im gem. Rechte durch Windscheid vertretene Richtung sich mit einer rein negativen Definition begnügt („durch letztwillige Verfügung kann auch in anderer Art als im Wege der Erbeinsetzung eine Zuwendung an einen anderen erfolgen"). Die zweite Kommission ist bestrebt gewesen, in die Begriffsbestimmung ein positives Moment hineinzulegen. Es wurden die Anträge gestellt, das Vermächtnis als die durch Verfügung von Todes wegen erfolgende, sich nicht als Erbeinsetzung darstellende „Zuwendung eines Gegenstandes" bzw. als „Zuwendung einzelner Gegenstände aus der Erbschaft oder auf Kosten der Erbschaft" zu bezeichnen. Gegen letztere Fassung wurde eingewendet, daß sie den Fall des dem Vermächtnisnehmer auferlegten Vermächtnisses nicht decke, die erstere Fassung gelangte schließlich mit der Maßgabe zur Annahme, daß das Objekt der Zuwendung als ein „Vermögensvorteil" bezeichnet wurde, um auch das Liberationslegat mit zu umfassen.

2. Die Begriffsbestimmung des Vermächtnisses im § 1939 enthält hiernach ein positives und ein negatives Element. Negativ wird gesagt, daß das Vermächtnis nicht Erbeinsetzung, also nicht Begründung einer Gesamtnachfolge ist.

Das römische und gemeinrechtliche Universalvermächtnis ist dem BGB. fremd; es ist durch die im BGB. anerkannte Möglichkeit der Nacherbfolge überflüssig geworden. In positiver Beziehung bezeichnet § 1939 das Vermächtnis als eine letztwillige Verfügung (nach § 1941 kann ein Vermächtnis aber auch auf vertragsmäßiger Verfügung von Todes wegen beruhen), durch die einem anderen ein Vermögensvorteil zugewendet wird. In dem Worte „zuwenden" liegt, daß derjenige, welchem zugewendet wird, um seinetwillen, in seinem Interesse einen Anspruch auf das Zugewendete erhält (M. V S. 9). Hierin liegt der Unterschied des Vermächtnisses von der Auflage (§ 1940, vgl. den Sprachgebrauch in § 2279: „Zuwendungen und Auflagen").

Wenn der Gegenstand der Zuwendung als ein Vermögensvorteil bezeichnet wird, so dürfte daraus kaum zu schließen sein, daß ein Vermächtnis nicht vermögensrechtlichen Inhalts schlechthin der Wirksamkeit entbehre. Gerade so wie der Ausdruck „Vermögen" in § 1922 Abs. 1 der Vererbung von Forderungen und Verbindlichkeiten ohne Vermögenswert nicht entgegensteht (vgl. oben Vorbm. S. 4), so scheint auch aus dem Worte Vermögensvorteil in § 1939 nicht der Schluß gezogen werden zu müssen, daß z. B. eine letztwillige Verfügung, laut deren dem Bedachten die Einsichtnahme in vom Erblasser hinterlassene Briefschaften oder Manuskripte gestattet sein soll, wirkungslos sei, wenn die Gestattung für den anderen keinen Vermögenswert habe (vgl. auch Windscheid III § 623 Anm. 5; Strohal II § 6 Anm. 3). Dieser praktisch wenig erhebliche Punkt ist übrigens nicht unbestritten. Grundsätzlich a. M. z. B. Kipp bei W. II Zus. III 3 zu § 251. Bezüglich des Sprachgebrauchs des BGB. ist übrigens noch zu bemerken, daß mit dem Worte „Vermächtnis" nicht nur die letztwillige Verfügung, sondern mitunter auch der zugewendete Gegenstand bezeichnet wird, so z. B. im § 2151 Abs. 1, 2, § 2152 (vgl. auch M. V S. 133).

3. Bei jedem Vermächtnis kommen abgesehen vom Erblasser, auf dessen Anordnung es beruht, notwendig noch zwei Personen in Betracht: Der Vermächtnisbeschwerte und der Vermächtnisbedachte. Diesen bezeichnet das Gesetz regelmäßig als: „Vermächtnisnehmer" (vgl. z. B. § 2147). Nicht selten wird aber auch der Ausdruck „Bedachter" (vgl. z. B. § 2174) gebraucht; doch ist wohl zu beachten, daß dieser Ausdruck weiter ist als jener. Denn im Sinne des Gesetzes ist Bedachter jeder, der etwas einer auf Verfügung von Todes wegen beruhenden Zuwendung des Erblassers verdankt, also auch der eingesetzte Erbe (§ 2087). Mit einem Vermächtnis beschwert kann nicht nur ein Erbe sondern auch ein Vermächtnisnehmer werden (§ 2147). Aus dem Vermächtnis kann für den Vermächtnisnehmer immer nur ein obligatorischer Anspruch, ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten erwachsen (§ 2174). Vermächtnisbedachter kann auch der Erbe selbst sein. Es liegt dann ein sogenanntes Vorausvermächtnis vor (vgl. Erl. zu § 2150).

4. Der § 1939 handelt von der Anordnung des Vermächtnisses durch Testament. Ein Vermächtnis kann aber auch in einem Erbvertrag angeordnet werden, und zwar entweder so, daß es einen Bestandteil des Vertrags bildet (§§ 1941, 2278) oder so, daß es sich als einseitige Verfügung darstellt (§ 2299).

5. Für das bisherige Recht war streitig, ob für das Vermächtnis begrifflich wesentlich ist, daß es auf einer Liberalität gegen den Vermächtnisnehmer beruht; vgl. für die verneinende An-

ficht Windscheid III § 653 Anm. 5; für die bejahende Dernburg Pand. III § 98, preuß. Priv.R. III § 132. Die letztere Ansicht ist für das BGB. für zutreffend zu erachten (vgl. M. V S. 10), insbesondere fällt also auch nach dem BGB. nicht unter den Begriff des Vermächtnisses das condicionis implendae causa datum.

6. In der Theorie pflegt man gewisse Fälle des nicht auf Verfügung von Todes wegen beruhenden Einzelerwerbs von Todes wegen als „gesetzliche Vermächtnisse" zu bezeichnen. Das BGB. enthält zwei Institute, die sich unter den Gesichtspunkt eines gesetzlichen Vermächtnisses bringen lassen, den Voraus des überlebenden Ehegatten (§ 1932) und den Anspruch der Familienangehörigen des Erblassers auf einstweilige Fortgewährung von Wohnung und Unterhalt (§ 1969). Der Voraus wird geradezu den für Vermächtnisse geltenden Vorschriften unterstellt, während auf den Anspruch der Familienangehörigen (den „Dreißigsten") jene Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen. Der Erblasser kann in dem einen wie in dem anderen Falle das Recht durch Verfügung von Todes wegen ausschließen. Ein weiterer Fall eines gesetzlichen Vermächtnisses ist im EG. enthalten, insofern nach Art. 139 die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, nach welchen dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein „Recht auf bestimmte Sachen" zusteht. Ein solches Recht kann wenigstens die Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses haben. Dagegen ist der nach § 1963 der Mutter des noch ungeborenen Erben zustehende Unterhaltsanspruch nicht unter diesen Rechtsbegriff zu bringen, da er nicht auf Liberalität gegen die Mutter beruht (vgl. oben Erl. 5 und Erl. 4 zu § 1963), ebensowenig der Pflichtteilsanspruch (§ 2317) und die Ausgleichungsberechtigung (§ 2050). Auch die Vorschrift des § 2149 enthält kein gesetzliches Vermächtnis.

Mit den gesetzlichen Vermächtnissen befassen sich zwei Schriften von Schiffner: Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse, 1895, und Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse, 1897. Die erste Schrift berücksichtigt vorzugsweise röm. und österr. Recht, aber auch den E. I. Die zweite Schrift bezieht sich auf das BGB., jedoch unter Berücksichtigung des bisherigen Rechtes und der älteren Literatur; im ersten Teile werden die einzelnen Rechtsbildungen des BGB. behandelt, in denen der Verfasser gesetzliche Vermächtnisse erblickt, im zweiten Teile wird eine allgemeine Theorie der gesetzlichen Vermächtnisse entwickelt. Vgl. dazu Strohal I § 17.

7. In den Bestimmungen des BGB. über das Versprechen auf Leistung an einen Dritten ist die Möglichkeit vorgesehen, daß sich der Versprechensempfänger die Befugnis vorbehalten hat, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrag bezeichneten und mit dem Tode des Versprechensempfängers bezugsberechtigt werdenden Dritten einen anderen zu setzen. Im Falle eines solchen Vorbehaltes, der besonders bei Lebensversicherungsverträgen häufig vorkommt, kann die Bezeichnung des neuen Bezugsberechtigten im Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen geschehen (§ 332). Erfolgt eine solche Bezeichnung im konkreten Falle wirklich in einer Verfügung von Todes wegen, so ist darin doch keinesfalls eine Vermächtnisverfügung zu erblicken:

a) Ein Vermächtnis setzt notwendig einen Vermächtnisbeschwerten im Sinne des § 2147 voraus, und als solcher kann nur der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer in Betracht kommen. Der Anspruch des im Falle des § 332 bezeichneten Bezugsberechtigten richtet sich dagegen gegen den Versprechenden.

b) Die Verbindlichkeiten aus dem Erben auferlegten Vermächtnissen sind notwendig Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967). Ist aber einem Vermächtnisnehmer ein Vermächtnis auferlegt, so kann sich daraus wenigstens infolge der Bestimmung des § 2161 eine Nachlaßverbindlichkeit entwickeln. Im Falle des § 332 kann von einer Nachlaßverbindlichkeit keinesfalls die Rede sein.

c) Vermächtnisse können nur durch Verfügung von Todes wegen angeordnet werden. Im Falle des § 332 ersetzt dagegen die in der Verfügung von Todes wegen vorgenommene Bezeichnung des Bezugsberechtigten nur einen normalerweise durch empfangsbedürftige Willenserklärung unter Lebenden stattfindenden Rechtsakt und hat sie daher auch den Charakter einer Verfügung von Todes wegen im technischen Sinne nicht (vgl. auch Bd. 2 Erl. zu § 332). Ist die Bezeichnung im konkreten Falle in einer Verfügung von Todes wegen erfolgt, so werden aber allerdings die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen entsprechend anzuwenden sein.

Aus den Worten: „in einer Verfügung von Todes wegen" in § 332 darf übrigens nicht der Schluß gezogen werden, daß der Erblasser eine Bezeichnung des Bezugsberechtigten

§. 1940. Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnißnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem Anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage).

---

nach Maßgabe des § 332 nur vornehmen könne, wenn er daneben auch noch Verfügungen von Todes wegen im technischen Sinne trifft.

Vgl. zu den einschlagenden Fragen Strohal I § 23 Anm. 5, § 29 Anm. 3; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 350 ff.

§ 1940.

E. I § 1757; II § 1817 rev. § 1913; III § 1916. P. I S. 8898 ff., 9597 ff., 11459 f.; M. V S. 10 f. P. II Bd. 5 S. 6 f.

Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage- und Umsatzvertrag, 1897; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 529; Kipp bei W. III, Zus. zu § 668; Schultze, Treuhänder im geltenden Recht (1901) S. 88; Kohler im Arch. f. Bürg. R. Bd. 20 S. 259; Binder, Umgehung des Art. 6 des preuß. AG. zum BGB. durch Erbeinsetzung unter Auflage in DJZ. 1905 S. 996.

1. Der § 1940 gibt eine Begriffsbestimmung der durch letztwillige Verfügung getroffenen Auflage und bestimmt zugleich, wer mit einer Auflage beschwert werden kann. Vgl. aber auch § 1941, laut dessen die Anordnung einer Auflage auch durch Erbvertrag erfolgen kann. Die näheren Vorschriften über die durch Verfügung von Todes wegen angeordnete Auflage finden sich in den §§ 2192—2196, 2278, auch §§ 2186—2189, zu denen die Vorschriften über die Auflage bei einer Schenkung (§§ 525—527) zu vergleichen sind. Allgemeine Vorschriften über die Auflage enthält das BGB. nicht; vgl. die Vorbm. vor § 158 unter 2 (Bd. I S. 274).

2. Der Begriff der Auflage ist wie im § 1939 der des Vermächtnisses nach positiver und negativer Richtung festgestellt.

Danach hat die Auflage (und in dieser Beziehung besteht zwischen letztwilliger und erbvertragsmäßiger Auflage kein Unterschied) mit dem Vermächtnis gemein, daß auch durch sie einem Beschwerten eine Verpflichtung zu einer Leistung auferlegt wird, unterscheidet sie sich von dem Vermächtnis aber wesentlich dadurch, daß bei ihr dem Beschwerten kein „Bedachter" gegenüber steht. Aus dem letzteren Grunde ist die Auflage keine Zuwendung im Sinne des BGB. (vgl. Erl. zu § 1939). Trotzdem bleibt die Vollziehung der Auflage nicht dem freien Belieben des Beschwerten überlassen. Für die Ausführung der Auflage ist vielmehr dadurch Vorsorge getroffen, daß gewissen Personen, obschon ihnen keine Zuwendung gemacht ist und sie somit als Bedachte nicht in Betracht kommen können, die Befugnis beigelegt ist, die Vollziehung zu verlangen (§ 2194, § 2208 Abs. 2); es kann also gegen den Beschwerten Klage auf Erfüllung erhoben und das Urteil, eventuell durch Zwangsmittel gegen den Beschwerten, vollstreckt werden (§ 2196 Abs. 2). Ist ein Testamentsvollstrecker vorhanden, so hat dieser selbst die Auflage zur Ausführung zu bringen, sofern dies nach dem Inhalte der Auflage möglich ist und nicht dem Willen des Erblassers widerspricht (§ 2203, § 2208 Abs. 1).

Indem die zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage berechtigten Personen klagend auftreten, handeln sie als „Rechtsträger in fremdem Interesse" (Schultze S. 92).

3. Der Inhalt der Auflage kann in jedem Tun oder Unterlassen des Beschwerten bestehen, das geeignet ist, den Gegenstand einer Schuldverbindlichkeit zu bilden (§ 241). Daß die Leistung einen Vermögenswert habe, ist im Gesetz nicht gefordert (anders Kipp bei W. II § 251 Zus. III 3; vgl. aber dagegen Strohal I § 6 Anm. 6). Sie kann von der Beschaffenheit sein, daß überhaupt kein Dritter als Begünstigter erscheint, also z. B. die Pflege eines Grabes, die Veröffentlichung oder Nichtveröffentlichung hinterlassener Papiere, die Verwendung eines zum Nachlaß gehörenden Vermögensstückes zu bestimmten Zwecken (Bayr. ObLG. in Seuff.Bl. f. RAnw. Bd. 70 S. 96), die Versorgung von Lieblingstieren betreffen (vgl. auch den der RGE. Bd. 43 S. 335 zugrunde liegenden Fall). Über letztwillige Anordnungen hinsichtlich des Begräbnisses des Erblassers vgl. Erl. 4 zu § 1968. Auch eine Verfügung, die lediglich den Vorteil des Beschwerten bezweckt, kann wie nach gem. und preuß. Rechte eine rechtswirksame Auflage sein (M. V S. 213). Allerdings ist es Tatfrage, ob der Erblasser in Fällen dieser Art eine Rechtsverbindlichkeit hat begründen oder nur einen Wunsch, einen Rat oder eine Ermahnung hat aussprechen wollen.

§. 1941. Der Erblasser kann durch Vertrag einen Erben einsetzen sowie Vermächtnisse und Auflagen anordnen (Erbvertrag).

Als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnißnehmer kann sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter bedacht werden.

Auch wird der Erblasser, um Auflagen der letztbezeichneten Art die Erfüllung zu sichern, einen Testamentsvollstrecker ernennen müssen; denn sonst würde sie der Beschwerte unerfüllt lassen können, ohne daß ihn deswegen ein erheblicher Nachteil träfe (vgl. Strohal I § 38b Anm. 9). Was nicht Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein kann, kann auch nicht auf dem Wege der Auflage als Verpflichtung auferlegt werden. Als unwirksam muß daher z. B. die Auflage behandelt werden, daß ein Kind durch nachfolgende Ehe legitimiert oder an Kindesstatt angenommen, daß eine Ehe angefochten oder nicht angefochten werde u. dgl. (vgl. aber auch Dernburg V § 87 Abs. 1). Der Unterschied zwischen bedingter Zuwendung und der Anordnung einer Auflage gewinnt hier entscheidende Bedeutung. Die Bedingung macht abhängig, ohne zu verpflichten, die Auflage verpflichtet, schafft aber kein Schwebeverhältnis. Während z. B. eine Zuwendung unter der Bedingung, daß der Bedachte ein Kind an Kindesstatt annehme, zweifellos zulässig und wirksam ist, muß einer auf Vornahme einer Annahme an Kindesstatt gerichteten Auflage die Wirksamkeit abgesprochen werden. Doch ist zu beachten, daß unter Umständen Umdeutung einer in Gestalt einer Auflage getroffenen letztwilligen Verfügung in eine aufschiebend oder auflösend bedingte Zuwendung möglich sein wird. Ist die Anordnung, daß der Erbe den Namen des Erblassers annehme, als Auflage wirksam? Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Vornahme bzw. Erwirkung einer Namensänderung Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein kann (dafür die 1. u. 2. Auflage d. W.; Dernburg V § 87 Abs. 1; Bedenken bei Strohal § 38 Anm. 12). Über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel vgl. oben S. 32.

Auf die sog. fideikommissarischen Stiftungen ist bei der Bestimmung des Begriffs der Auflage keine Rücksicht genommen worden (P. II Bd. 5 S. 7; vgl. Eck, Vorträge I S. 91).

4. Als die Personen, die mit einer Auflage beschwert werden können, werden der Erbe und der Vermächtnisnehmer bezeichnet, es gilt also das gleiche wie nach § 2147 bei dem Vermächtnisse. Wer auf Grund einer Auflage etwas erhält, kann nicht mit einer weiteren Auflage beschwert werden. Der Erbe kann Beschwerter sein, auch wenn er kraft Gesetzes eintritt; die Auflage hat also eine Zuwendung von Todes wegen nicht notwendig zur Voraussetzung, sie kann den ausschließlichen Inhalt des hinterlassenen Testaments bilden.

§ 1941.

E. I § 1940 Abs. 1, 2, § 1962; II § 1813 verb. § 1919; III § 1917. P. I S. 9917 ff., 10040 ff., 11370 f.; M. V S. 310 ff., 349 f. P. II Bd. 5 S. 365 ff., 423.

Schiffner, Der Erbvertrag nach dem BGB. 1899; Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 591—667; Kipp bei W. III S. 316 ff.

1. Das Wort „**Erbvertrag**" wird vom BGB. in dem Sinne verwendet, daß es nicht nur die vertragsmäßige Ernennung eines Erben (Erbeinsetzungsvertrag), sondern auch die vertragsmäßige Zuwendung eines Vermächtnisses (Vermächtnisvertrag) und die vertragsmäßige Anordnung einer Auflage (Auflagevertrag) in sich begreift. Dagegen umfaßt der Erbvertrag des BGB. nicht den Erbverzicht (§§ 2346—2352) und den Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312). Die in der bisherigen Lehre übliche Unterscheidung zwischen affirmativen und negativen Erbverträgen kann daher auf das BGB. nicht angewendet werden. Der Erbvertrag steht im letzteren unter dem Begriffe der Verfügung von Todes wegen als Gegenstück zu der letztwilligen Verfügung. Er ist jedoch seinem möglichen Inhalte nach enger begrenzt als diese, indem nur für Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen die vertragsmäßige Anordnung zugelassen ist (§ 1941 Abs. 1, § 2278 Abs. 2); hierüber hinaus ist ein praktisches Bedürfnis nicht angenommen worden. Über die Frage, ob im Falle des § 332 die Bezeichnung des Bezugsberechtigten auch erbvertragsmäßig erfolgen kann, vgl. Erl. zu § 2278.

2. Der Erbvertrag ist im BGB. ohne Beschränkung auf bestimmte Personen wie etwa Ehegatten, Verlobte oder dgl. zugelassen; vgl. hierüber die Vorbm. zum vierten Abschnitte. Was die Stellung anbetrifft, welche die beteiligten Personen bei dem Erbvertrag einnehmen, so sind die verschiedensten Fälle möglich. Es kann jeder der beiden Vertragschließenden über seinen Nachlaß verfügen, also jeder als Erblasser auftreten (§ 2278 Abs. 1), es kann aber auch

Zweiter Abschnitt.
Rechtliche Stellung des Erben.

nur der eine Teil Erblasser sein und der andere dessen Verfügungen lediglich annehmen. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung, weil die Voraussetzungen in der Person des Erblassers und des nur Annehmenden verschieden sind (§ 2275). Wenn jeder Teil als Erblasser auftritt, so ist es dabei wieder möglich, daß der eine eine vertragsmäßige Erbeinsetzung vornimmt, während der andere sich vertragsmäßig hinsichtlich eines Vermächtnisses oder einer Auflage bindet. Endlich kann bei jeder Verfügung sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter der Bedachte sein (§ 1941 Abs. 2), letzteres auch in der Weise, daß lediglich der Dritte bedacht, dem anderen Vertragsteile also überhaupt keine Zuwendung gemacht wird (M. V S. 313, P. II Bd. 5 S. 367, 373). Der Erwerb des Dritten vollzieht sich wie bei den obligatorischen Verträgen zugunsten Dritter (§ 328) ohne Beitritt des Dritten, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des zu erwerbenden Rechtes aber erst mit dem Tode des Erblassers (vgl. Erl. zu § 2290).

3. Der Erbvertrag ist kein obligatorischer Vertrag, da der Erblasser sich nicht zu einer Leistung verpflichtet. Obligatorische Verträge über Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen sind nach § 2302 nichtig. Auf der anderen Seite ist der Erbvertrag auch kein dinglicher Vertrag, durch welchen für den Bedachten ein gegenwärtiges Recht an dem Vermögen des Erblassers geschaffen würde, und ebensowenig ist er ein familienrechtliches Rechtsgeschäft, welches etwa ein Statusverhältnis begründete. Seine Wirkung ist eine erbrechtliche. Sie besteht darin, daß durch eine vertragsmäßige Erbeinsetzung, durch ein Vertragsvermächtnis, durch eine vertragsmäßige Auflage in ähnlicher Weise wie durch Testament die Grundlage für eine künftige Berufung zur Erbfolge, für einen vermächtnisrechtlichen Erwerb, für eine künftige Auflageverpflichtung gelegt ist, nur mit dem Unterschied, daß die durch Testament geschaffene Grundlage durch einseitigen Widerruf des Erblassers zerstört werden kann, während erbvertragsmäßige Anordnungen dem Widerruf grundsätzlich entzogen sind. Wie es in der gemeinrechtlichen Wissenschaft überwiegend geschieht, so ist auch für das BGB. die Auffassung zu verwerfen, als seien in dem Erbvertrage zwei Bestandteile, nämlich eine einseitige Verfügung von Todes wegen und ein vertragsmäßiger Widerrufsverzicht mit einander verbunden, deren jeder seinen eigenen Regeln unterstehe. Der Erbvertrag ist vielmehr ein einheitliches Rechtsgeschäft, dessen wesentliche Besonderheit gegenüber der letztwilligen Verfügung in der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit besteht; vgl. M. V S. 311, 312; Stobbe V § 311 Nr. I (S. 282, 283); Schiffner S. 5ff; Strohal I § 45; Dernburg V § 95 a. E.; grundsätzlich anders Hellwig S. 591ff.

4. Wie schon in der Erl. 1 bemerkt, umfaßt der Erbvertrag auch den Vermächtnisvertrag und zwar sowohl den sog. unselbständigen, der nur einen Teil eines Erbeinsetzungsvertrags bildet, als auch den selbständigen, der ohne gleichzeitige Einsetzung eines Vertragserben geschlossen wird. Durch die Zulassung des Vermächtnisvertrags, dessen Gültigkeit für das bisherige Recht vielfach bestritten war (s. die Nachweise in den M. V S. 312 Anm. 1), hat das BGB. es vermieden, die Schenkung von Todes wegen als besonders geartetes Rechtsgeschäft aufzunehmen (§ 2301).

Zweiter Abschnitt.

1. Der zweite Abschnitt enthält die Vorschriften über die **rechtliche Stellung des Erben** (das Erbewerden und Erbesein), die im E. I nach der in den bisherigen Lehrbüchern (vgl. auch das sächs. GB. Buch V Abteilung 4) üblichen Anordnung im Abschnitte 6 an den Schluß des Buches gestellt waren. Der Abschnitt ist in vier Titel zerlegt, deren erster (§§ 1942—1966) die Vorschriften über den Erwerb der Erbschaft, die Annahme und Ausschlagung sowie über die in besonderen Fällen dem Nachlaßgericht obliegende Sorge für die Sicherung des Nachlasses enthält. Der zweite Titel (§§ 1967—2017) handelt von der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Der dritte Titel (§§ 2018—2031) regelt den Erbschaftsanspruch, d. h. den Anspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer auf Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten (hereditatis petitio). Im vierten Titel (§§ 2032—2063) wird für die Fälle, in denen eine Mehrheit von Erben vorhanden ist, das Rechtsverhältnis der Erben untereinander (einschließlich der Ausgleichungspflicht) sowie das Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern geregelt.

Erster Titel.

Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

2. Der zweite Abschnitt enthält keine besonderen Vorschriften über zwei praktisch wichtige Rechtsfolgen des Erbganges, nämlich über das Erlöschen von Rechtsverhältnissen durch Vereinigung und über das Wirksamwerden von Verfügungen, die vor dem Erbfalle seitens des Erben über Gegenstände des Erblassers oder seitens des Erblassers über Gegenstände des Erben getroffen sind (vgl. zu den einschlagenden Fragen Strohal II § 63). In beiden Beziehungen greifen lediglich die allgemeinen Grundsätze ein (M. V S. 526). Wegen der Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit vgl. die Vorbm. zum Abschnitt 3 des zweiten Buches (Bd. II S. 207), wegen der Vereinigung von Recht und Belastung s. §§ 889, 1063, 1177, 1256. Eine Wiederaufhebung der durch den Erbgang herbeigeführten Vereinigung tritt ein in den Fällen der §§ 1976, 2143, 2175; vgl. auch § 1991 Abs. 2, § 2377. Betreffs des Wirksamwerdens von Verfügungen des Erben oder des Erblassers s. § 185 Abs. 2 und die dortige Erl. 5 (Bd. I S. 323); vgl. auch M. V S. 631—633. — In betreff der Verjährung eines zu einem Nachlaß gehörenden oder gegen einen Nachlaß sich richtenden Anspruchs vgl. § 207 und über den Einfluß der Zugehörigkeit einer beweglichen Sache zu einem Nachlaß auf den Beginn oder die Fortsetzung der bereits begonnenen Ersitzung vgl. § 939 (s. übrigens auch § 900 Abs. 1 Satz 2).

Erster Titel.

Hachenburg, Vorträge S. 647 ff.; Binder I; Strohal II S. 1 ff.; Weißler, Nachlaßverfahren; Märker, Nachlaßbehandlung; Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis Bd. II: Die gesamte Tätigkeit des Nachlaßgerichts (1905); Hans Goldschmidt, Die Nachlaßpflegschaft des BGB. (1905); Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 73, Civilprozeßrecht I S. 299.

I. Die Vorschriften des Titels zerfallen, wie schon die Überschrift erkennen läßt, in **zwei getrennte Massen.** Die §§ 1942—1959 handeln von der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, die §§ 1960—1966 von der Fürsorge des Nachlaßgerichts. Der ersteren Gruppe von Vorschriften entsprachen im E. I die Titel 1, 3 des Abschnitts VI (Erwerb der Erbschaft, §§ 2025—2044, und Wirkungen des Erbschaftserwerbes, §§ 2051—2057), der letzteren Gruppe der Titel 4 daselbst (Fürsorge des Nachlaßgerichtes, §§ 2058—2067). Der erheblich geringere Umfang des gegenwärtigen Titels erklärt sich daraus, daß manche Vorschriften des E. I an andere Stellen des BGB. versetzt, andere in die CPO. und die KO. verwiesen, nicht wenige endlich auch gestrichen worden sind.

II. Hinsichtlich der **Annahme und Ausschlagung der Erbschaft** ist zu bemerken:

1. Im bisherigen Rechte war der Erwerb der Erbschaft verschiedenartig geregelt. Während das gemeine Recht (abgesehen von den Hauskindern) zum Erwerb einen Willensakt des Berufenen, die Antretung der Erbschaft, erfordert und dieses System grundsätzlich von dem bayer. LR., dem sächs. GB. sowie von verschiedenen Rechten beschränkten Geltungsgebiets beibehalten ist, vollzieht sich der **Erwerb der Erbschaft kraft Gesetzes** nach preuß. ALR. und für die wichtigsten Fälle (gesetzliche Erben und Universallegatare) nach dem code civil. Das BGB. (§ 1922 Abs. 1, § 1942 Abs. 1), und zwar bereits der E. I (§§ 2025, 2051) hat sich für das System des preuß. Rechtes entschieden, dessen praktische Vorzüge für überwiegend erachtet worden sind. Die M. (V S. 486, 487) erblicken diese Vorzüge in der Einfachheit des Gesetzes, in der Anpassung an die Regel des Lebens, nach der Erbschaften weit häufiger angenommen als ausgeschlagen werden, und in der besseren Lage der Gläubiger und Schuldner der Erbschaft. Die mit dem Systeme verbundenen Härten sind durch die Gestaltung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten, insbesondere durch die richterliche Inventarfrist, wesentlich gemildert. In der Kritik (Zstlg. Bd. V S. 117—121, Zstlg. d. BR. Bd. I S. 186, 187, Bd. II S. 43) hat die Regelung des E. I überwiegend Billigung gefunden, in der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 613, vgl. S. 623) ist sie von keiner Seite beanstandet worden. Auch in der Reichstagskommission (KB. S. 2099) ist die Frage zwar erörtert, ein Antrag auf Abänderung aber nicht gestellt worden.

2. Der Erbschaftserwerb kraft Gesetzes, der nach § 857 auch den Besitz der Erbschaftssachen umfaßt, ist zwingenden Rechtes (M. V S. 493, vgl. Erl. 2 a. E., 3 zu § 1922).

Das Prinzip hat zur Folge, daß die römisch-rechtliche Unterscheidung zwischen Delation (Antragung) und Akquisition (Antretung, Erwerb) der Erbschaft für das BGB. ohne Bedeutung ist; denn bei dem nach BGB. entscheidenden Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft (vgl. § 1942 Abs. 1 und über das Verhältnis von Anfall und Erbfall Erl. 3 zu § 1922) fallen Berufung des Erben zur Erbschaft und Übergang derselben auf den Erben miteinander zusammen. Weitere Folge ist, daß sowohl die ruhende Erbschaft als auch die römische Transmission dem BGB. fremd sind. Wenn in der Praxis (RJA. 2 S. 241) die Eintragung einer „Nachlaßmasse" als Hypothekengläubigerin zugelassen ist, so liegt darin nur eine abgekürzte Bezeichnung für denjenigen, welcher sich als Erbe herausstellen wird. Inwiefern in einem vom röm. Rechte abweichenden Sinne auch nach BGB. von einer Transmission geredet werden kann, wird in Erl. 2 zu § 1953 erörtert.

3. Der Erwerb der Erbschaft vollzieht sich nach dem BGB. (abgesehen von dem Falle, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe wird) unbeschadet des Rechtes der **Ausschlagung** (§ 1942 Abs. 1). Diese ist allerdings nur innerhalb der gesetzlichen Ausschlagungsfrist (§ 1944) und nur so lange möglich, als der Erbe seinen auf endgültigen Erwerb der Erbschaft gerichteten Willen nicht schon vorher wirksam zum Ausdruck gebracht hat. Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1). Der Ausschlagung ist also rückwirkende Kraft beigelegt und es ist somit indirekt doch auch der Wille des Berufenen von erheblicher Bedeutung. Aus diesem Grunde spricht das Gesetz (§ 1943), um damit den Zeitpunkt zu bezeichnen, mit welchem die Ausschlagung ausgeschlossen ist, von einer, sei es nun wirklich erfolgten, sei es als erfolgt geltenden Annahme der Erbschaft. Dem Umstande, daß hiernach ein einstweiliger und ein endgültiger Erwerb der Erbschaft zu unterscheiden ist und erst mit dem letzteren die Erbschaft wirklich Bestandteil des Vermögens des Erben wird, tragen auch noch andere Vorschriften Rechnung. Nach § 517 gilt die Ausschlagung einer Erbschaft nicht als Schenkung. Nach § 1406 Nr. 1 bedarf die Ehefrau bei dem gesetzlichen Güterrechte zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft nicht der Zustimmung des Mannes. Demgemäß ist bei Gütergemeinschaft nach § 1453 Abs. 1 zur Annahme oder Ausschlagung einer der Frau angefallenen Erbschaft nur diese berechtigt und die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich. In allen diesen Fällen handelt es sich eben der Sache nach nicht sowohl um das Aufgeben eines bereits erworbenen als vielmehr um die Nichtannahme eines angetragenen Rechtes (M. IV S. 243). Auf der Erwägung, daß der Anfall der Erbschaft nicht ohne weiteres eine solche Verbindung zwischen den beiden Vermögen herstellt, daß der Nachlaß in jeder Beziehung als Vermögen des Erben zu gelten hätte (P. II Bd. 5 S. 662), beruhen ferner die Vorschriften des § 1958 und des § 778 der CPO., nach welchen vor der Annahme der Erbschaft einerseits ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden kann und die Zwangsvollstreckung wegen eines solchen Anspruchs nur in den Nachlaß zulässig ist, andererseits wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht zulässig ist. Den deutlichsten Ausdruck aber hat die bezeichnete Auffassung in der Vorschrift des § 9 der KO. gefunden, nach der die Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft nur dem Gemeinschuldner zusteht (vgl. D. z. KO. S. 10, 11 und M. V S. 685, 686; genaueres in Erl. 6 zu § 1952). Hiernach läßt sich, wie dies in den Materialien (M. IV S. 243, vgl. II S. 291, V S. 685; P. II Bd. 5 S. 633) mehrfach ausgesprochen wird, in der Tat sagen, daß dem Grundsatze des Erwerbes von Rechts wegen ein mehr formaler Charakter innewohnt. Immerhin ist aber daran festzuhalten, daß die vorgedachten Bestimmungen Ausnahmevorschriften darstellen.

4. Während für die Ausschlagung eine **Form** vorgeschrieben ist (§ 1945), kann die Annahme **formlos** und daher auch durch schlüssige Handlungen (pro herede gestio) erfolgen. Ferner gilt die Unterlassung der Ausschlagung innerhalb einer bestimmten Frist (Ausschlagungsfrist, §§ 1943, 1944) als Annahme.

Das nähere über Annahme und Ausschlagung s. zu den betreffenden Paragraphen. Hier sind nur einzelne Fragen zu behandeln, die für Annahme und Ausschlagung gleichmäßig von Bedeutung sind:

a) Die Erklärung des Berufenen über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft setzt dessen volle **Geschäftsfähigkeit** voraus. Der Geschäftsunfähige (§ 104) kann die Erklärung nicht wirksam, der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte (§§ 106, 114) kann sie nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam abgeben, da es sich auch bei der Annahme nicht um eine Willenserklärung handelt, durch die der Erklärende lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt

(§ 107). Darüber, ob dies auch für die Annahme durch pro herede gestio gilt, vgl. die Erl. zu § 1943 Nr. 4 a. E. Der Erwerb der Erbschaft durch Versäumung der Ausschlagungsfrist wird hinsichtlich der Wirkung durch positive Vorschrift der Annahme gleichgestellt, die Versäumung ist aber nicht Annahme, jedenfalls nicht Rechtsgeschäft. Es würde daher an sich bei ihr auf die Geschäftsfähigkeit des Erben nicht ankommen, s. jedoch § 1944 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 206.

b) Ist der Erbe geschäftsunfähig, so ist die Erklärung über Annahme oder Ausschlagung durch den **gesetzlichen Vertreter** abzugeben; ist der Erbe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann die Erklärung an seiner Stelle von dem gesetzlichen Vertreter abgegeben werden. Zu der Erklärung ist hiernach zunächst der Inhaber der elterlichen Gewalt berufen, und zwar in der Regel auch in den Fällen des § 1638 Abs. 1 und des § 1651 Abs. 1 Nr. 2, da der Umstand, daß der Erblasser durch letztwillige Verfügung die Verwaltung oder die Nutznießung des Vaters ausgeschlossen hat, meist noch nicht die Besorgnis der Befangenheit und damit die Bestellung eines Pflegers rechtfertigen wird. Steht der Erbe unter Vormundschaft und kommt die Sorge für die Person und die Sorge für das Vermögen verschiedenen Vormündern zu, so hat sich nur derjenige Vormund zu erklären, welchem die Sorge für das Vermögen zusteht, sofern nicht die Erbeinsetzung an eine Bedingung geknüpft ist, welche die Person des Mündels betrifft. Was den Pfleger anbelangt, so steht die Befugnis, eine Erbschaft für den Pflegebefohlenen anzunehmen oder auszuschlagen, zweifellos dem Pfleger zu, welcher nach § 1909 Abs. 1 oder Abs. 3 bestellt ist. Die gleiche Befugnis hat der Abwesenheitspfleger (§ 1911, vgl. R. IV S. 1258) sowie nach dem Wortlaut und dem Gedanken des § 1910 Abs. 1 auch der Pfleger, welcher einem Gebrechlichen zur Besorgung seiner gesamten Angelegenheiten bestellt worden ist. Da in den beiden letztgedachten Fällen der Pflegebefohlene die Geschäftsfähigkeit behält, so besteht seine eigene Befugnis, anzunehmen oder auszuschlagen, neben der des Pflegers; Kollisionen, die bei der Abwesenheitspflegschaft kaum vorkommen werden, sind nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Der Pfleger einer Leibesfrucht (§ 1912) kann nicht in die Lage kommen, sich über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft zu entscheiden, da der Anfall an den nasciturus erst mit dessen Geburt, wenn auch rückwirkend, eintritt, mit der Geburt aber nach § 1918 Abs. 2 die Pflegschaft endigt. Wegen des Nachlaßpflegers vgl. unten unter III 5c S., wegen des Konkursverwalters oben unter 3 a. E. und Erl. zu § 1952 Nr. 6, wegen eines Bevollmächtigten § 1945 Abs. 2, wegen des Erben des Berufenen § 1952.

c) Zur **Ausschlagung** (nicht auch zur Annahme) der Erbschaft bedarf nach § 1643 Abs. 2 der Vater und nach § 1822 Nr. 2 der Vormund (und der Pfleger) der **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts**. Für den Vater gilt jedoch die besondere Vorschrift des § 1643 Abs. 2 Satz 2. Auf § 1643 Abs. 2 in Verbindung mit § 1948 beziehen sich Aufsätze von Unger und Marcus im Recht 1904 S. 277, 329.

d) Ist eine Ehefrau die Erbin, so bedarf sie nach den bereits unter 3 erwähnten Vorschriften des § 1406 Nr. 1 und des § 1453 Abs. 1 weder bei dem gesetzlichen Güterrechte noch bei bestehender Gütergemeinschaft zur Ausschlagung der Zustimmung des Mannes. Demgemäß wird es auch, obwohl hierüber besondere gesetzliche Vorschriften nicht bestehen, zur Ausschlagung der einem Minderjährigen angefallenen Erbschaft nicht der Zustimmung des Inhabers der elterlichen Gewalt bedürfen, wenn diesem die Vertretung des Minderjährigen nicht zusteht, sondern seine Zustimmung nur aus dem Gesichtspunkte seines Nutzungsrechts am Kindesvermögen in Betracht kommt (§ 1678, § 1685 Abs. 1). Auch zur Annahme der Erbschaft bedarf es in den vorerwähnten Fällen nicht der Zustimmung des Ehemanns bezw. Vaters.

III. Über das **Nachlaßgericht**, seine **Aufgaben** und **Befugnisse** ist zu bemerken:

1. Die fürsorgende Tätigkeit der Gerichte in Erbschaftssachen ist in Deutschland von alters hergebracht. Der Umfang des gerichtlichen Eingreifens ist jedoch in den einzelnen Rechtsgebieten ein verschiedener. Während das gemeine, daß preußische und das sächsische Recht von dem Grundsatz ausgehen, daß die Ordnung des Nachlasses Sache der Beteiligten ist und das Einschreiten des Nachlaßgerichts nur aus besonderen, im einzelnen Falle gegebenen Gründen zu erfolgen hat, bestand nach den meisten bayerischen Statuten, nach württembergischem und badischem Rechte eine allgemeine amtliche Verlassenschaftsbehandlung, vermöge deren in mehr oder minder weitem Umfange die gesamte Abwickelung des Nachlasses unter amtlicher Leitung erfolgt. Das BGB. hat sich den erstgenannten Rechten angeschlossen, weil man in der gerichtlichen Nachlaßbehandlung eine ungerechtfertigte Bevormundung und Belästigung der Privaten erblickte, die zudem für die Gerichte mit einer erheblichen Vermehrung der Geschäftslast verbunden sein würde (vgl. M. V S. 541, 542; P. S. 722, KB. S. 2099). Die Fürsorge des Nachlaßgerichts

tritt nach dem im § 1960 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatze nur in den gesetzlich bestimmten Fällen und auch in diesen nur nach Maßgabe des vorhandenen Bedürfnisses ein. Soweit jedoch das Gericht einschreitet, geschieht dies im Interesse der öffentlichen Ordnung; deshalb ist das nach manchen geltenden Rechten dem Erblasser gestattete Verbot der Siegelung nicht aufgenommen, ein solches Verbot würde wirkungslos sein. Übrigens ist wegen eines weitergehenden Schutzes des Nachlasses den Landesgesetzen durch EG. Art. 140 ein gewisser Spielraum gelassen. Vgl. die Erl. zu diesem Art. in Bd. VI; daselbst sind auch die einschlagenden landesgesetzlichen Vorschriften angeführt.

2. Für die dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen sind nach dem FGG. § 72 die **Amtsgerichte** zuständig, nach EG. z. BGB. Art. 147 bleiben jedoch die Landesgesetze unberührt, nach denen die Zuständigkeit anderer als gerichtlicher Behörden begründet ist (vgl. hierzu §§ 194, 195 des FGG. und Erl. zu Art. 147 in Bd. VI; daselbst auch die maßgebenden landesgesetzl. Vorschriften).

Die **örtliche Zuständigkeit** bestimmt sich gemäß dem FGG. § 73 nach dem Wohnsitz, eventuell dem Aufenthalte des Erblassers zur Zeit seines Todes. War der Erblasser Deutscher, hatte er jedoch zur Zeit des Erbfalls im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt, so entscheidet der letzte inländische Wohnsitz; in Ermangelung eines solchen wird das zuständige Gericht von der Landesjustizverwaltung oder vom Reichskanzler bestimmt. Für die Sicherung des Nachlasses ist nach dem FGG. § 74 jedes Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt. Übrigens sind nach dem FGG. § 7 die Amtshandlungen des Nachlaßgerichts wegen örtlicher Unzuständigkeit nicht unwirksam.

Betreffs der Sicherstellung des Nachlasses von Ausländern kommen zunächst die vom Deutschen Reiche oder von den Bundesstaaten (EG. Art. 56) geschlossenen Staatsverträge in Betracht, in welchen vielfach die Beteiligung oder die ausschließliche Zuständigkeit des ausländischen Konsuls zugestanden ist (s. das Verzeichnis der einschlägigen Staatsverträge des Zollvereins, des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs bei Weißler S. 63). In Ermangelung solcher vertragsmäßigen Bestimmungen ist auch hier das Nachlaßgericht des inländischen Wohnsitzes bzw. Aufenthalts, in letzter Reihe aber nach dem FGG. § 73 Abs. 3 das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Nachlaßgegenstände befinden.

Das **Verfahren** vor dem Nachlaßgerichte bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des FGG. (§§ 2 ff.). Das Gericht schreitet also, sofern nicht für gewisse Amtshandlungen ein Antrag erfordert wird, von Amts wegen ein. Es ist in der Regel befugt, eine von ihm erlassene Verfügung zu ändern. Seine Verfügungen unterliegen der Beschwerde, die in bestimmten Fällen als sofortige Beschwerde an eine Frist von zwei Wochen gebunden ist. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Über die Beschwerde entscheidet das Landgericht, über die weitere Beschwerde das Oberlandesgericht oder das Reichsgericht (vgl. auch das FGG. § 195). Während der Gerichtsferien kann die Bearbeitung der Nachlaßsachen unterbleiben, soweit das Bedürfnis einer Beschleunigung nicht vorhanden ist. Öffentliche Bekanntmachungen des Nachlaßgerichts sind im § 1965 Abs. 1, § 1983 und im § 2358 Abs. 2 vorgeschrieben. Über die Frage, ob die Landesjustizverwaltungen befugt sind, in Sachen der FGG. den Gerichten bezüglich der für ihre Bekanntmachungen zu bestimmenden Blätter Anweisungen zu erteilen, enthält das FGG. keine Vorschrift (vgl. den im Reichstage gestrichenen § 128 des Entwurfs, der sich jedoch nur auf die Bekanntmachungen aus dem Handelsregister bezog). Nach § 200 Abs. 1 des FGG. kann aber die betreffende Befugnis der Justizverwaltung durch Landesgesetz beigelegt werden.

3. Die **Mittel**, die das Gesetz (§ 1960) dem Nachlaßgerichte zum Zwecke seiner Fürsorge an die Hand gibt, bestehen einmal in **Maßnahmen tatsächlicher Natur**, wie Anlegung von Siegeln, Hinterlegung von Wertgegenständen, Aufnahme eines Verzeichnisses; sodann aber ist in der **Nachlaßpflegschaft auch die Möglichkeit einer rechtlichen Vertretung** gegeben. Das Nähere s. zu § 1960 und betreffs der Nachlaßpflegschaft unten zu Nr. 5. Eine besondere Aufgabe erwächst dem Nachlaßgericht unter Umständen in der ihm gemäß §§ 1964, 1965 obliegenden Feststellung des Erbrechts des Fiskus.

4. Außer der in den §§ 1960—1962, 1964, 1965 geregelten Fürsorge hat das Nachlaßgericht nach dem BGB. und dessen Nebengesetzen eine Reihe weiterer Obliegenheiten:

a) Nach den Vorschriften dieses Titels (§ 1942 Abs. 1, § 1953 Abs. 3, § 1955, § 1957 Abs. 2) hat das Nachlaßgericht durch Entgegennahme von Erklärungen und Mitteilung derselben mitzuwirken bei der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.

b) Nach anderen erbrechtlichen Vorschriften steht dem Nachlaßgerichte zu:

α) die Anordnung und Beaufsichtigung der Nachlaßverwaltung (§§ 1981 ff.), die Bestimmung der Inventarfrist (§ 1994), die Annahme und unter Umständen auch die Aufnahme des Inventars (§§ 1993, 2003, EG. Art. 148), die Abnahme des Offenbarungseids (§ 2006);

β) beim Vorhandensein mehrerer Erben die Vermittelung der Auseinandersetzung (FGG. §§ 86 ff., 192, 193) sowie die Entgegennahme der Anmeldung von Forderungen der Nachlaßgläubiger zufolge der von einem Miterben nach § 2061 erlassenen Aufforderung;

γ) die Entgegennahme der Anfechtungserklärung bezüglich gewisser letztwilliger und vertragsmäßiger Verfügungen von Todes wegen (§ 2081, § 2281);

δ) die Entgegennahme der Anzeige von dem Eintritte der Nacherbfolge (§ 2146) und von dem Verkaufe der Erbschaft (§ 2384);

ε) die Entgegennahme der Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch einen Dritten und der Ernennung des Vollstreckers durch einen anderen Vollstrecker in den Fällen der §§ 2198, 2199, die Ernennung des Testamentsvollstreckers im Falle des § 2200, die Außerkraftsetzung von Anordnungen des Erblassers für die Testamentsvollstreckung (§ 2216 Abs. 2), die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Vollstreckern (§ 2224), die Entgegennahme der Kündigung (§ 2226) sowie die Entlassung des Testamentsvollstreckers (§ 2227);

ζ) die Annahme abzuliefernder Testamente nach dem Tode des Erblassers (§ 2259) und die Testamentseröffnung (§§ 2260 ff.);

η) die Erteilung (Einziehung und Kraftloserklärung) des Erbscheins (§§ 2353 ff. und der verwandten Zeugnisse (§§ 2368, 1507; vgl. GBO. §§ 37, 38, 99);

ϑ) die Einholung der Genehmigung zu einer durch Verfügung von Todes wegen errichteten Stiftung (§ 83);

ι) durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgt der Verzicht eines Abkömmlinges auf seinen Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1491) und die Aufhebung der letzteren seitens des überlebenden Ehegatten (§ 1492), unter Umständen auch die Anfechtung einer Ehe (§ 1342) und die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1597).

5. Was die **Nachlaßpflegschaft** anbelangt, so ist zunächst hervorzuheben, daß nach dem BGB. zwei wesentlich verschiedene Gestaltungen derselben zu unterscheiden sind; vgl. einerseits §§ 1960—1962 und andererseits §§ 1975, 1981 ff. Die Einsetzung der in den §§ 1960 ff. behandelten Nachlaßpflegschaft erfolgt in Erfüllung der dem Nachlaßgericht bis zur Annahme der Erbschaft und desgleichen, solange der Erbe unbekannt ist oder doch ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat, obliegenden Fürsorgepflicht. Die im § 1975 erwähnte Nachlaßpflegschaft wird dagegen zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger angeordnet, sie führt die technische Bezeichnung Nachlaßverwaltung und ist in den §§ 1981 ff. eigenartig geregelt. Von dieser Art von Nachlaßpflegschaft ist hier noch nicht zu handeln. Die folgenden Ausführungen beziehen sich lediglich auf die zuerst erwähnte **Fürsorgepflegschaft** (auch **Sicherungspflegschaft** genannt), d. i. auf die Nachlaßpflegschaft im Sinne der §§ 1960—1962.

a) Nach § 1960 Abs. 2 erfolgt die Bestellung des Pflegers „für denjenigen, welcher Erbe wird". Die hier in Frage kommende Nachlaßpflegschaft ist also nach dem BGB., wie dies bei dem Systeme des Erbschaftserwerbes von Rechts wegen nicht anders möglich ist, eine cura personae, nicht eine cura rei (M. V S. 545, 548, 551, 554). Andererseits ergibt sich aus den angezogenen Worten, daß der Nachlaßpfleger nicht der Vertreter einer konkreten Person, eines bestimmten Erben, sondern der Vertreter des ideellen Erben ist, desjenigen, welcher sich schließlich als der wirkliche und endgültige Erbe herausstellt.

Diese Auffassung (für sie auch Binder I S. 194 und Dernburg V § 128) entspricht der herrschenden Theorie und Praxis. Vgl. die eingehenden Literaturnachweisungen bei H. Goldschmidt S. 35 ff., ferner RG. Bd. 50 S. 395, KG. in KGJ. Bd. 23 S. A 202, Bayr. ObLG. in Seuff.A. Bd. 58 S. 37. Anders Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 73; Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 61, 62; Civilprozeßrecht I S. 299. Er erblickt in dem Nachlaßpfleger (der §§ 1960—1962) einen Vertreter des als juristische Person zu denkenden Nachlasses. Ähnlich H. Goldschmidt. Er hält — hierin mit Hellwig übereinstimmend — die Nachlaßpflegschaft nicht für eine Personen- sondern für eine Vermögenspflegschaft (vgl. S. 125) und bezeichnet den Nachlaßpfleger als Organ des als selbständiges Sondervermögen anzusehenden Nachlasses (vgl. S. 184). Nicht hierher gehört der von Goldschmidt S. 37 mit Unrecht als Gegner der herrschenden Lehre aufgeführte Hagen in Iherings Jahrb.

Bd. 42 S. 74; denn dessen Ausführungen beziehen sich lediglich auf die Nachlaßverwaltung. Den Sondermeinungen von Hellwig und Goldschmidt ist folgendes entgegenzuhalten. Dieselben lassen unberücksichtigt, daß die Verwaltung des Nachlasses gar nicht zum Wesen der in §§ 1960—1962 bestimmten Nachlaßpflegschaft gehört. So kann es z. B. selbst im Falle des Nachlaßkonkurses zur Bestellung eines Nachlaßpflegers kommen, obschon hier von einer von ihm zu führenden Verwaltung des Nachlasses keine Rede sein kann, und bildet die Eröffnung des Nachlaßkonkurses noch keinen Grund zur Aufhebung der bereits bestehenden Nachlaßpflegschaft (vgl. hierüber Erl. 3 b α und γ zu § 1960). Für die hier vertretene herrschende Meinung spricht ganz besonders § 2213 Abs. 1 Satz 3. Danach kann selbst bei Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers ein Pflichtteilsanspruch doch nur gegen den Erben geltend gemacht werden. Hat nun der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen, oder ist er unbekannt oder ist ungewiß, ob die Annahme bereits erfolgt ist, so kann der Pflichtteilsberechtigte, um seinen Anspruch geltend machen zu können, die Bestellung eines Nachlaßpflegers nach § 1961 verlangen. Zugleich ist klar, daß die Erhebung der Klage gegen den Nachlaßpfleger gerade deshalb möglich ist, weil dieser Vertreter desjenigen ist, welcher Erbe wird. Wegen der Nachlaßpflegschaft für einen Miterben vgl. Erl. zu § 1960 Nr. 3b α.

b) Die Nachlaßpflegschaft unterliegt als eine besondere Art der Pflegschaft den für diese geltenden **allgemeinen Vorschriften des Vormundschaftsrechts** (§§ 1915 ff.). Dies war ausdrücklich ausgesprochen im E. I § 2060, der von der zweiten Kommission als selbstverständlich gestrichen worden ist (P. II Bd. 5 S. 667). Daß das BGB. auf demselben Standpunkte steht wie der E. I, ergibt sich aus § 1962, welcher bestimmt, daß für die Nachlaßpflegschaft an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht tritt. Selbstverständlich können die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft bzw. Pflegschaft (§§ 1776—1778, vgl. § 1916) nicht zur Anwendung kommen, weil es sich bei der Nachlaßpflegschaft nach dem zu a Bemerkten nicht um eine Pflegschaft für eine konkrete Person handelt. Dagegen besteht auch für die Nachlaßpflegschaft die für die Vormundschaft bzw. Pflegschaft durch §§ 1785, 1915 begründete allgemeine Verpflichtung zur Übernahme, wie besonders durch das arg. e contrario aus § 1981 Abs. 3 klargestellt wird (vgl. P. II Bd. 5 S. 815). Auch für den Anspruch des Nachlaßpflegers auf eine Vergütung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 1836, 1915; die Nachlaßpflegschaft ist also grundsätzlich unentgeltlich zu führen (arg. e contrario aus § 1987), wenngleich die Gewährung einer billigen Entschädigung hier in der Regel am Platze sein wird (vgl. die preuß. VO. § 89 Abs. 3). Entsprechend dem Standpunkte des BGB. bestimmt das FGG. § 75, daß hinsichtlich des Verfahrens auf die Nachlaßpflegschaft die für Vormundschaftssachen geltenden Vorschriften Anwendung finden.

c) Auch die **Rechte und Pflichten** des Nachlaßpflegers bestimmen sich, soweit nicht im BGB. und dessen Nebengesetzen besondere Vorschriften gegeben sind, nach den allgemeinen Grundsätzen des Vormundschaftsrechts. Einer näheren Bestimmung des Wirkungskreises, wie sie für den Testamentsvollstrecker getroffen ist, hat sich das BGB. bei dem Nachlaßpfleger enthalten (M. V S. 549). Die Aufgaben des Nachlaßpflegers sind daher aus dem Zwecke der Pflegschaft zu entnehmen. Im einzelnen ist zu bemerken:

α) Hauptaufgabe des Nachlaßpflegers ist die Ermittelung des Erben, wenn dieser unbekannt ist (vgl. § 1964).

β) Sodann hat der Nachlaßpfleger für die Erhaltung des Nachlasses Sorge zu tragen. Er hat daher die Nachlaßgegenstände in Besitz zu nehmen, ein Verzeichnis anzufertigen und dem Nachlaßgericht einzureichen (§ 1802). Regelmäßig hat er auch den Nachlaß zu verwalten, doch kann ihm die Verwaltung entzogen sein, wie die Fassung des § 2017 und ZPO. § 991 Abs. 2 (s. jedoch ZPO. § 779 Abs. 2 Satz 2 und KO. § 217 Abs. 1) ergibt (vgl. auch die Ausführung unter a a. E.).

γ) Zum Zwecke der Erhaltung (und Verwaltung) des Nachlasses kann der Nachlaßpfleger für den Erben wirksam Verbindlichkeiten eingehen, die den Charakter von Nachlaßverbindlichkeiten haben und im Falle des Nachlaßkonkurses Masseschulden sind (KO. § 224 Nr. 5).

δ) Verfügungen des Nachlaßpflegers über Nachlaßgegenstände sind nach außen im gleichen Umfange wirksam, wie die jedes anderen Pflegers (§§ 1804, 1821 ff.; vgl. GBO. § 41 Abs. 1, FGG. § 111 Abs. 2). Eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Erben wird jedoch durch die Fürsorgepflegschaft der §§ 1960—1962 nicht herbeigeführt (anders Hellwig, Civilprozeßr. I S. 296, dagegen aber wieder Dernburg V § 129 bei Anm. 5). Die sich infolge-

dessen möglicherweise ergebenden Kollisionen sind nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen (M. V S. 553). Der Fall ist übrigens von dem des § 115 (auf welchen z. B. Dernburg V § 129 a. E. verweist) nicht unerheblich verschieden. Denn im Falle des § 115 ergibt sich die Möglichkeit einer Kollision zwischen den Verfügungen des gesetzlichen Vertreters und den vom Vertretenen selbst vorgenommenen erst dadurch, daß der letztere, nachdem er zunächst in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt erschien, später nach rückwärts hin, als unbeschränkt geschäftsfähig behandelt wird. In unserem Falle steht dagegen eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Erben überhaupt nicht in Frage und kann die Kollision möglicherweise schon während der Nachlaßpflegschaft eintreten. Die Rechtslage dürfte sich am besten mit der im Falle der Bestellung eines Abwesenheitspflegers sich ergebenden vergleichen lassen. — Wegen einer durch sein Verschulden herbeigeführten Schädigung des Nachlasses ist der Nachlaßpfleger dem Erben selbstverständlich verantwortlich. Über die Frage, ob auch eine Verantwortlichkeit gegenüber den Nachlaßgläubigern anzunehmen ist, vgl. die Ausführung unter ζ a. E.

ε) Hinsichtlich der den Nachlaß betreffenden Rechtsstreitigkeiten ist der Nachlaßpfleger aktiv und passiv legitimiert. Es können also gegen ihn dingliche und persönliche Ansprüche jeder Art geltend gemacht werden, auch solche aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen. Die Vorschrift des § 1958 greift gegenüber dem Nachlaßpfleger nicht durch (§ 2060 Abs. 3). Das für und gegen den Nachlaßpfleger erlassene Urteil wirkt auch für und gegen den Erben. Wegen der Aufnahme eines durch den Tod des Erblassers unterbrochenen Prozesses durch oder gegen den Nachlaßpfleger vgl. CPO. § 243, wegen der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß beim Vorhandensein eines Nachlaßpflegers CPO. § 779 Abs. 2. Eine Prozeßführung in den Nachlaß betreffenden Rechtsstreitigkeiten durch den Erben selbst ist durch das Vorhandensein eines Nachlaßpflegers nicht schlechthin ausgeschlossen. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der nur vorläufige Erbe hinsichtlich der gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüche passiv nicht legitimiert ist (§ 1958) und daß in der klagweisen Geltendmachung eines zum Nachlaß gehörenden Rechtes normalerweise pro herede gestio gelegen sein wird. Ist aber bereits ein endgültiger Erbe vorhanden und bekannt, so muß die Nachlaßpflegschaft ohnedies aufgehoben werden. Solange die Nachlaßpflegschaft besteht, kann übrigens der Erbe keinesfalls in den vom Nachlaßpfleger geführten Prozeß eingreifen (§ 53 CPO.). Über die Frage, ob auf Grund eines gegenüber dem Nachlaßpfleger erwirkten Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung nach erfolgter Annahme der Erbschaft ohne weiteres auch gegenüber dem Erben geführt werden kann, vgl. Erl. 5b zu § 1958.

ζ) Ob der Nachlaßpfleger alsbald zur Liquidation des Nachlasses zu schreiten hat, richtet sich nach der Lage des einzelnen Falles. Mit den notwendigen Befugnissen für die Liquidation ist er ausgestattet. Er kann das Aufgebot der Nachlaßgläubiger (CPO. § 991 Abs. 2) und die Zwangsversteigerung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks (ZwVG. § 175) sowie die Eröffnung des Nachlaßkonkurses (KO. § 217 Abs. 1) beantragen. Eine Inventarfrist kann dem Nachlaßpfleger nicht bestimmt werden, er ist jedoch den Nachlaßgläubigern gegenüber zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses verpflichtet (§ 2012 Abs. 1 Satz 1, 2). Der Nachlaßpfleger kann nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten (§ 2012 Abs. 1 Satz 3) und es bedarf keines bezüglichen Vorbehalts im Urteile, wenn dieses gegen den Nachlaßpfleger erlassen wird (CPO. § 780 Abs. 2). Die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 stehen auch dem Nachlaßpfleger zu (vgl. § 2017).

Der Nachlaßpfleger ist dem Erben gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die einzelnen Gläubiger nur nach Kräften des Nachlasses und nach den Vorschriften über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten (vgl. insbesondere §§ 1979, 1980) befriedigt werden. Der E. I hatte dies im § 2065 Abs. 1 ausgesprochen, der von der zweiten Kommission sachlich gebilligt worden ist (P. II Bd. 5 S. 668, 669).

Streitig ist, ob der nach den §§ 1960, 1961 bestellte Nachlaßpfleger im Falle einer durch sein Gebaren herbeigeführten Schädigung der Nachlaßgläubiger auch diesen gegenüber verantwortlich ist. Dem Nachlaßverwalter ist eine solche Verantwortlichkeit im § 1985 Abs. 2 ausdrücklich auferlegt. In den bisherigen Auflagen dieses Werkes ist daraus per argumentum a contrario geschlossen worden, daß der gewöhnliche Nachlaßpfleger den Nachlaßgläubigern nicht hafte, und daß sich also diese im bezeichneten Falle an den Erben zu halten haben, der ihnen gegenüber für das Verschulden des Nachlaßpflegers als seines gesetzlichen Vertreters nach § 278 wie für eigenes Verschulden einstehen müsse. Da der Erbe aber für eigenes Verschulden selbstverständlich unbeschränkt haftet, so treffe ihn dieselbe Haftung auch rücksichtlich eines von ihm zu vertretenden Verschuldens des Nachlaßpflegers. Der Herausgeber

hält diese Auffassung (für sie auch Herzfelder S. 101), soweit die Auslegung der lex lata in Frage kommt, auch heute noch fest und vermag nicht zuzugeben, daß sie zu unbilliger Härte führe. Er ist vielmehr der Meinung, daß hinsichtlich der Haftung des Erben für das Verschulden des Nachlaßpflegers nichts anderes gelten könne, als was nach § 278 bezüglich der Haftung des Vertretenen für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters überhaupt (und bezüglich der Haftung des Mündels für das Verschulden des Vormunds insbesondere) gilt.

Der Bearbeiter der vorliegenden Auflage des V. Buches vertritt einen abweichenden Standpunkt. Ihm scheint die buchstäbliche Anwendung der hier in Frage kommenden Bestimmung des § 278 auf die Haftung des Erben für das Verschulden des Nachlaßpflegers mit den Vorschriften über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht verträglich zu sein. Nach § 1967 sind alle diejenigen Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten, für welche der Erbe nur als solcher haftet. Da nun der Nachlaßpfleger lediglich denjenigen vertritt, welcher Erbe wird (§ 1960 Abs. 2), so scheint daraus gefolgert werden zu müssen, daß den Erben eine Haftung für das Verschulden des Nachlaßpflegers nur als solchen, d. h. nur in seiner Eigenschaft als Erben (dasselbe meint wohl auch Dernburg V § 128 a. E.) treffen kann. Es dürfte demnach als ausgeschlossen zu betrachten sein, daß der Erbe ungeachtet der ihm in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten vom Gesetze in Aussicht gestellten Beschränkbarkeit der Haftung und selbst bei Beobachtung aller nur erdenklichen Vorsicht im Falle einer Nachlaßpflegschaft für das Verschulden des Nachlaßpflegers schlechthin unbeschränkt haftet und in dieser Beziehung somit lediglich auf den hinsichtlich des praktischen Erfolges oft recht unsicheren Rückgriff gegen den Nachlaßpfleger angewiesen ist. Man vergegenwärtige sich dabei insbesondere die nicht seltenen Fälle, in denen der vom Nachlaßgericht ausgesprochenen Feststellung, daß in betreff einer Erbschaft ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist (§ 1964), die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft vorangegangen war.

Wenn dem bisher gewonnenen Ergebnis entgegengehalten werden wollte, daß die unbeschränkte Haftung des Erben für das Verschulden des Nachlaßpflegers um nichts unbilliger sei als die zweifellose Haftung des Mündels für das Verschulden des Vormunds, so wäre dazu folgendes zu bemerken: Der Vormund ist allgemeiner gesetzlicher Vertreter des Mündels, der Nachlaßpfleger ist gesetzlicher Vertreter desjenigen, welcher Erbe wird, nur in Ansehung eines Sondervermögens: des Nachlasses. Wenn der Vormund innerhalb seiner Vertretungsmacht für den Mündel einen obligatorischen Vertrag abschließt, so haftet der Mündel mit seinem ganzen Vermögen, der Nachlaßpfleger kann dagegen durch einen von ihm in Ansehung des Nachlasses abgeschlossenen obligatorischen Vertrag nur eine Nachlaßverbindlichkeit begründen und eine unbeschränkbare Haftung des Erben somit keinesfalls herbeiführen. Man wird daher auch dem schuldbaren Handeln des Nachlaßpflegers diese Wirkung nicht beilegen und demgemäß die Vorschrift des § 278 nicht zur buchstäblichen, sondern nur zur entsprechenden Anordnung bringen können.

Für die Beurteilung der ganzen Frage sind übrigens noch folgende Gestaltungen beachtenswert. Es ist leicht möglich, daß nach dem Erbfall, aber noch bevor der Erbe die Erbschaft angenommen hat, Erfüllungsgehilfen tätig werden, die noch der Erblasser selbst oder der Nachlaßpfleger zum Zwecke der Erfüllung einer Erblasserschuld bestellt hat. Wie hat der Erbe für das Verschulden solcher Gehilfen zu haften? Doch gewiß nicht, wie man bei mechanischer Anwendung des § 278 annehmen müßte, so, wie wenn das schuldbare Verhalten des Gehilfen dem Erben selbst zur Last fiele, sondern nur nach den hinsichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltenden Vorschriften. Ganz ebenso muß es sich verhalten, wenn im Falle des § 1884 der Vormund eines später für tot erklärten Minderjährigen nach dem Zeitpunkte, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile als Zeitpunkt des Todes des Verschollenen festgestellt ist, in den Angelegenheiten des Verschollenen schuldbar gehandelt hat. Die den Erben treffende Schadensersatzpflicht kann auch hier nur Nachlaßverbindlichkeit sein. Eine interessante Parallele zu dem Gesagten liefern die Bestimmungen des § 486 HGB. über die Haftung des Reeders aus eigenem rechtsgeschäftlichen oder schuldhaften Handeln einerseits und aus solchem Handeln des seine gesetzlichen Befugnisse und Dienstobliegenheiten ausübenden bzw. verrichtenden Schiffers andererseits.

Bekennt man sich zur Ansicht, daß der Erbe für das Verschulden des Nachlaßpflegers nur nach den Vorschriften über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, so ist damit zugleich gesagt, daß die geschädigten Nachlaßgläubiger in den kritischen Fällen keine Aussicht haben, vom Erben Ersatz zu erhalten. Ihr Interesse muß daher dadurch gewahrt sein, daß

§. 1942. Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen (Anfall der Erbschaft).

Der Fiskus kann die ihm als gesetzlichem Erben angefallene Erbschaft nicht ausschlagen.

---

ihnen der Nachlaßpfleger wegen seines sie schädigenden schuldbaren Verhaltens unmittelbar verantwortlich ist, und daß der Ersatzanspruch gegen den Nachlaßpfleger wie im Falle des § 1985 Abs. 2 als zum Nachlaß gehörend behandelt wird. Zur Unterstützung der hiermit dargelegten Auffassung können auch die P. II Bd. 5 S. 669 herangezogen werden, wo im Gegensatz zu M. V S. 552 festgestellt ist, daß der Nachlaßpfleger nach Ansicht der Mehrheit der Kommission den Nachlaßgläubigern persönlich haftet, wenn er die Pflicht zur Auskunfterteilung über den Bestand des Nachlasses schuldhafterweise verletzt. Es ist deshalb auch anzunehmen, daß die Mehrheit der Kommission hinsichtlich der sonstigen den Nachlaßpfleger im Interesse der Nachlaßgläubiger treffenden Obliegenheiten (vgl. Erl. 3 zu § 1978) derselben Meinung war. — Mit den vorstehenden Darlegungen übereinstimmend Strohal II § 62 unter Z. 5 und in den Hauptergebnissen, wenn auch mit zum Teil abweichender Begründung, auch Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 242; Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 87; Kreß, Erbengemeinschaft S. 139; H. Goldschmidt S. 122 ff.

η) Die Ausführung der letztwilligen Verfügungen (Vermächtnisse, Auflagen) des Erblassers gehört an sich nicht zu den Obliegenheiten des Nachlaßpflegers. Nicht selten wird es, wie die M. (V S. 548) hervorheben, seine Pflicht sein, mit der Ausführung zu warten. Doch kann er, wie unter ε bemerkt worden, auf Erfüllung in Anspruch genommen werden.

ϑ) Ganz außerhalb der Aufgaben des Nachlaßpflegers liegt die Annahme oder Ausschlagung derjenigen Erbschaft, hinsichtlich welcher er für den als Erben sich Herausstellenden als Vertreter bestellt ist, die Führung von Prozessen über das Erbrecht dieses Erben (vgl. M. V S. 550, 551) und die Anfechtung von auf die bezeichnete Erbschaft sich beziehenden Erbeinsetzungen (vgl. auch Recht, 1903 S. 210). Als möglich wird dagegen anzusehen sein eine durch den Nachlaßpfleger erfolgende Annahme oder mit Genehmigung des Nachlaßgerichts erfolgende Ausschlagung einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft, die als Bestandteil des Nachlasses mit dem Rechte der Ausschlagung auf denjenigen übergegangen ist, welcher sich als Erbe dieses Erblassers herausstellt (vgl. Strohal II § 62 Anm. 54). Darüber, daß der Nachlaßpfleger unter Umständen auch zur Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs legitimiert ist, vgl. Erl. zu § 2018.

§ 1942.

E. I § 1974 Abs. 2, § 2025 Abs. 1; II § 1819 rev. § 1920; III § 1918. P. I S. 10116, 10122 f., 10439 ff., 11320, 11338, 11344, 12267 f.; M. V S. 379 f., 488. P. II Bd. 5 S. 487 ff., 613. D. S. 721. RG. S. 2099.

1. Anfall der Erbschaft. Übergang kraft Gesetzes mit der Möglichkeit der Ausschlagung. Der Abs. 1 hat bereits in der Vorbm. zu diesem Titel (vgl. unter II Nr. 1—3) seine Erläuterung gefunden. Wegen des Zeitpunktes des Anfalls der Erbschaft vgl. die Erl. 3 zu § 1922.

2. Daß im Abs. 2 dem Fiskus das Recht versagt wird, eine Erbschaft auszuschlagen, die ihm als gesetzlichem Erben (§ 1936) anfällt, beruht auf der Absicht des Gesetzgebers, die Herrenlosigkeit einer Erbschaft, vermöge deren diese der freien Aneignung (§§ 958 ff.) verfallen würde, zu verhüten und ein Organ zu schaffen, das in letzter Reihe mit Notwendigkeit dazu berufen ist, eine Erbschaftsangelegenheit zu regeln. Ein materieller Schaden kann dem Fiskus bei der Gestaltung des Inventarrechts (vgl. insbesondere § 2011 und CPO. § 780 Abs. 2) aus der Vorschrift kaum erwachsen. Auch die Belästigung der fiskalischen Behörde ist nicht zu hoch anzuschlagen, da es ihr unbenommen ist, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nach §§ 1975, 1981 ff. zu beantragen. Vgl. zu der ganzen Frage Küntzel bei Gruch. Bd. 41 S. 584, 585, aber auch Dernburg V § 21. Das Nachlaßgericht entwickelt für den Fiskus, abgesehen von der Feststellung seines Erbrechts nach §§ 1964, 1965, keine andere Tätigkeit als für jeden anderen Erben.

Ebensowenig wie der Fiskus eine ihm als gesetzlichem Erben angefallene Erbschaft ausschlagen kann, vermag er durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht zu verzichten (vgl. § 2346); auch kann er nicht durch Testament von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden (vgl. § 1938).

§. 1943. Der Erbe kann die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, wenn er sie angenommen hat oder wenn die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstrichen ist; mit dem Ablaufe der Frist gilt die Erbschaft als angenommen.

---

§ 1943.

E. I § 2029; II § 1820 rev. § 1921; III § 1919. P. I E. 10492 ff., 10617; M. V E. 494 ff. P. II Bd. 5 E. 618 ff.; Bd. 6 E. 336 ff. D. E. 721.

Binder I § 5; Eccius bei Gruch. Bd. 44 S. 768; Weißler, Z. d. D.Not.Ver. 1903 S. 400, 401; Breit, Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in Lobes EBl. Bd. 4 S. 579.

1. Der § 1943 bezeichnet die Tatsachen, welche den mit dem Anfalle der Erbschaft eingetretenen **vorläufigen Erwerb in einen endgültigen umwandeln**, indem sie das Ausschlagungsrecht des Erben zum Erlöschen bringen. Diese Tatsachen sind die rechtsgeschäftliche **Annahme** der Erbschaft und die ihr durch den zweiten Halbsatz hinsichtlich der Wirkung ausdrücklich gleichgestellte **Versäumung der Ausschlagungsfrist** (vgl. Erl. 6).

2. Wie die Annahme zu erfolgen hat, ist im Gesetze nicht näher bestimmt. Der E. I bezeichnete die Annahme, abgesehen von der damals noch unter diesem technischen Ausdrucke mitverstandenen Fristversäumung, als „die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, Erbe sein zu wollen". Da das BGB. die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen nicht aufgenommen hat, ist sie auch im § 1943 vermieden, eine sachliche Änderung aber damit nicht vorgenommen. Demnach kann die Annahme sowohl durch eine zum Zwecke der Offenbarung des Annahmewillens abgegebene Willenserklärung, als auch durch eine in schlüssigen Handlungen enthaltene Betätigung jenes Willens (pro herede gestio) erfolgen. In Anknüpfung an die romanistische Lehre, daß der suus heres das beneficium abstinendi durch immixtio einbüßt, will Binder I S. 104 auch für das bürgl. Recht statt von pro herede gestio lieber von immixtio reden. Vgl. aber dazu Strohal II § 61 a Anm. 20.

3. Was die **Annahme durch Erklärung** anbelangt, so ist eine Form für sie nicht vorgeschrieben (anders für die Ausschlagung nach § 1945). Das Gesetz enthält auch keine Vorschrift darüber, daß die Erklärung gegenüber bestimmten Personen geschehen müsse. Trotzdem kann nicht jede einem unbeteiligten Dritten gegenüber abgegebene Erklärung, die Erbschaft annehmen zu wollen, als genügend angesehen werden. In der zweiten Kommission war beantragt, dem in der hier fraglichen Beziehung mit dem § 1943 übereinstimmenden § 1820 des E. II den Zusatz hinzuzufügen: „Eine Mitteilung, die einem Unbeteiligten gemacht wird, gilt nicht als Annahme." Der Antrag wurde bei einer ersten eventuellen Abstimmung angenommen, bei der definitiven Abstimmung aber wurde eine Änderung des § 1820 und damit auch der gedachte Zusatz abgelehnt (P. II Bd. 6 S. 336 ff.). Hiernach muß die Entscheidung aus den allgemeinen Grundsätzen entnommen werden. Aus diesen ergibt sich, daß eine Erklärung erforderlich ist, welche in der Absicht erfolgt, den Willen der Annahme zu erklären. Diese rechtsgeschäftliche Absicht wird bei der einem unbeteiligten Dritten gegenüber abgegebenen Erklärung regelmäßig fehlen; es wird darin regelmäßig nur die Mitteilung, die Erbschaft annehmen zu wollen, nicht die Erklärung der Annahme selbst zu finden sein. Möglicherweise kann indessen das Gegenteil aus den Umständen erhellen, so z. B. wenn der Erbe die Annahme vor Notar und Zeugen erklärt und eine Urkunde über diese Erklärung aufnehmen läßt. Wird dagegen die Erklärung der Annahme einem an der Erbschaft Beteiligten, sei es einem neben oder nach dem Erben zur Erbschaft Berufenen, sei es einem Nachlaßgläubiger, insbesondere auch einem Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmer, sei es einem Nachlaßschuldner, sei es endlich dem Nachlaßgerichte, dem Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker gegenüber abgegeben, so wird die rechtsgeschäftliche Absicht und damit eine wirksame Annahmeerklärung ohne weiteres als vorliegend anzunehmen sein. Die Zulässigkeit der Abgabe der Annahmeerklärung vor dem Nachlaßgericht wird von Binder I S. 103 bestritten. Gegen ihn sprechen jedoch die §§ 1948, 1951, in denen als selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß der Erbe in derselben beim Nachlaßgericht abgegebenen Erklärung aus dem einen Berufungsgrunde annimmt, aus dem anderen ausschlägt. Wenn und soweit die Annahmeerklärung im konkreten Falle einem bestimmten Beteiligten oder dem Nachlaßgericht gegenüber abgegeben werden will, muß sie, um wirksam zu sein, dem Beteiligten, dem Nachlaßgericht auch zugegangen sein (§ 130). Trotzdem bleibt es wahr, daß die Annahme niemals eine empfangsbedürftige Willenserklärung in dem Sinne ist, daß sie

einer bestimmten Person gegenüber abgegeben werden müßte. So wird z. B. die Annahme auch durch Bekanntmachung in der Zeitung, laut deren der Erbe erklärt, er nehme die Erbschaft an und fordere die Nachlaßschuldner auf, an ihn zahlen (vgl. H. Meyer, Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung S. 10; Strohal II S. 24), erfolgen können.

4. Das Institut der **pro herede gestio** ist vom BGB. entsprechend dem geltenden Rechte trotz der dagegen bestehenden Bedenken als praktisch unentbehrlich aufgenommen worden (vgl. die gesetzgeberischen Erwägungen M. V S. 495—497). Bei der Beratung in der ersten und in der zweiten Kommission ist darauf hingewiesen worden, daß eine doppelte Auffassung der pro herede gestio möglich sei, einmal die, daß es sich bei ihr um eine wirkliche Willensäußerung des Erben handele, die anstatt durch ausdrückliche Erklärung durch schlüssige Handlungen zum Ausdrucke gelange, sodann aber auch die Auffassung, daß der Erbe, der sich in die Erbschaft einmische, im Interesse der übrigen Nachlaßbeteiligten und gewissermaßen zur Strafe sich nunmehr dauernd als Erben behandeln lassen müsse. Das BGB. hat eine ausdrückliche Entscheidung dieser Konstruktionsfrage vermieden; es steht jedoch, da es die pro herede gestio unter den Gesichtspunkt der Annahme der Erbschaft bringt, wie schon der E. I (M. V S. 495) auf dem Standpunkte der ersteren Auffassung. Hätte die zweite Auffassung gebilligt werden sollen, so wäre es unvermeidlich gewesen, die Handlungen näher zu bezeichnen, an welche sich die fragliche Rechtsfolge anknüpfen sollte. Dies ist nicht geschehen, obwohl in der zweiten Kommission auch vom Standpunkte der ersteren Auffassung aus es als wünschenswert bezeichnet wurde, für die Beurteilung, was als pro herede gestio anzusehen sei, gesetzliche Anhaltspunkte zu geben. Die betreffenden Anträge, welche die pro herede gestio teils positiv dahin bestimmen wollten, daß gewisse Handlungen, insbesondere die nicht unaufschiebliche Verfügung über Nachlaßgegenstände, stets als Annahme der Erbschaft gelten sollten, teils negativ dahin, daß in solchen Handlungen, die der Ermittelung des Nachlaßbestandes oder der Erhaltung oder Sicherung von Nachlaßgegenständen dienten, die Annahme nicht oder im Zweifel nicht erblickt werden solle, wurden sämtlich als kasuistisch und bedenklich abgelehnt. Es entscheidet also über die Frage, ob in einer bestimmten Handlung des Erben die Betätigung des Annahmewillens zu erblicken ist, das freie richterliche Ermessen. Eine hinreichende Betätigung des Annahmewillens wird in aller Regel in dem Antrag auf Erteilung des Erbscheines (§ 2353), in der Erhebung des Erbschaftsanspruchs (§ 2018), im Verkauf der Erbschaft (§ 2371), in der Verfügung eines Miterben über seinen Anteil am ungeteilten Nachlaß (§ 2033), in der Verwendung von Erbschaftsmitteln für eigene Zwecke des Erben, in der Verfügung über Erbschaftsgegenstände auf eigene Rechnung, in der Vermengung der Erbschaft mit dem Eigenvermögen, in der Annahme oder Ausschlagung einer zum Nachlaß gehörenden Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses, in der vorbehaltslosen Aufnahme von infolge des Todes des Erblassers unterbrochenen Prozessen (vgl. § 239 CPO.), in der Einlassung auf Prozesse, die sich gegen den Nachlaß richten (§ 1958) u. dgl. zu erblicken sein, noch nicht dagegen in der bloßen Entgegennahme der in § 1959 Abs. 3 bezeichneten rechtsgeschäftlichen Erklärungen Dritter, in der Vornahme von Maßregeln zur Erhaltung und Sicherung des Nachlasses und in der Vornahme von Verfügungen über Nachlaßgegenstände, die ohne Nachteil für den Nachlaß nicht verschoben werden können (vgl. § 1959 Abs. 1 u. 2). Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß in den Fällen der ersten Art der Eintritt der Annahmewirkung durch besondere Umstände (vgl. z. B. § 1949 Abs. 1) ausgeschlossen sein kann und daß (vgl. E. des Bayr. ObLG. Samml. Bd. 4 S. 62, auch DJZ. 1904 S. 822) Handlungen der zweiten Art durch Begleitumstände eine Charakterisierung erhalten können, vermöge welcher die Erbschaft als vom vorläufigen Erben angenommen anzusehen ist. Selbst aus der Vorschrift des § 1959 Abs. 2 ist nicht zu entnehmen, daß in einer Handlung der dort bezeichneten Art unter keinen Umständen die Annahme der Erbschaft enthalten sein könne (man denke z. B. an den Fall, daß der vorläufige Erbe eine Verfügung im Sinne von § 1959 Abs. 2 auf eigene Rechnung, zu eigenem Vorteil vornimmt). Die genannte Vorschrift besagt nur, daß für die Frage, ob der betreffenden Handlung an und für sich, also auch für den Fall der Ausschlagung, Wirksamkeit zukomme, der objektive Charakter derselben maßgebend sei, während die Frage, ob sich in der Handlung der Wille, Erbe zu sein, betätige, ganz unberührt bleibt (M. V S. 497, 536, P. II Bd. 5 S. 660; vgl. auch CPO. § 991 Abs. 3 und dazu M. V S. 644). Ein vom Erben bei Vornahme einer Handlung, die als pro herede gestio gedeutet werden könnte, gegen diese Auslegung gemachter Vorbehalt ist nur beachtlich, wenn die protestatio nicht facto contraria ist.

Aus der Auffassung der pro herede gestio als Willensäußerung folgt, daß nur ein unbeschränkt geschäftsfähiger Erbe sich durch pro herede gestio binden kann (vgl. die Vorbm. zum

Titel unter II Nr. 4a). Ist der handelnde Erbe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so greift § 111 Satz 1 ein. Doch ist zu beachten, daß die Betätigung des Annahmewillens auch in einer vertragsmäßigen Verfügung über Nachlaßgegenstände gelegen sein kann. Dann ist Genehmigung des Vertrages und zugleich der pro herede gestio durch den gesetzlichen Vertreter nach § 108 möglich (Strohal II § 61a Anm. 2a).

5. Daß die Annahmeerklärung unwiderruflich ist, ergibt sich unmittelbar aus der gesetzlichen Vorschrift, das gleiche gilt aber in Ermangelung einer gegenteiligen Bestimmung auch für die Ausschlagung. Der § 2039 des E. I, der die Unwiderruflichkeit der Annahme und der Ausschlagung besonders aussprach, ist unter Billigung seines sachlichen Inhalts als entbehrlich gestrichen (P. II Bd. 5 S. 630). Natürlich tritt die Unwiderruflichkeit erst ein, wenn die Erklärung wirksam geworden ist (vgl. § 130 Abs. 1 Satz 2). Wegen der Anfechtung der Erklärung s. die §§ 1954—1957. Die Vorschriften über die Überlegungsfrist sind zwingendes Recht, der Erblasser kann sie nicht durch Verfügung von Todes wegen ausschließen. Unbenommen ist es ihm freilich, bei einer Erbeinsetzung zu bestimmen, daß die Annahme seitens des Eingesetzten innerhalb einer kürzeren als der gesetzlichen Frist und etwa auch in einer besonderen Form erklärt werden müsse. Dann liegt aber nur eine bedingte — und zwar auflösend bedingte (vgl. Strohal II § 61 Anm. 7) — Erbeinsetzung vor.

6. Die **Versäumung der Ausschlagungsfrist** ist ihrem Wesen nach nicht Rechtsgeschäft (a. A. Endemann III § 79 bei Anm. 2; Binder I S. 78, 79; dagegen aber wieder Strohal II § 61 Anm. 4, 20 und Breit in Z. d. D.Not.Ver. Bd. 5 S. 143ff.). Das Gesetz bringt dies durch die scharfe Unterscheidung der beiden Tatbestände zum Ausdruck, an die sich der endgültige Erwerb der Erbschaft knüpft: Der eine dieser Tatbestände ist die rechtsgeschäftliche Annahme durch Willenserklärung oder durch Willensbetätigung, der andere die Versäumung der Ausschlagungsfrist. Nur wenn jener Tatbestand vorliegt, „hat" der Erbe die Erbschaft „angenommen", während die Erbschaft in diesem Falle nur als vom Erben „angenommen gilt". Aus der Fassung der §§ 1955, 1956 ergibt sich mit voller Deutlichkeit, daß der technische Ausdruck „Annahme der Erbschaft" auf die Versäumung der Ausschlagungsfrist nicht erstreckt wird (anders nach E. I § 2029). Nur hinsichtlich der Wirkung steht die Versäumung der Ausschlagungsfrist der „Annahme" gleich. Sie hat den endgültigen Erwerb der Erbschaft auch dann zur Folge, wenn während der Frist der Konkurs über den Nachlaß eröffnet ist (M. V S. 539). Für den Fall, daß es bei Geschäftsunfähigkeit oder beschränkter Geschäftsfähigkeit des Erben an einem gesetzlichen Vertreter mangelt, ist durch § 1944 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 206 Sorge getragen. Die Versäumung der Frist durch den Vertreter macht aber den Erben des Ausschlagungsrechts verlustig (vgl. wegen des gleichen Satzes bei der Inventarfrist die Erl. 5c zu § 1994). Versäumung der Ausschlagungsfrist liegt auch dann vor, wenn die nach § 1643 Abs. 2, § 1822 Nr. 2 zur Ausschlagung der Erbschaft durch den gesetzlichen Vertreter erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vor Ablauf der Frist noch nicht erteilt ist oder doch wenigstens dem Nachlaßgericht nicht vorgelegt wird. Hierfür spricht besonders § 1945 Abs. 2. Grundsätzlich ebenso auch Eccius a. a. O. und die KGE. in KGJ. Bd. 21 S. 197, jedoch darin zu weitgehend (vgl. auch Weißler und Breit a. a. O.), daß die vom gesetzlichen Vertreter erklärte Ausschlagung auch dann unwirksam sei, wenn der gesetzliche Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Nachlaßgericht noch innerhalb der Ausschlagungsfrist vorlegt. Die Frage, ob im Falle einer durch das Vormundschaftsgericht verursachten Verzögerung der Genehmigung eine den Lauf der Ausschlagungsfrist hemmende „höhere Gewalt" (§ 203) zu erblicken sei (so Eccius), wird zu verneinen sein (vgl. Breit). Doch ergibt sich Abhilfe auf Grund des § 1956 (vgl. Erl. dazu), über dessen Auslegung freilich wieder Meinungsverschiedenheiten bestehen. Für die Anwendung des § 1956 Bolte in der JMschr. f. Posen 1903 S. 121 und das daselbst mitgeteilte Urteil des Landger. Berlin.

7. Ist die Annahme streitig, so hat nach allgemeinen Grundsätzen derjenige die Annahme zu beweisen, welcher sich auf sie beruft. Dies wird in der Regel der Gegner des Erben sein; so auch in den Fällen der §§ 1958, 2014. Auch für die Ausübung der dem Erben nach den §§ 239, 778 der CPO. zustehenden Befugnisse ist das gleiche anzunehmen. Stellt der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger, zu welchem er nach CPO. § 991 Abs. 3 erst nach der Annahme der Erbschaft berechtigt ist, so hat natürlich er diesen Umstand außer Zweifel zu stellen. Handelt es sich um die rechtzeitige Ausschlagung der Erbschaft, so finden in betreff der Beweislast die im Bd. I S. 218 Erl. 4 zu § 121 und S. 225, 226 Erl. zu § 124 Nr. 1 dargelegten Grundsätze Anwendung. Der Erbe hat daher zunächst nur die Aus-

§. 1944. Die Ausschlagung kann nur binnen sechs Wochen erfolgen.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntniß erlangt. Ist der Erbe durch Verfügung von Todeswegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§. 203, 206 entsprechende Anwendung.

Die Frist beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält.

---

schlagung zu beweisen. Dem Gegner, welcher die Verspätung behauptet, liegt der Beweis ob (anders Dernburg V § 148 unter VI), daß und wann die für den Beginn der Ausschlagungsfrist regelmäßig maßgebenden Tatsachen, nämlich die Kenntnis des Erben von der Berufung und dem Berufungsgrund eingetreten sei (§ 1944 Abs. 2 Satz 1). Der Erbe hat dann zu beweisen, daß die Ausschlagung vor dem Ablaufe von sechs Wochen nach jenem Zeitpunkt erfolgt ist. Daneben steht ihm, wenn er durch Verfügung von Todes wegen berufen ist, der Beweis offen, daß die Verkündung der Verfügung erst später erfolgt, und daß er binnen sechs Wochen nach diesem Zeitpunkt ausgeschlagen habe (§ 1944 Abs. 2 Satz 2). Beweist ferner der Erbe, daß die im § 1944 Abs. 3 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen, so genügt der weitere Beweis, daß er binnen sechs Monaten von dem Beginne der Frist an die Ausschlagung erklärt habe. Vgl. für das preuß. Recht die von einander abweichenden Entscheidungen des ROHG. (Entsch. Bd. 2 S. 230) und des preuß. Obertribunals (Entsch. Bd. 82 S. 7) und dazu Dernburg, preuß. Priv.R. III § 220; Rehbein, Ober-Tribunalsentscheidungen I S. 902; s. auch Zstlg. V S. 118.

8. Die Vorschriften über die Ausschlagung der Erbschaft finden gemäß § 1484 Abs. 2 in dem dort bezeichneten Umfang auf die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft seitens des überlebenden Ehegatten entsprechende Anwendung.

§ 1944.

E. I § 2030; II § 1821 rev. § 1922; III § 1920. P. I S. 10503 ff., 10516 ff., 10534 f., 10617, 12232; M. V S. 497 ff. P. II Bd. 5 S. 620 ff. D. S. 721.

Binder I §§ 5 und 6. Weegmann, Wann beginnt die Ausschlagungsfrist für einen pflichtteilsberechtigten Nacherben? Württ. Ztschr. f. freiw. G. 1903 S. 162; M. Mayer (über dieselbe Frage) in Puchelts Ztschr. 1903 S. 632.

1. Die rechtliche Bedeutung der **Ausschlagungsfrist** (Überlegungsfrist, Deliberationsfrist des bisherigen Rechtes) ist bereits im § 1943 klargestellt. Der § 1944 regelt in den Abs. 1, 3 die Dauer, im Abs. 2 Beginn und Lauf der Frist.

2. Die **Dauer** der Ausschlagungsfrist wird für den Regelfall im Anschluß an das preuß. ALR. auf **sechs Wochen**, für die Fälle jedoch, daß der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder daß der Erbe sich bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält, auf **sechs Monate** festgesetzt. Unter „Ausland" sind hier nach dem Zwecke der Vorschrift auch die deutschen Schutzgebiete zu verstehen. Die von Zorn, Staatsrecht des deutschen Reiches (2. Aufl.) Bd. I S. 581, aufgestellte Behauptung, der Begriff „Ausland" in den Reichsgesetzen sei auf die Kolonien an sich unanwendbar, ist für das BGB. jedenfalls nicht zutreffend; vgl. die Erl. 3 zu § 9 (Bd. I S. 72) und M. V S. 498, auch Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. I § 70 Nr. IV (3. Aufl. S. 755). Das Wort „nur" vor „im Auslande" trägt der Möglichkeit eines mehrfachen Wohnsitzes (§ 7 Abs. 2) Rechnung. Ob die Ausschlagung rechtzeitig erfolgt ist, ist nötigenfalls im Prozeßwege zu entscheiden. Das Nachlaßgericht und das Vormundschaftsgericht (sofern die von diesem zu erteilende Genehmigung in Frage kommt) haben darüber nicht zu befinden.

3. Die Frist **beginnt** mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt, im Falle der Berufung durch Verfügung von Todes wegen jedoch nicht vor der Verkündung der Verfügung. Ob bzw. wann die Kenntnis als hinlänglich sicher anzusehen ist, richtet sich nach den Umständen des Falles; auf welche Weise der Erbe sie erlangt hat, ist an sich gleichgültig, insbesondere ist der in der preußischen Praxis ausgebildete Satz, daß für denjenigen Erben, welcher erst infolge der Aus-

schlagung eines anderen Erben berufen wird, die Frist erst mit der Mitteilung der Ausschlagung seitens des Nachlaßgerichts (§ 1953 Abs. 3) beginne, für das BGB. nicht anzuerkennen. Der im § 1944 verlangten Kenntnis des Erben steht fahrlässige (selbst grobfahrlässige) Nichtkenntnis nicht gleich.

Einzelnes:

a) Kenntnis des Erben vom Anfall der Erbschaft. Sie fällt mit der Kenntnis der Tatsachen, auf welchen dieser Anfall beruht (Tod des Erblassers oder Eintritt der Todesvermutung wegen erfolgter Todeserklärung; konkreter Berufungsgrund; Wegfall eines anderen, dessen Vorhandensein der in Frage stehenden Berufung im Wege stehen würde, durch Erbverzicht, durch Tod vor dem Erbfall oder durch Ausschlagung oder Erbunwürdigkeitserklärung nach dem Erbfall; Eintritt der Einsetzungsbedingung vor dem Erbfall; Eintritt des Falles der Nacherbfolge bei Berufung zu dieser), nicht schlechthin zusammen. Denn es ist zunächst denkbar, daß dem Erben, obschon ihm alle wirklich entscheidenden Umstände bekannt geworden sind, die Kenntnis von dem an ihn erfolgten Anfall dennoch fehlt, weil jene Umstände infolge eines faktischen oder eines Rechtsirrtums (er nimmt z. B. zu Unrecht das Vorhandensein eines Vorberufenen an oder er hält das ihn berufende Testament mit Unrecht für nichtig oder hegt hinsichtlich seiner Gültigkeit doch ernstliche Zweifel) unrichtig beurteilt. Andererseits kann es wieder vorkommen, daß Kenntnis des Erben von dem Anfall angenommen werden muß, obschon dessen Wissen von den zugrunde liegenden Tatsachen ein unvollständiges ist. So wird es sich z. B. verhalten, wenn dem berufenen Erben von dessen mit der Prüfung der Rechtslage betrauten Rechtsfreund dieser entsprechend mitgeteilt wird: „Sie können als sicher annehmen, daß Ihnen die Erbschaft Ihres Oheims angefallen ist."

Aus der Praxis: Nach E. d. OLG. Dresden im sächs. Arch. Bd. 14 S. 239 und in Lobes EBl. Bd. 4 S. 635 läuft die Ausschlagungsfrist nicht, wenn der Erbe irrtümlich glaubt, daß ihm ein besser berechtigter Erbe vorgehe, und nach Rspr. 6 S. 310 hindert schon ein begründeter Zweifel des gesetzlichen Erben darüber, ob eine sein Erbrecht schmälernde Verfügung von Todes wegen vorhanden sei, den Beginn der Frist. RGE. v. 3. April 1902 in DJZ. 1902 S. 263 fordert für den Beginn der Frist eine bestimmte überzeugende Kenntnis des Erben. Zweifel hatten sich über den Beginn der dem Nacherben laufenden Ausschlagungsfrist ergeben (vgl. Rspr. 5 S. 360). Die Frage findet ihre zutreffende Erledigung durch E. d. KG. in Rspr. 5 S. 234 und durch die in einem anderen Falle ergangene RGE. v. 5. Jan. 1905 Bd. 59 S. 341. Danach setzt, weil die Erbschaft dem Nacherben erst mit dem Zeitpunkte des Falles der Nacherbfolge anfällt (§ 2139), der Beginn der Ausschlagungsfrist die Kenntnis des zur Nacherbfolge Berufenen von diesem Umstande voraus. Vgl. auch Weegmann a. a. O.; M. Mayer a. a. O. Ist der nähere gesetzliche Erbe auch durch Testament zur Erbfolge berufen, so kann die Ausschlagungsfrist für den entfernteren gesetzlichen Erben keinesfalls vor dem Zeitpunkte beginnen, in welchem jener sowohl als gesetzlicher Erbe als auch als Testamentserbe weggefallen ist; vgl. KGJ. 29 S. A 1.

b) Dem Erben muß auch der Berufungsgrund bekannt geworden sein, also vor allem, ob ihm die Erbschaft als gesetzlichem oder als gewillkürtem Erben angefallen ist. Nimmt der Erbe irrtümlich an, daß er zur gesetzlichen Erbfolge berufen sei, während seine Berufung auf Verfügung von Todes wegen beruht oder umgekehrt, so ist daher, solange dieser Irrtum vorhält, der Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlossen. Liegt Berufung durch Verfügung von Todes wegen vor, so entsteht vor allem die Frage, ob der Erbe von der konkreten Verfügung von Todes wegen Kenntnis haben muß, kraft deren der Anfall erfolgt ist. Dies wird zu verneinen sein. Es dürfte also genügen, wenn der Erbe auf zuverlässigem Wege und der wahren Sachlage entsprechend auch nur erfährt, daß ihm die Erbschaft auf Grund testamentarischer oder auf Grund erbvertragsmäßiger Verfügung angefallen ist. Leitet der Erbe sein vermeintliches Wissen von dem Anfall der Erbschaft lediglich aus der Kenntnis von einer konkreten Verfügung von Todes wegen ab, die sich aus irgend einem Grunde als unwirksam herausstellt, während der allerdings erfolgte Anfall auf einer anderen Verfügung von Todes wegen beruht, so steht dies, weil dem Erben die in § 1944 Abs. 2 geforderte Kenntnis fehlt, dem Beginn der Ausschlagungsfrist entgegen. Kennt der Erbe die konkrete Verfügung von Todes wegen, zufolge deren ihm die Erbschaft angefallen ist, ist er aber darüber zweifelhaft, ob sie als erbvertragsmäßige oder als letztwillige aufzufassen sei, oder hält er sie geradezu für eine vertragsmäßige, während sie sich später als letztwillige herausstellt oder umgekehrt, so dürfte dies dem Beginn der Ausschlagungsfrist nicht entgegenstehen. Für diese Entscheidung spricht insbesondere auch der Umstand, daß es oft überaus zweifelhaft ist und bis zur rechtskräftigen Entscheidung eines darüber ge-

führten Prozesses auch zweifelhaft bleibt, ob eine in einem Erbvertrag enthaltene Erbeinsetzung wirklich erbvertragsmäßig erfolgt ist, oder nicht vielleicht bloß als letztwillige Verfügung gelten kann. Vgl. Strohal II § 61 Anm. 11.

c) Kenntnis des Erben davon, ob ihm die ganze Erbschaft oder nur ein Bruchteil von ihr und im letzteren Falle, welcher Bruchteil angefallen ist, ist zum Beginne der Ausschlagungsfrist nicht erforderlich.

4. Ist der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist hinsichtlich der in Erl. 3a und b bezeichneten Umstände selbstverständlich nicht die Kenntnis des Erben sondern die des gesetzlichen Vertreters maßgebend (vgl. Rspr. 11 S. 225). Ist für den unbeschränkt geschäftsfähigen Erben ein Pfleger bestellt worden, der die dem Pflegebefohlenen angefallene Erbschaft für diesen mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausschlagen kann (vgl. besonders §§ 1910, 1911), so dürfte mit Strohal II S. 8 anzunehmen sein, daß der Erbe nicht mehr ausschlagen kann, wenn auch nur die mit der Kenntnis des Pflegers beginnende Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, daß dagegen die von der Kenntnis des Pflegers laufende Frist dem Erben noch zustatten kommt, wenn die Voraussetzungen für den Beginn dieser Frist eingetreten sind, noch bevor die Erbschaft wegen Beendigung der dem Erben selbständig laufenden Frist als angenommen gilt. Hat der Erbe einen gewillkürten Vertreter, dem Vollmacht zur Ausschlagung (vgl. Erl. 2 zu § 1945) selbst für den Fall erteilt ist, daß nur er (der Vertreter) die in § 1944 geforderte Kenntnis erlangt, so wird hierdurch die rechtliche Bedeutung der vom Erben selbst erlangten Kenntnis nicht ausgeschlossen. Nicht unzweifelhaft ist dagegen, ob der Erbe den Fristbeginn auch schon dann gegen sich gelten lassen muß, wenn nicht er selbst, sondern nur der zur Ausschlagung befugte gewillkürte Vertreter die maßgebliche Kenntnis erlangt hat. Die M. V S. 500 lassen die Frage offen; nach § 166 ist sie nicht zu entscheiden, weil es sich nicht um den Einfluß, den die Kenntnis eines Umstandes auf die Folgen einer Willenserklärung hat, sondern nur darum handelt, ob die in § 1944 Abs. 2 Satz 1 verlangte Kenntnis des Erben nicht unter Umständen durch die Kenntnis einer anderen Person ersetzt werden kann. Dies steht in den Fällen der gesetzlichen Vertretung außer Zweifel. Kann aber schon einmal der Wortlaut des Gesetzes nicht unbedingt festgehalten werden, und darf man sich bei der Auslegung des § 1944 Abs. 2 der freien sachlichen Beurteilung nicht entziehen, so wird doch wohl anzunehmen sein, daß der Erbe die Kenntnis des gewillkürten Vertreters gegen sich gelten lassen muß. Vgl. auch Strohal II § 61 Anm. 16a; a. A. Binder I S. 121, 122; Neumann in Anm. IV 2 zu § 1944; Bedenken auch bei Dernburg V § 148 Anm. 10.

5. Für den Fall, daß die Berufung des Erben auf Verfügung von Todes wegen beruht, ist im Abs. 2 Satz 2 vorgeschrieben, daß die Ausschlagungsfrist **keinenfalls vor der Verkündung** der Verfügung (§§ 2260ff., 2300) beginnt. Dagegen fordert das Gesetz nicht, daß der Erbe von der Verkündung des Testaments Kenntnis habe, oder daß sich die Kenntnis des Erben von der Berufung auf die Verkündung der Verfügung stütze (anders die bisherigen Auflagen dieses Werkes; vgl. aber Strohal II § 61 b. Anm. 12); doch ist es sehr wohl möglich, daß dem Erben die erforderliche bestimmte und überzeugende Kenntnis erst durch die Verkündung der Verfügung ermittelt wird (vgl. RG. in DJZ. 1902 S. 263). Die Ausschlagungsfrist kann vor der Verkündung der in Betracht kommenden Verfügung von Todes wegen selbst dann nicht beginnen, wenn deren Inhalt dem Erben schon vor der Verkündung bekannt war. Die Vorschrift gilt vermöge ihrer allgemeinen Fassung also auch für den überlebenden Ehegatten, der in einem gemeinschaftlichen Testament als Erbe des vorverstorbenen eingesetzt ist. Die Erwägung, auf Grund deren die preußische Praxis (s. Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. III § 218 Anm. 11) zu diesem Satze gelangt war, daß nämlich wegen der Möglichkeit des einseitigen Widerrufs der überlebende Ehegatte erst mit der Testamentsverkündung Gewißheit über das Fortbestehen der Verfügung erhalte, trifft freilich für das BGB. nur noch in beschränktem Maße zu. Denn einerseits ist im § 2271 für die korrespektiven Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments eine Form des Widerrufs vorgeschrieben, die den Widerruf dem anderen Teile schon vor dem Tode des Widerrufenden zur Kenntnis bringt, und andererseits führt bei einer nicht korrespektiven Erbeinsetzung die Möglichkeit des Widerrufs in einem eigenhändigen Testamente dahin, daß auch nach der Verkündung des gemeinschaftlichen Testaments keine volle Gewißheit über das Fortbestehen der in letzterem getroffenen Verfügungen besteht. Über den Fristbeginn, wenn keine Testamentseröffnung stattfindet, vgl. Lafrenz im Recht 1902 S. 553.

6. Eine besondere Vorschrift hinsichtlich des Beginns der Ausschlagungsfrist ist im § 2306 Abs. 1 Satz 2 für den Fall gegeben, daß ein Pflichtteilsberechtigter auf einen Erbteil, der

§. 1945. Die Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.

Ein Bevollmächtigter bedarf einer öffentlich beglaubigten Vollmacht. Die Vollmacht muß der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden.

---

die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigt, jedoch unter Beschränkungen oder Beschwerungen als Erbe eingesetzt ist. Für den Beginn der Frist besteht hier noch das weitere Erfordernis, daß der Erbe auch von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt haben muß. Besteht die Beschränkung darin, daß der Pflichtteilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt ist, so setzt der Beginn der Ausschlagungsfrist den Eintritt des Falles der Nacherbfolge voraus; vgl. Erl. 3a a. E. und die daselbst erwähnte RGE.

7. Für die **Berechnung der Frist** sind die Vorschriften des § 187 Abs. 1, des § 188 Abs. 2, 3 und des § 193 maßgebend. In betreff der in Abs. 2 Satz 3 vorgeschriebenen **entsprechenden Anwendung der §§ 203, 206** ist (vgl. übrigens auch Erl. 2 zu § 186, in Bd. I S. 326) folgendes zu bemerken:

a) Der Lauf der Frist ist *gehemmt*, solange der Erbe durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt an der Abgabe der Ausschlagungserklärung verhindert ist. Daß der Tod des Erben nicht (wie *Binder* I S. 83 ff. will) als höhere Gewalt aufgefaßt werden darf, ergibt sich aus dem Verhältnis des § 203 zu dem (für die Berechnung der Ausschlagungsfrist allerdings nicht maßgebenden) § 207.

b) Die entsprechende Anwendung des § 206 setzt voraus, daß der daselbst bezeichnete Fall eintritt, nachdem die Ausschlagungsfrist bereits *begonnen* hatte. Dies kann zunächst in der Weise geschehen, daß der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Erben wegfällt, ohne schon mit dem Zeitpunkt des Wegfalls durch einen anderen gesetzlichen Vertreter ersetzt zu werden (vgl. *Strohal* II § 61 Anm. 20 S. 11), oder so, daß der bisher geschäftsfähig gewesene Erbe nach dem Beginne der Ausschlagungsfrist nach Maßgabe von § 104 Z. 2 geschäftsunfähig wird, oder daß erst einige, wenn auch kurze Zeit vergeht, bis für einen weggefallenen gesetzlichen Vertreter ein neuer bestellt wird. In solchen Fällen wird die Ausschlagungsfrist nicht vor dem Ablaufe von sechs Wochen (bzw. in denjenigen Fällen, in welchen die Ausschlagungsfrist sechs Monate beträgt, nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten) nach dem Zeitpunkte beendet, in welchem der Erbe geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Die in § 1944 Abs. 2 Satz 1 bezeichneten Voraussetzungen des Fristbeginns (Kenntnis vom Erbfall und vom Grunde der Berufung) brauchen dagegen nach eingetretener unbeschränkter Geschäftsfähigkeit bzw. nach dem Aufhören des Mangels der Vertretung *nicht neuerdings erfüllt zu werden*. Die schon vorher begonnene Ausschlagungsfrist kann also ablaufen, obschon der später unbeschränkt geschäftsfähig gewordene Erbe bzw. der in Betracht kommende neue gesetzliche Vertreter des noch vertretungsbedürftigen Erben die in § 1944 Abs. 2 bezeichnete Kenntnis nicht erlangt hat. So auch die herrschende Meinung. Anders nur *Binder* I S. 79 ff.; vgl. dagegen *Strohal* II § 61 Anm. 20. Über den Fall, daß der Erbe vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist stirbt, vgl. Erl. zu § 1952 Abs. 1. Mit Rücksicht auf die daselbst getroffene Sonderbestimmung ist die entsprechende Anwendung des § 207 auf die Berechnung der Ausschlagungsfrist nicht angeordnet. Die *Eröffnung des Konkurses* über das Vermögen des Erben ist für den Beginn und den Lauf der Ausschlagungsfrist ohne Bedeutung (vgl. § 9 KO., dazu Vorbm. zu diesem Titel unter II Z. 3 und Erl. 6 zu § 1952).

8. Ist der Erbe kraft *verschiedener, nacheinander wirksam werdenden Berufungsgründe* berufen (also z. B. zunächst als Testamentserbe und dann als gesetzlicher Erbe oder als gesetzlicher Erbe mehrerer Ordnungen), so läuft ihm, sobald der zunächst wirkende Berufungsgrund in der Art bedeutungslos geworden ist, daß die Wirksamkeit des weiteren Berufungsgrundes hierdurch unberührt geblieben ist (vgl. § 1949 Abs. 2), mit Rücksicht auf den neuerlichen Anfall der Erbschaft nach Maßgabe des § 1944 eine neue Ausschlagungsfrist.

§ 1945.

G. I § 2032; II § 1822 rev. § 1923; III § 1921. P. I S. 10521 ff., 10617; M. V S. 502 f. P. II Bd. 5 S. 624, 626. D. S. 721.

1. **Form der Ausschlagung.** Während die Annahme der Erbschaft sich formlos vollzieht, ist für die *Ausschlagung* abweichend vom gemeinen und sächsischen, aber übereinstimmend mit

§. 1946. Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

---

dem preußischen und französischen Rechte eine feste Form vorgeschrieben. Die Ausschlagung kann nur durch eine ausdrückliche Erklärung erfolgen, die gegenüber dem Nachlaßgericht (vgl. aber doch Art. 147 EG.) in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist. Hinsichtlich des Zeitpunktes, in welchem die Erklärung wirksam wird, vgl. § 130, hinsichtlich der öffentlichen Beglaubigung § 129 und das FGG. § 167 Abs. 2, §§ 183, 191. Gibt der Ausschlagende die Erklärung vor der Nachlaßbehörde ab, so genügt die Protokollierung der Erklärung, auch wenn auf Grund des Vorbehalts im EG. Art. 147 die Verrichtungen des Nachlaßgerichts von einer nichtgerichtlichen Behörde wahrgenommen werden und daher § 129 Abs. 2 nicht zutrifft. Die telegraphische Übermittelung der Erklärung an das Nachlaßgericht genügt nicht. Die Kosten der Erklärung, insbesondere auch der Beglaubigung, fallen dem Erklärenden zur Last; er hat keinen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß. Wegen der Unwiderruflichkeit der Erklärung vgl. die Erl. 5 zu § 1943, wegen der Anfechtbarkeit die §§ 1954—1957. Eine an den Erben sich richtende Aufforderung des Nachlaßgerichts zur Erklärung hat nicht stattzufinden.

Die gegenüber einem örtlich unzuständigen Nachlaßgericht abgegebene Ausschlagungserklärung ist unwirksam. Aus der Vorschrift des FGG. § 7, nach der in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerichtliche Handlungen wegen örtlicher Unzuständigkeit des Gerichts nicht unwirksam sind, kann nicht gefolgert werden, daß auch die Wirksamkeit der gegenüber dem Gericht abgegebenen Erklärungen durch dessen örtliche Unzuständigkeit nicht berührt würde. Indessen wird das unzuständige Gericht, zumal wenn die Ausschlagungsfrist abzulaufen droht, ex nobili officio seinerseits die Erklärung dem zuständigen Nachlaßgericht übermitteln.

Eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form ist im BGB. an anderen Stellen vorgeschrieben: § 1342 Abs. 1, § 1491 Abs. 1, § 1597 Abs. 1, § 1955, § 2198 Abs. 1, § 2199 Abs. 3.

2. Im Abs. 2 wird die Erklärung der Ausschlagung **durch einen Bevollmächtigten** geregelt, die Willenssubstitution in Ansehung der Ausschlagung also auch abgesehen von der gesetzlichen Vertretung (s. die Vorbm. zum Titel Nr. II 4b) für zulässig erklärt. Die im gem. Rechte streitige Frage, ob eine Generalvollmacht genüge (Windscheid III § 596 Anm. 12, § 599 Anm. 8; Dernburg Pand. III § 161 Anm. 11) war im E. I verneinend entschieden, indem zu der Ausschlagungserklärung eine „besondere auf deren Abgabe gerichtete Vollmacht", also ein sog. mandatum ad hoc erfordert wurde. Dies ist im BGB., das überhaupt keine Vorschriften über General- und Spezialvollmachten enthält (s. die Erl. 6 zu § 167, Bd. I S. 296, 297), gestrichen. Ob eine Vollmacht im einzelnen Falle für ausreichend zu erachten ist, kann hiernach nur durch Erforschung des in ihr ausgesprochenen Willens des Vollmachtgebers entschieden werden. Ist der Bevollmächtigte zur Annahme und Ausschlagung von Erbschaften allgemein ermächtigt, so wird die Vollmacht, abgesehen von etwaigen Einschränkungen und Vorbehalten, stets genügen, es kann aber nach Lage des Falles auch eine allgemeiner lautende Vollmacht als ausreichend anzusehen sein. Vgl. übrigens auch Erl. 4 zu § 1944.

Wird der Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 nicht entsprochen, so ist die Ausschlagungsfrist versäumt und gilt die Erbschaft somit als angenommen. Über einen verwandten Fall vgl. Erl. 6 a. E. zu § 1943.

§ 1946.

E. I § 2033; II § 1823 rev. § 1924; III § 1922. P. I S. 10529 ff., 10617; M. V S. 503 f. P. II Bd. 5 S. 624 ff.

1. Zeitliche Zulässigkeit der Annahme und Ausschlagung. Der E. I § 2033 ließ, von zwei Ausnahmefällen abgesehen, die Erklärung des Erben über Annahme oder Ausschlagung erst nach dem Beginne der Ausschlagungsfrist zu, indem er, entsprechend dem gem. Rechte, davon ausging, daß die volle Klarheit des Erben über die Sachlage, insbesondere auch den Grund des Anfalls, notwendige Voraussetzung für seine Entscheidung sei. Die zweite Kommission hat dies geändert, weil in vielen Fällen die Verhinderung des Erben, sich sofort zu entscheiden, auf eine unnötige Bevormundung hinauslaufe. Voraussetzung für die Abgabe der Erklärung ist nach § 1946 nur, daß der **Erbfall** (§ 1922) **eingetreten ist.**

2. Einzelnes:

a) Die Rechtsgeschäfte der Annahme und der Ausschlagung der Erbschaft können gültig vorgenommen werden, obschon der Erbe die nach § 1944 Abs. 2 für den Beginn der

§. 1947. Die Annahme und die Ausschlagung können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen.

Ausschlagungsfrist erforderliche Kenntnis von dem Anfall der Erbschaft und von dem Grunde der Berufung noch nicht erlangt hat und abweichend vom preuß. ALR. I 12 § 242 selbst, wenn die Testamentsverkündung noch nicht stattgefunden hat. Hierüber besteht volle Übereinstimmung.

b) Nach § 1946 bildet eine gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Annahme oder Ausschlagung zwar der Eintritt des Erbfalls (§ 1922) nicht aber auch der bereits erfolgte Anfall der Erbschaft an den Erben (§ 1942).

α) Demgemäß kann zunächst derjenige, dessen Berufung zur Erbfolge davon abhängig ist, daß ein Vorberufener (infolge Ausschlagung, oder Erbunwürdigkeitserklärung) nicht Erbe wird (vgl. auch Erl. zu § 1922), oder daß sich der in einer anfechtbaren Verfügung von Todes wegen als Erbe Eingesetzte infolge wirksamer Anfechtung als Nichterbe herausstellt (§§ 2078 ff., 2285, 142 Abs. 1), schon sofort nach dem Erbfall annehmen oder ausschlagen. Anders Kipp bei W. III S. 439, weil derjenige, welchem die Erbschaft noch nicht angefallen ist, auch noch nicht „Erbe" sei. Allein diese Auffassung wird der Absicht des Gesetzes nicht gerecht. Hätte sie zum Ausdruck gebracht werden wollen, so würde sich von selbst die Fassung aufgedrängt haben: „Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald sie ihm angefallen ist". Im Gesetze lautet dagegen der zweite Halbsatz: „sobald der Erbfall eingetreten ist". Hieraus muß der Schluß gezogen werden, daß die Absicht über die von Kipp vertretene Auffassung erheblich hinausgeht. Zur Bestätigung dient § 1949 Abs. 2, wonach sich die Ausschlagung im Zweifel auch auf die dem Erben bekannten eventuellen Berufungsgründe erstreckt, und daß laut der P. II Bd. 5 S. 624 hinsichtlich der Frage der zeitlichen Zulässigkeit zwischen Ausschlagung und Annahme kein Unterschied gemacht werden wollte.

β) Hinsichtlich des Nacherben ist in § 2142 ausdrücklich ausgesprochen, daß er die Erbschaft ausschlagen kann, sobald der Erbfall eingetreten ist. Streitig ist aber hier, ob dasselbe auch für die Annahme gilt. Hierfür spricht der Wortlaut des § 1946 und (außer hier noch nicht auszuführenden sachlichen Gründen) die Entstehungsgeschichte des § 1946 (vgl. Strohal II § 61 a Anm. 1). Fraglich bleibt nur, ob nicht aus § 2142 gegen die Zulässigkeit einer vom Nacherben im voraus (d. h. vor dem Falle der Nacherbfolge) erklärten Annahme ein argumentum a contrario gewonnen werden kann. Über diese Frage vgl. Erl. zu § 2142. Nicht zutreffend wird das Verhältnis von § 1946 zu § 2142 bei Herzfelder Erl. zu § 1946 bestimmt. Denn es wird hier übersehen, daß die einer Erbeinsetzung beigefügte aufschiebende Bedingung oder Befristung niemals den Eintritt des Erbfalls sondern offenbar nur den Anfall der Erbschaft an den eingesetzten Erben (der in solchem Falle nach § 2105 als Nacherbe in Betracht kommt) hinausschieben kann.

§ 1947.

E. I § 2035; II § 1824 rev. § 1925; III § 1923. P. I E. 10529, 10532, 10540, 10617; M. V E. 505. P. II Bd. 5 E. 627.

E. J. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, 1904.

1. Darin, daß die Annahme und die Ausschlagung der Erbschaft den Rechtsgeschäften zugezählt werden, die **nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung** erfolgen können, folgt das BGB. den geltenden Rechten. Die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegebene Erklärung ist unwirksam. Auch eine stillschweigende Annahme (pro herede gestio) ist unwirksam, wenn aus dem Verhalten des Erben zu entnehmen sein sollte, daß er die Erbschaft nur unter einer bestimmten Bedingung zu behalten willens ist.

2. Die Annahme bzw. Ausschlagung für den Fall der Berufung aus einem bestimmten Grunde ist, wie dem Wesen der Sache entspricht und in der zweiten Kommission auf eine Frage festgestellt wurde, nicht als bedingte, sondern als **inhaltlich beschränkte Annahme oder Ausschlagung** aufzufassen, als unbedingte Erklärung für einen bedingten Fall. Trifft daher der angegebene Berufungsgrund zu, so gilt die Erklärung; trifft der Grund nicht zu, so gilt sie nicht, aber nicht, wie die Motive annehmen, wegen ihrer Bedingtheit, sondern wegen ihres Inhalts. Die Erklärung kann hiernach auch in der Weise abgegeben werden, daß sogleich die verschiedene Entschließung des Erben für den Fall des einen und für den Fall des anderen Berufungsgrundes ausgesprochen wird. Es handelt sich hier um subjektive Ungewißheit des Erklärenden, die nach dem zu § 1946 Bemerkten die Gültigkeit der Erklärung nicht ausschließt; den Fall des Irrtums über den Berufungsgrund behandelt § 1949.

§. 1948. Wer durch Verfügung von Todeswegen als Erbe berufen ist, kann, wenn er ohne die Verfügung als gesetzlicher Erbe berufen sein würde, die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen.

Wer durch Testament und durch Erbvertrag als Erbe berufen ist, kann die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrund annehmen und aus dem anderen ausschlagen.

---

3. Ausschlagung **zugunsten eines anderen.** Eine so geartete Ausschlagung kann je nach der Sachlage verschiedene Beurteilung finden:

α) Ergibt sich aus der Fassung der Ausschlagungserklärung, daß die Erwartung des Anfalls der Erbschaft an einen bestimmten anderen sich lediglich als Motiv der Ausschlagung darstellt, so wird die Beifügung als unerheblich und die Ausschlagung somit als wirksam zu behandeln sein. Vgl. auch Binder I S. 128, der jedoch darin zu weit geht, daß er diesen Fall als den Normalfall der Ausschlagung zugunsten eines anderen betrachtet wissen will. Der Auffassung Binders zuneigend auch Dernburg V § 146 Anm. 3.

β) Erfolgt die Ausschlagung schlechthin zugunsten des eventuell Berufenen, so ist damit nur die selbstverständliche Wirkung der Ausschlagung (§ 1953 Abs. 2) besonders ausgedrückt und die Beifügung somit bedeutungslos und unschädlich.

γ) Ist aus der Ausschlagungserklärung zu entnehmen, daß sie nur für den Fall gelten solle, daß sie einem bestimmten anderen wirklich zustatten komme, so ist die Ausschlagung weil unter einer Bedingung erfolgt nach § 1947 wirkungslos und zwar selbst dann, wenn die Erbschaft bei Wirksamkeit der Ausschlagung dem in der Ausschlagungserklärung Benannten wirklich anfallen würde. Denn auch in diesem Falle würde noch immer ungewiß bleiben, ob der Benannte auch endgültig Erbe wird. Auf solche Ungewißheit darf aber die Ausschlagung der Erbschaft durch den Parteiwillen nicht gestellt werden.

Die sich nicht an das Nachlaßgericht sondern an den Begünstigten richtende Erklärung des Erben, daß er der Erbschaft zu dessen Gunsten entsage, ist selbstverständlich keine Ausschlagung. Möglicherweise kann aber darin die Erklärung der Bereitwilligkeit zum Abschluß eines auf Veräußerung einer angefallenen Erbschaft gerichteten obligatorischen Vertrages oder eines auf Übertragung eines Erbteils gerichteten Abtretungsvertrages gelegen sein. Das Zustandekommen eines solchen Vertrages ist nach den §§ 2371, 2385 bzw. nach § 2033 zu beurteilen (vgl. übrigens auch § 128). Möglich ist übrigens auch der obligatorische Vertrag, durch welchen sich ein Erbe einem anderen gegenüber verpflichtet, die Erbschaft rechtzeitig und formgerecht auszuschlagen.

4. Die Vorschrift des § 1947 gilt in gleicher Weise für die Annahme und die Ausschlagung eines Vermächtnisses (§ 2180 Abs. 2) sowie für die Annahme und die Ablehnung des Amtes eines Testamentsvollstreckers (§ 2202 Abs. 2); vgl. im übrigen die Vorbm. zum Titel „Bedingung. Zeitbestimmung" Bd. I S. 273, 274.

§ 1948.

E. I § 2038 Abs. 1, 2; II § 1825 rev. § 1926; III § 1924. M. I S. 10545 ff., 11388 f., 11456; M. V S. 508 ff. P. II Bd. 5 S. 628 f.

1. Der § 1948 bezieht sich auf den Fall **mehrfacher Berufung auf den ganzen Nachlaß oder auf einen und denselben Erbteil,** den Fall der Berufung zu mehreren Erbteilen regelt § 1951. Der Gedanke des § 1948 ist, daß durch die Ausschlagung der Berufung aus dem einen Grunde die Berufung aus dem anderen Grunde an sich nicht berührt wird (vgl. aber doch auch § 1949 Abs. 2).

Folgende Gestaltungen verdienen hervorgehoben zu werden:

a) Jemand ist zunächst durch Verfügung von Todes wegen zur Erbfolge berufen, eventuell aber auch als gesetzlicher Erbe. Nach § 1948 Abs. 1 kann der Erbe hier aus jenem Berufungsgrunde ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen. Die Bestimmung weicht ab vom preuß. ALR. I 9 § 401, I 12 § 642, entspricht jedoch dem gem. Rechte. Erfolgt die Ausschlagung aus dem zunächst wirksamen Berufungsgrunde, ohne daß zugleich die Annahme aus dem eventuell wirksamen Berufungsgrunde erklärt wird, so läuft dem Erben eine neue Ausschlagungsfrist. Nimmt der Erbe auf Grund der gesetzlichen Berufung an, so bleiben aber Vermächtnisse und Auflagen, mit denen die Erbeinsetzung beschwert ist, nach §§ 2161, 2192 doch bestehen, so-

§. 1949. Die Annahme gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrthume war.

Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.

---

fern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. In betreff anderer in der Verfügung von Todes wegen enthaltenen Anordnungen (man denke z. B. an Teilungsanordnungen) ist § 2085 maßgebend.

b) Eine gegenständlich auf dasselbe gerichtete Berufung derselben Person zur testamentarischen und zur vertragsmäßigen Erbfolge läßt sich in verschiedener Weise denken:

α) Der in einem Testament als Alleinerbe ohne Beschränkungen und Beschwerungen eingesetzte A wird später in gleicher Weise als Vertragserbe eingesetzt. In diesem Falle wird die testamentarische Einsetzung des A durch die spätere erbvertragsmäßige Einsetzung mit Rücksicht darauf, daß die fortdauernde Wirksamkeit des Testaments den vertragsmäßig Bedachten nicht beeinträchtigt (§ 2289 Abs. 1 Satz 1) nicht aufgehoben. Denkt man sich aber, daß die testamentarische Einsetzung der vertragsmäßigen erst nachgefolgt ist, so würde wieder der Erbvertrag aus demselben Grunde der Wirksamkeit der testamentarischen Einsetzung nicht entgegenstehen (§ 2289 Abs. 1 Satz 2). Die Bedeutung des Abs. 2 von § 1948 für solche Fälle besteht darin, daß die auf die Berufung durch das Testament bzw. durch den Erbvertrag sich beschränkende Ausschlagung die Annahme aus dem anderen Berufungsgrunde nicht ausschließt.

β) Praktisch wichtiger wird die Vorschrift des Abs. 2 von § 1948 z. B. in folgendem Falle: Nachdem der Erblasser den A in Ansehung eines Drittels der Erbschaft unbelastet als Vertragserben eingesetzt hatte, setzt er ihn später testamentarisch als Alleinerben ein, jedoch mit der Beifügung, daß die Erbschaft nach dem Tode des A dessen Kindern als Nacherben zufallen soll. Schlägt A hier die Vertragserbfolge aus, so erweist sich die testamentarische Einsetzung (nach § 2289 Abs. 1 Satz 2) als vollwirksam, und kann daher auf Grund dieser angenommen werden. In unserem Falle würde sich A übrigens (dafern nicht anzunehmen ist, daß die testamentarische Anordnung nur für den Fall gewollt ist, daß der Erbe die Berufung zur vertragsmäßigen Erbfolge ausschlägt) auch auf den Standpunkt stellen können, daß das spätere Testament nur soweit wirksam sei, als es seine Stellung als Vertragserbe nicht beeinträchtige (§ 2289 Abs. 1 Satz 2), und daß er somit die Erbschaft zu einem Drittel als Vertragserbe und zu weiteren zwei Dritteln als mit der Nacherbfolge seiner Kinder belasteter Testamentserbe annehme.

c) Bei der gesetzlichen Erbfolge ist es möglich, daß jemand verschiedenen Erbfolgeordnungen angehört und daher nacheinander (§ 1930) in jeder derselben berufen wird. So ist z. B. das Kind eines Bruders der Mutter des Erblassers und einer Base des Vaters des Erblassers in der dritten und in der vierten Ordnung berufen (§§ 1926, 1928).

Auch hier muß es als zulässig angesehen werden, daß der Erbe seine Ausschlagung auf die Erbfolge in der dritten Ordnung beschränkt und dann, vorausgesetzt, daß es zu einer Erbfolge in der vierten Ordnung überhaupt kommt, für diese annimmt.

2. Da die Ausschlagung im BGB. formalisiert ist, so kann nicht wie im gem. Rechte in der Annahme aus dem zweiten Berufungsgrund eine gültige Ausschlagung aus dem ersten Berufungsgrund erblickt werden, sofern nicht etwa die Annahme dem Nachlaßgerichte gegenüber in der Form des § 1945 erklärt ist. Erhebliche Schwierigkeiten dürften sich daraus kaum ergeben. In dem Falle 1 b α ist es zwar möglich, daß der Erbe, weil er innerhalb der Ausschlagungsfrist weder die testamentarische noch die vertragsmäßige Erbfolge ausgeschlagen hat, nicht nur als Vertragserbe sondern auch als Testamentserbe in Betracht kommt. Dies ist aber wegen der vollständigen Übereinstimmung von Testament und Erbvertrag durchaus unbedenklich. Nimmt aber im Falle 1 b β der Erbe die Berufung durch Testament an, ohne die Berufung durch den Erbvertrag auszuschlagen, so gelangt man zu dem oben bei 1 b β a. E. herausgestellten Ergebnis.

§ 1949.

E. I § 2038 Abs. 3; II § 1826 rev. § 1927; III § 1925. P. I S. 10546 ff., 11388 ff.; M. V S. 509 f. P. II Bd. 5 S. 624 ff., 628 f.

1. Über die **Entstehung des § 1949** ist folgendes zu bemerken: Der E. I enthielt im § 2038 Abs. 3 Satz 2 eine dem jetzigen § 1949 Abs. 2 entsprechende Vorschrift, bei der die Be-

schränkung auf die dem Erben bekannten Berufungsgründe aus § 2033, § 2030 Abs. 2 zu folgern war. Diese für die Ausschlagung geltende Vorschrift ist von der zweiten Kommission auf die Annahme in der Weise übertragen worden, daß die Annahme als nicht erfolgt gilt, wenn sich der vom Erben vorausgesetzte Berufungsgrund mit dem wirklich vorhandenen nicht deckt.

2. Das Verhältnis des Annahmewillens zum Berufungsgrunde kann ein sehr verschiedenes sein:

a) Der Annehmende kann seine Annahme auf einen bestimmten Berufungsgrund beschränken.

b) Die Annahme kann schlechthin gewollt sein, ohne jede Rücksicht auf die Beschaffenheit des Berufungsgrundes.

c) Der Annehmende kann bei der ohne Beschränkung auf einen bestimmten Berufungsgrund erklärten oder betätigten Annahme doch von der Voraussetzung ausgehen, daß ein bestimmter Berufungsgrund vorliege.

Die Vorschrift des § 1949 Abs. 1 trifft von diesen drei Fällen nur den unter c. Die Erledigung des Falles a ergibt sich daraus, daß das Gesetz die Beschränkung der Annahme auf einen bestimmten Berufungsgrund zuläßt (vgl. Erl. 2 zu § 1947). Trifft der angegebene Berufungsgrund nicht zu, so ist die Annahme schon nach dem Inhalte der Erklärung unwirksam. Im Falle b kann der Irrtum über den Berufungsgrund überhaupt keine Rolle spielen. Für den Fall c trifft aber das Gesetz mit Rücksicht auf die wesentliche Bedeutung, die es dem Berufungsgrunde zuschreibt, und in Übereinstimmung mit dem röm. und gem. Rechte (Windscheid III § 597 Nr. 3) in § 1949 Abs. 1 die besondere Bestimmung, daß die Annahme als nicht erfolgt gilt, wenn der Erbe über den von ihm vorausgesetzten Berufungsgrund im Irrtum war. Die Vorschrift ist in zweifacher Beziehung bemerkenswert: sie behandelt den Irrtum über den bei der Annahme nicht zum Ausdruck gebrachten Berufungsgrund für entscheidend, obschon sich dieser für die theoretische Beurteilung nur als ein Irrtum im Beweggrund darzustellen scheint (vgl. M. V S. 504), und läßt die Annahme im Falle eines solchen Irrtums schon von Rechts wegen, also ohne daß es erst einer Anfechtung bedarf, als nicht erfolgt gelten. Man kann den Gedanken des Gesetzes vielleicht am besten dahin ausdrücken, daß die auf der irrtümlichen Voraussetzung eines nicht vorhandenen Berufungsgrundes, aber ohne Beifügung einer Beschränkung, erfolgte Annahme, soweit nicht ein anderes erhellt, so zu behandeln ist, wie wenn der Annehmende mit Beschränkung auf diesen Berufungsgrund angenommen hätte (vgl. oben Fall a). Hieraus ergibt sich dann von selbst die Entscheidung des Abs. 1. Die Annahme ist in dem getroffenen Falle unwirksam, gleichviel ob sie durch ausdrückliche Erklärung oder durch pro herede gestio erfolgt ist. Die Versäumung der Ausschlagungsfrist kommt nicht in Betracht, da letztere nicht beginnt, solange sich der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtume befindet. Die Beweislast für den Irrtum trifft denjenigen, welcher sich auf die Unwirksamkeit der Annahme beruft, in der Regel also den Erben. War der Irrtum für den Erben nicht kausal, so liegt der Fall b vor; doch ist nach der Absicht des Gesetzes Kausalität des Irrtums im Zweifel anzunehmen (etwas anders Strohal II § 61 c nach Anm. 6).

3. Schon in Erl. 2 zu § 1947 ist ausgeführt worden, daß der Ausschlagende seine Ausschlagung auf einen bestimmten Berufungsgrund beschränken kann, und daß die Ausschlagung in diesem Falle der Wirksamkeit entbehrt, wenn der bezeichnete Berufungsgrund in Wahrheit nicht zutrifft. Die Ausschlagung kann aber auch ohne Beifügung einer solchen Einschränkung erklärt sein. Die für die Beurteilung einer solchen Ausschlagungserklärung maßgebende Bestimmung enthält Abs. 2 des § 1949. Ihre Auslegung führt zu folgenden Ergebnissen:

a) Die Möglichkeit einer auf alle, auch auf die dem Erben unbekannten Berufungsgründe sich erstreckenden Ausschlagung ist nicht ausgeschlossen; doch soll eine solche Erstreckung im Zweifel nicht angenommen werden. Soweit die Auslegungsregel des Abs. 2 durchgreift, entfällt also die Erstreckung der Ausschlagung auf einen bestimmten Berufungsgrund schon durch die Erbringung des Beweises, daß dessen Vorhandensein dem Erben zur Zeit der Ausschlagung unbekannt gewesen ist.

b) Aber auch die Erstreckung der Ausschlagung auf alle dem Erben bekannten Berufungsgründe ist nur im Zweifel anzunehmen. Diese Annahme greift also nicht durch, wenn Umstände vorliegen, aus denen die Nichterstreckung der Ausschlagung auf einen dem Erben bekannten Berufungsgrund erschlossen werden kann. Ein wesentlicher Zweck der Vorschrift des

§. 1950. Die Annahme und die Ausschlagung können nicht auf einen Theil der Erbschaft beschränkt werden. Die Annahme oder Ausschlagung eines Theiles ist unwirksam.

Abs. 2 ist, dem Erben, für welchen nacheinander mehrere ihm bekannte Berufungsgründe wirksam werden, die wiederholte Ausschlagung zu ersparen. Man denke insbesondere an die Möglichkeit, daß der zunächst durch Testament zur Erbfolge Berufene im Falle der Ausschlagung dieser Berufung als gesetzlicher Erbe berufen sein würde. Ließe man hier die ohne Beschränkung auf den zunächst wirksamen Berufungsgrund erklärte Ausschlagung doch nur für diesen gelten, so würde dem Erben mit Rücksicht auf den nunmehr wirksam werdenden neuen Berufungsgrund eine neue Ausschlagungsfrist laufen, deren Versäumung für den Erben das unerwünschte Ergebnis der Annahme der Erbschaft zur Folge haben müßte. Ein anderer hierher gehörender Fall liegt vor, wenn jemand in verschiedenen Ordnungen der gesetzlichen Erbfolge nacheinander als Erbe in Betracht kommt. Die Vorschrift des § 1949 Abs. 2 findet hier nicht bloß entsprechende (so die früheren Auflagen dieses Werkes) sondern unmittelbare Anwendung. Denn unter den Berufungsgründen auf die sich die Ausschlagung nach Abs. 2 von § 1949 im Zweifel erstreckt, ist offenbar jeder zu verstehen, auf den die Ausschlagung durch besondere Beifügung beschränkt werden kann.

Einzelnes:

α) Die Bestimmung des § 1949 Abs. 2 greift auch durch, wenn die Berufung aus dem zweiten Grunde nur eine mittelbare Folge der Ausschlagung der Berufung aus dem ersten Grunde ist, wenn also z. B. die gesetzliche Erbfolge erst eintritt, nachdem auch der zum Ersatzerben Eingesetzte ausgeschlagen hat, oder wenn der Eingesetzte erst nach der Ausschlagung näherer gesetzlicher Erben berufen ist (vgl. M. V S. 508; anders Herzfelder S. 78).

β) Ist jemand zunächst, etwa durch Erbvertrag, als unmittelbarer Erbe und dann noch etwa durch ein späteres Testament (vgl. hierzu § 2289 Abs. 1 Satz 2) als Nacherbe berufen, so wird, selbst wenn beide Berufungsgründe dem Erben bekannt sind, im Zweifel nicht anzunehmen sein, daß sich eine vor dem Falle der Nacherbfolge erfolgende Ausschlagung auch auf die eventuelle Berufung zur Nacherbfolge erstreckt (vgl. auch M. V S. 509).

§ 1950.

E. I § 2036; II § 1827 rev. § 1928; III § 1926. P. I S. 10529 ff., 10540 f., 12268 f.; M. V S. 506. P. II Bd. 5 S. 627.

1. Daß die Annahme und die Ausschlagung **nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt** werden kann, entspricht im wesentlichen dem bisher geltenden Rechte, wenngleich dieses die Folgen einer solchen beschränkten Erklärung verschiedenartig gestaltet. Das BGB. läßt gleich dem preuß. ALR. (I 9 §§ 395, 396) Unwirksamkeit der Erklärung eintreten; sie gilt als nicht geschehen, ist also unbedingt nichtig (vgl. die Vorbm. zum Abschnitt „Rechtsgeschäfte" Ziff. VII a. E. Bd. I S. 182.) Unwirksam ist die Erklärung sowohl dann, wenn sie auf einzelne Stücke oder Bestandteile der Erbschaft, als auch dann, wenn sie auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt ist.

2. Ist der Erbe nur zu einem Teile der Erbschaft berufen, so kann seine Erklärung zunächst nur für diesen gelten. Der § 1950 hat hier die Bedeutung, daß der Erbe nicht innerhalb dieses Erbteils wieder eine Teilung vornehmen darf (vgl. § 1922 Abs. 2 und den dem § 1950 entsprechenden § 2036 des E. I). Die Frage, ob der Erbe von mehreren ihm angefallenen Erbteilen den einen annehmen und den anderen ausschlagen kann, wird im § 1951 geregelt. Wegen der Ausschlagung eines Teiles der Erbschaft durch einen Erbeserben s. § 1952 Abs. 3. Erklärt der Erbe die Annahme oder Ausschlagung hinsichtlich eines genau bestimmten Bruchteils der Erbschaft, zu dem er in der bezeichneten Weise nicht berufen ist, so ist die Annahme oder Ausschlagung, soweit nicht durch freie Auslegung geholfen werden kann, wegen Nichtübereinstimmung der Erklärung mit der Berufung unwirksam.

3. Der Erblasser kann eine dem § 1950 zuwiderlaufende Bestimmung nicht treffen. Sollte sich jedoch eine derartige Anordnung im Testamente finden, so wird, wie die Motive hervorheben, zu prüfen sein, ob nicht darin eine Einsetzung auf verschiedene Erbteile zu finden ist (vgl. § 1951 Abs. 2).

In betreff der entsprechenden Anwendung des § 1950 auf Vermächtnisse vgl. § 2180 Abs. 3.

§. 1951. Wer zu mehreren Erbtheilen berufen ist, kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, den einen Erbtheil annehmen und den anderen ausschlagen.

Beruht die Berufung auf demselben Grunde, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbtheils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt. Die Berufung beruht auf demselben Grunde auch dann, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmäßig in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist.

Setzt der Erblasser einen Erben auf mehrere Erbtheile ein, so kann er ihm durch Verfügung von Todeswegen gestatten, den einen Erbtheil anzunehmen und den anderen auszuschlagen.

---

§ 1951.

G. I § 2037; II § 1828 rev. § 1929; III § 1927. P. I S. 9116 ff., 10529 ff., 10540 ff., 11388; M. V S. 506 ff. P. II Bd. 5 S. 627 f.

Knitschky, Erbschaft und Erbteil im Arch. f. civ. Pr. Bd. 91 S. 280; Binder I S. 110 ff.

1. **Eine Berufung zu mehreren Erbteilen** im Sinne des § 1951 kann eintreten:

a) Bei der gesetzlichen Erbfolge nach § 1927 (Mehrheit von Erbteilen infolge mehrfacher Verwandtschaft) und § 1934 (der Ehegatte des Erblassers ist nicht nur als solcher sondern zugleich auch als dessen Verwandter berufen).

b) Bei der gewillkürten Erbfolge infolge der Zuwendung verschiedener Erbteile an denselben Erben in einer oder in verschiedenen nebeneinander wirksamen Verfügungen von Todes wegen. Hierher gehört insbesondere auch der Fall, daß jemand zu einem Erbteil unmittelbar, in Ansehung eines anderen Erbteils dagegen als Ersatzerbe eingesetzt ist. Hinsichtlich der Fälle des § 1935 und der §§ 2094, 2095 vgl. die Ausführung am Schlusse dieses Absatzes.

c) Im Falle des Nebeneinanderbestehens von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge (§ 2088 Abs. 2), wenn der gewillkürte Erbe zugleich als gesetzlicher Erbe in Betracht kommt.

Durch § 1951 **nicht** betroffen sind dagegen die Fälle des § 1935 (Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch Wegfall eines Miterben) und der Erweiterung eines testamentarischen oder erbvertragsmäßigen Erbteils durch Anwachsung nach den §§ 2094, 2095. Denn in diesen Fällen gilt die Erhöhung, die Erweiterung durch Anwachsung **nur** hinsichtlich der Vermächtnisse und Auflagen und hinsichtlich der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil, **nicht dagegen nach allen anderen Richtungen.** Vgl. auch Erl. zu § 1935 und § 2095. Hieraus ergibt sich, daß sich die Annahme oder Ausschlagung des ursprünglichen Erbteils mit Notwendigkeit auch auf die Erhöhung nach § 1935 und auf die Erweiterung durch Anwachsung erstreckt.

2. Hinsichtlich der in Erl. 1a bis c bezeichneten Fälle trifft das Gesetz die Entscheidung, daß der Erbe den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen kann, wenn die Berufung auf **verschiedenen Gründen** beruht. Beruht die Berufung dagegen auf **demselben Grunde**, so soll die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils grundsätzlich (vgl. aber doch Abs. 3 von § 1951) auch für den anderen gelten, selbst wenn der andere erst später anfällt (man denke an den Fall der Ersatzberufung eines Miterben). Diese Unterscheidung — deren sachliche Angemessenheit hier nicht zu prüfen ist (Bedenken bei Strohal II § 61b bei Anm. 2) — erfordert eine genauere Untersuchung darüber, wann die Berufung des Erben zu mehreren Erbteilen im Sinne des Gesetzes auf demselben Grunde und wann sie auf verschiedenen Gründen beruht. Vgl. darüber Erl. 3.

3. Der Unterschied zwischen einem der Berufung zu mehreren Erbteilen zugrunde liegenden einheitlichen Berufungsgrunde und dem Vorhandensein einer Mehrheit von Berufungsgründen kann nicht darauf beruhen, daß im ersten Falle nur ein Berufungstatbestand, im zweiten Falle dagegen eine Mehrheit von Berufungstatbeständen vorliege (so wie es scheint Herzfelder S. 81). Denn eine Mehrheit von Erbteilen setzt immer so viele Berufungstatbestände voraus, als besondere Erbteile unterschieden werden (vgl. auch Landsberg II S. 1062). Ist jemand z. B. in Ansehung des einen Erbteils unmittelbar und in Ansehung des anderen Erbteils als Ersatzerbe berufen, so beruht jede dieser Berufungen auf einem besonderen Tatbestande. Ebenso verhält es sich, wenn jemand in dem Testamente Nr. 1 in Ansehung eines Drittels und im

Testamente Nr. 2 in Ansehung eines weiteren Drittels der Erbschaft zur Erbfolge berufen ist. Aus der positiven Entscheidung des § 1951 ergibt sich zugleich, daß eine Mehrheit von Berufungstatbeständen die Annahme einer Einheit des Berufungsgrundes nicht ausschließt. Denn nach Abs. 2 Satz 2 beruht die Berufung zu verschiedenen Erbteilen immer auf demselben Grunde:

a) wenn sie in demselben Testamente oder auch in verschiedenen Testamenten des Erblassers oder

b) in einem Erbvertrag oder in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist.

Hieraus ist negativ zu erschließen, daß die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht:

a) wenn hinsichtlich des einen Erbteils eine Berufung durch Verfügung von Todes wegen, hinsichtlich des anderen dagegen Berufung durch Gesetz vorliegt;

b) wenn die Berufung hinsichtlich des einen Erbteils testamentarisch, hinsichtlich des andern erbvertragsmäßig erfolgt;

c) wenn die Berufung zu den verschiedenen Erbteilen in verschiedenen nicht zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist.

Nicht ausdrücklich entschieden ist die Frage, ob die Berufung des Erben zu verschiedenen Erbteilen bei der gesetzlichen Erbfolge kraft mehrfacher Verwandtschaft oder kraft Ehe und Verwandtschaft als auf demselben Grunde oder als auf verschiedenen Gründen beruhend anzusehen ist. Die M. V berühren die Frage an zwei Stellen: Sie sprechen sich S. 362 indirekt für die Verschiedenheit der Berufungsgründe aus, auf S. 510 dagegen direkt und unzweideutig für die Einheit des Berufungsgrundes. Zugleich ergibt sich, daß die zuerst bezeichnete Ausführung auf einer offenbaren Verwechslung der Frage, ob besondere Erbteile vorliegen, mit der wesentlich verschiedenen Frage, ob hinsichtlich mehrerer besonderer Erbteile Einheit des Berufungsgrundes vorliegt, und somit auf einem Versehen beruht. Sachlich kommt folgendes in Betracht: Wenn das Gesetz die Berufung desselben Erben zu verschiedenen Erbteilen in mehreren Testamenten oder in mehreren zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen ungeachtet der Verschiedenheit der Berufungstatbestände als auf demselben Grunde beruhend betrachtet, so ist dafür offenbar die Erwägung maßgebend, daß die vom Erblasser in dieser Weise angeordneten mehreren Berufungen durch den Willen des Erblassers zueinander in Beziehung gesetzt sind und zu einem Gesamtwillen zusammengeschlossen werden. Man wird sich daher auch der Schlußfolgerung nicht entziehen können, daß, wenn ein Erbe bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zu mehreren Erbteilen berufen ist, auch diese Berufungen auf einem geschlossenen Gesamtwillen (hier des Gesetzes) und somit auch auf einem einheitlichen Berufungsgrunde beruhen. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich den Fall vergegenwärtigt, daß der Erblasser ganz allgemein seine gesetzlichen Erben als Erben einsetzt (§ 2066), und daß sich unter den gesetzlichen Erben einer befindet, auf den nach den maßgebenden Vorschriften mehrere Erbteile entfallen. Hier ist die Berufung dieses Erben zu den mehreren Erbteilen nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1951 Abs. 2 als auf demselben Grunde beruhend anzusehen. Es kann sich daher auch nicht anders verhalten, wenn der gesetzliche Erbe nicht erst mit Rücksicht auf § 2066, sondern unmittelbar kraft Gesetzes zur Erbfolge gelangt. Zu demselben Ergebnis gelangen: Strohal II § 61b Anm. 8; Knitschky S. 306; Wilke Erl. zu § 1951; Leske S. 1047; im wesentlichen auch Landsberg § 270; a. A. Kipp bei W. III S. 441; Herzfelder Erl. 3 zu § 1951; Binder I S. 113; Dernburg V § 147.

4. Eine Modifikation von Abs. 2 Satz 1 enthält Abs. 3. Danach kann der Erblasser dem von ihm aus demselben Berufungsgrunde zu mehreren Erbteilen berufenen Erben durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen, den anderen auszuschlagen. Die Gestattung braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, sie kann sich auch aus den Umständen ergeben. Die erwähnte Gestattung wird vom Erblasser übrigens auch erteilt werden können, wenn der Erbe zu mehreren Erbteilen kraft Gesetzes berufen ist. Die Sachlage ist dann so zu beurteilen, wie wenn der Erblasser den Erben testamentarisch berufen hätte.

5. Soweit die Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 überhaupt zur Anwendung kommt, greift sie auch durch, wenn der Erbe seine Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils zu einer Zeit trifft, zu der er von dem bereits erfolgten oder bevorstehenden Anfall des anderen Erbteils keine Kenntnis hat. Gibt aber der Erbe beim Nachlaßgericht der Vorschrift des Gesetzes zuwider eine Erklärung des Inhalts ab, daß er den einen Erbteil ausschlage, den anderen annehme, so muß sie als unwirksam behandelt werden.

§. 1952. Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich.

Stirbt der Erbe vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist.

Von mehreren Erben des Erben kann jeder den seinem Erbtheil entsprechenden Theil ausschlagen.

---

6. Ist der Erbe auf Grund verschiedener Berufungsgründe zu mehreren Erbteilen berufen und erklärt er die Ausschlagung, ohne sie auf einen Erbteil zu beschränken, so ist § 1949 Abs. 2 zur entsprechenden Anwendung zu bringen.

§ 1952.

E. I § 2028 Abs. 2, 3, § 2031; II § 1829 rev. § 1930; III § 1928. P. I S. 10485 ff. 10515 f., 12268; M. V S. 492 ff., 502. P. II Bd. 5 S. 618, 623.

Binder I S. 83 ff., 133, 138; Hachenburg, Vorträge S. 656; Knitschky, Erbschaft und Erbteil im Arch. f. civ. Prax. Bd. 91 S. 291.

1. **Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes.** Der Grundsatz des Erbschaftserwerbes kraft Gesetzes hat (wie es auch bei der röm. transmissio ex capite suitatis der Fall war) zur Folge, daß der Erbe die Erbschaft weiter vererbt, auch bevor er sie durch Annahme oder durch Ablauf der Ausschlagungsfrist endgültig erworben hat. Mit der Erbschaft geht aber auch das Ausschlagungsrecht auf den Erbeserben über, da dieses keine höchstpersönliche Befugnis des Erben, sondern nur eine Modifikation des Erbschaftserwerbes ist. Der Erbeserbe kann sich erklären, sobald der zweite Erbfall eingetreten, er also Erbe des ersten Erben geworden ist (vgl. § 1946), auch wenn er sich über die Annahme der ihm angefallenen Erbschaft noch nicht erklärt hat. Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner Erklärung ist jedoch, daß er die ihm angefallene Erbschaft endgültig erwirbt, da ihm anderenfalls vermöge der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung die Legitimation zur Abgabe der Erklärung mangelt. In der Regel wird freilich in einer vorbehaltlosen Erklärung des Erben über die Annahme oder Ausschlagung der zum Nachlasse gehörenden Erbschaft eine stillschweigende Annahme der dem Erben selbst angefallenen zu erblicken sein.

Abs. 1 von § 1952 setzt voraus, daß der Erbe erst nach dem an ihn erfolgten Anfall der Erbschaft gestorben ist. Das BGB. kennt aber auch Fälle, in denen der Erbe zwar den Erbfall, nicht aber auch den Anfall der Erbschaft erlebt hat, und in denen die Anwartschaft auf den erst noch bevorstehenden Anfall der Erbschaft auf den Erbeserben übergeht. So verhält es sich zunächst überall dort, wo die Berufung des Erben vorerst noch davon abhängig ist, daß ein Vorberufener ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird (vgl. §§ 1953, 2344), dann aber auch in dem durch § 2108 getroffenen Falle der Nacherbfolge, wo die Anwartschaft auf den Eintritt der bevorstehenden Nacherbfolge auf den Erben des Erben übergeht.

2. Bezüglich des **Zeitpunktes, bis zu welchem der Erbeserbe** die seinem Erblasser angefallene Erbschaft **ausschlagen kann,** bestimmt der Abs. 2 im Anschluß an das preuß. ALR. (I 9 § 397), daß die Ausschlagungsfrist nicht **vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist** endigt. Der Erbeserbe, der mit den Verhältnissen des Nachlasses des ersten Erblassers in der Regel noch weniger vertraut sein wird, als mit denen der ihm selbst angefallenen Erbschaft, soll zur Entscheidung über die Annahme jener Erbschaft nicht eher gedrängt werden, als er sich über die Annahme der ihm angefallenen entscheiden muß (vgl. die entsprechende Vorschrift für die Inventarfrist im § 1998). Dies gilt auch dann, wenn die Frist, die dem Erbeserben in Ansehung der Erbschaft seines unmittelbaren Erblassers läuft, auf Grund des § 1944 Abs. 3 sechs Monate beträgt, während dem ersten Erben nur die gewöhnliche Frist von sechs Wochen zustatten gekommen wäre. Auf der anderen Seite kann es infolge der verschiedenen gesetzlichen Dauer der Ausschlagungsfrist dahin kommen, daß sich der Erbeserbe über die Annahme der ihm selbst angefallenen Erbschaft früher erklären muß als über die Annahme der seinem Erblasser angefallenen. Von diesem Falle abgesehen, gelten, wenn der Erbeserbe sich nicht erklärt, mit dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben maßgebenden Ausschlagungsfrist beide Erbschaften als angenommen.

Die Vorschrift des Abs. 2 geht zunächst davon aus, daß die Ausschlagungsfrist für den ersten Erben **bereits begonnen hat,** daß also die Voraussetzungen des § 1944 Abs. 2 noch bei dessen Lebzeiten eingetreten sind. Ist dies der Fall, so kommt es nicht darauf an, ob und

wann der Erbeserbe von dem Erbanfall an seinen Erblasser Kenntnis erlangt hat; er erwirbt mit dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist die Erbschaft endgültig auch ohne sein Wissen, denn die Vorschrift des Abs. 2 führt nur (unter Umständen) zu einer Verlängerung, nicht aber zu einer Unterbrechung und auch nicht zu einer Hemmung bis zu dem Zeitpunkte, in welchem der Erbeserbe davon Kenntnis erlangt „daß in der ihm angefallenen Erbschaft eine mit dem Rechte der Ausschlagung transmittierte Erbschaft enthalten ist". Diese letztere Auffassung vertritt Binder mit der Begründung, daß der Tod des Erben vor Ablauf der Ausschlagungsfrist als ein Fall der höheren Gewalt im Sinne des § 203 behandelt werden müsse. Binders Lehre scheitert jedoch schon daran, daß, wie bereits in Erl. zu § 1944 nachgewiesen wurde, der Tod des Berechtigten während des Laufes der Frist höhere Gewalt im Sinne des § 203 gewiß nicht ist. Recht unbestimmt Herzfelder S. 82, der meint, es müsse der Erbeserbe „überhaupt irgend einmal" vor dem Ende der Frist Kenntnis von dem Anfalle der seinem Erblasser angefallenen und seiner Ausschlagung noch offen stehenden Erbschaft erlangt haben. Auf diesem Wege ist ein brauchbares Ergebnis offenbar nicht zu gewinnen. Die dem Gesetz entsprechende Abhilfe ergibt sich für Fälle solcher Art aus § 1956 (vgl. Erl. hierzu). Anders liegt die Sache, wenn der erste Erbe gestorben ist, ohne von seiner Berufung und von dem Berufungsgrunde Kenntnis erlangt zu haben, oder wenn die Testamentsverkündung erst nach seinem Tode erfolgt ist. Hier beginnt die Frist überhaupt erst für den Erbeserben. Es ist daher der Zeitpunkt seiner Kenntniserlangung maßgebend und es ist auch die Voraussetzung für die längere Dauer der Frist nach § 1944 Abs. 3 (Aufenthalt des Erben im Ausland) aus seiner Person zu entnehmen. Die Beendigung der Ausschlagungsfrist kann aber auch in diesem Falle nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist eintreten. Vgl. Strohal § 61 Anm. 21a.

3. Nimmt der Erbeserbe die Erbschaft an, so ist damit auch die Tatsache, daß die Erbschaft zunächst Vermögen des Erben geworden, endgültig festgestellt. Dies ist namentlich insofern von Bedeutung, als danach die persönlichen Gläubiger des Erben auch jenem Vermögen gegenüber die Rechtsstellung von Nachlaßgläubigern haben, die freilich denjenigen Gläubigern nachstehen, welche schon dem Erben gegenüber Nachlaßgläubiger waren. Die Rechtslage ist vermöge des ipso iure Erwerbes eine andere als bei der römischen Transmission des Rechtes aus der Delation, wobei der zunächst Berufene gänzlich ausschied und sein Erbe anstatt seiner unmittelbar Erbe des Erblassers wurde. Schlägt dagegen der Erbeserbe aus, so hat dies die gleiche Wirkung, als hätte schon der Erbe ausgeschlagen, d. h. die Erbschaft fällt nach § 1953 an denjenigen, der berufen gewesen wäre, wenn beim Tode des Erblassers der Erbe nicht gelebt hätte. Dabei kann es sogar vorkommen, daß diese Erbschaft dem Erbeserben kraft einer für ihn selbst wirksamen Berufung anfällt und von ihm auf Grund dieses Anfalls angenommen wird (vgl. Köhne u. Feist S. 231).

4. Wenn der Erbe seinerseits mehrere Erben hinterläßt, soll nach Abs. 3 **jeder dieser Erbeserben** befugt sein, **den seinem Erbteil entsprechenden Teil** der Erbschaft **auszuschlagen.** Die Vorschrift enthält eine Besonderheit gegenüber dem § 1950 und wohl auch gegenüber den Grundsätzen der Erbengemeinschaft, wenngleich sie mit dem § 2040 Abs. 1 nicht im Widerspruche steht, da die zum Nachlasse gehörende Erbschaft nicht als Nachlaßgegenstand und die Ausschlagung nicht als Verfügung aufzufassen ist (vgl. die Erl. 5, 6). Das selbständige Ausschlagungsrecht jedes Erbeserben wird in den M. (V S. 493) mit Rücksichten der Billigkeit und des Verkehrsbedürfnisses begründet, es kann jedoch zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Zweifelhaft ist insbesondere, wem der von einem der Erbeserben ausgeschlagene Anteil an der dem Erben angefallenen Erbschaft zukommt. Strohal II § § 61a nach Anm. 2 legt folgenden (hier jedoch in einem Punkte ergänzten) Beispielsfall vor: Beim Tode des X tritt gesetzliche Erbfolge ein. Als nächster Erbe des Verstorbenen kommt dessen Sohn Y in Betracht, als Zweitnächster (also nur eventuell) des Erblassers Bruder Z. Noch bevor er eine Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft des X getroffen hat, stirbt Y. Er wird von seinen für ehelich erklärten (vgl. dazu § 1737) Kindern A u. B beerbt. Diese nehmen die ihnen von der Erbschaft des Y zukommenden Erbteile an. B schlägt jedoch den auf ihn entfallenden Erbteil an der Erbschaft des X aus. Wem fällt die hierdurch freigewordene Hälfte der Erbschaft des letzteren an?

Die Ansichten gehen auseinander. Die einen (vgl. Hachenburg, Binder und auch die bisherigen Auflagen dieses Werkes) entscheiden für den Z, weil die Sachlage so zu beurteilen sei, wie wenn Y den von B ausgeschlagenen Erbteil wirksam selbst ausgeschlagen hätte, und unter dieser Voraussetzung § 1953 Abs. 1 und 2 zur Anwendung zu bringen sei. Die jetzt überwiegende

Meinung entscheidet zugunsten des A (der lediglich als Erbe des Y in Betracht kommt, da er wegen § 1737 ein selbständiges gesetzliches Erbrecht gegenüber dem X keinesfalls hat). Gegen die erste und somit für die zweite Entscheidung sprechen folgende Gründe:

a) Die erste Entscheidung führt in unserem Falle zu dem Ergebnisse, daß als gesetzlicher Erbe des X, der Vorschrift des § 1930 zuwider, neben dessen Sohne Y (Verwandter erster Ordnung) des Erblassers Bruder Z (Verwandter zweiter Ordnung) in Betracht kommt. Dies wird durch die zweite Auffassung vermieden.

b) Dadurch, daß die erste Auffassung den Fall so behandelt wissen will, wie wenn Y einen Bruchteil der ihm angefallenen Erbschaft des X selbst ausgeschlagen hätte, legt sie einen Sachverhalt zugrunde, der nach der ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzes (§ 1950) niemals eintreten kann. Die zweite Auffassung gelangt dagegen durch entsprechende Anwendung des § 1953 Abs. 2 zu der schon durch das Wesen der Sache nahegelegten Lösung, daß es im bezeichneten Falle hinsichtlich der vom X hinterlassenen, zunächst auf den Y und von diesem wieder auf dessen Erben übergegangenen Erbschaft, nachdem B seinen Anteil am Nachlaß des X ausgeschlagen hat, so gehalten werden soll, wie wenn B als Miterbe des A niemals vorhanden gewesen wäre.

c) Die erste Auffassung führt im vorgelegten Falle zu dem auffallenden und sachlich gewiß nicht entsprechenden Ergebnisse, daß A hinsichtlich des Nachlasses des X ungünstiger gestellt ist, wenn B seinen Anteil an dem Nachlaß des Y annimmt, den Anteil an dem Nachlaß des X dagegen ausschlägt, als er stehen würde, wenn B seinen Anteil am Nachlaß des Y ausschlägt und dann natürlich auch keinen Anteil am Nachlaß des X haben kann. Denn in diesem Falle würde A die ganze Erbschaft des Y und mit ihr zugleich die ganze Erbschaft des X erhalten.

Für die hier vertretene Meinung sprechen sich auch aus: Strohal II § 61d bei Anm. 5; Knitschky, Oertmann im Arch. f. Bürg. R. Bd. 14 S. 366; Herzfelder Erl. 4 zu § 1952; Leske S. 1045 Anm. 5; Dernburg V § 50 bei Anm. 6.

5. Hat der vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist verstorbene Erbe Vorerben und Nacherben berufen, so entsteht die Frage, ob der Vorerbe die seinem Erblasser angefallene Erbschaft ohne die Zustimmung des Nacherben (§ 2142) mit Wirkung gegen diesen ausschlagen kann. Der § 2112, der dem Vorerben grundsätzlich die Verfügung über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände einräumt, trifft über die Frage keine unmittelbare Entscheidung. Aus dem Gedanken jedoch, der dem Verfügungsrechte des Vorerben zugrunde liegt, und andererseits aus der Auffassung der Ausschlagung, auf welcher die Vorschrift des § 1406 Nr. 1 und die des sogleich zu erörternden § 9 der KO. beruhen, scheint man zur grundsätzlichen Bejahung der Frage gelangen zu müssen, wofür auch praktische Rücksichten sprechen (vgl. M. IV S. 243, V S. 494, P. II Bd. 5 S. 618). In der Erl. zu § 2112 wird auf die Frage zurückzukommen sein.

6. Wenngleich das Ausschlagungsrecht vererblich ist, so wird doch der persönliche Charakter des Erbschaftserwerbes insoweit gewahrt, daß **im Konkurse des Erben** die Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Verfahrens angefallenen Erbschaft nicht nach KO. § 6 dem Konkursverwalter, sondern nach der besonderen Vorschrift des § 9 **nur dem Gemeinschuldner** zusteht. Eine notwendige Folge dieses Satzes ist, daß die vor der Konkurseröffnung erfolgte Ausschlagung der **Anfechtung durch den Konkursverwalter entzogen ist** und daß auch **außerhalb des Konkurses** eine **Anfechtung der Ausschlagung** wegen Benachteiligung der Gläubiger **nicht stattfindet** (vgl. auch Rspr. 4 S. 175 und RG. Bd. 54 S. 289). Zu demselben Ergebnisse würden allerdings wohl schon die Vorschriften des Anfechtungsrechts in Verbindung mit BGB. § 517 führen. Gegenüber dem bisherigen Rechte schafft der § 9 der KO. nicht nur insoweit eine Neuerung, als jenes dem Systeme des Erbschaftserwerbes von Rechts wegen folgt, sondern er weicht im Ergebnis auch von denjenigen Rechten ab, welche den Antritt der Erbschaft fordern. Denn die Erbschaft fällt, wenn der Gemeinschuldner sie annimmt, abweichend von jenen Rechten (KO. § 1) in die Konkursmasse. Die Vorschrift hat ihren Grund in der auch bei § 517, § 1406 Nr. 1, § 1453 Abs. 1 Satz 1 des BGB. und bei § 778 der CPO. hervortretenden Auffassung, daß die Erbschaft materiell erst mit der Annahme Bestandteil des Vermögens des Erben wird, so daß die Ausschlagung sich nicht als Aufgabe eines bereits erworbenen, sondern als Nichtannahme eines angetragenen Rechtes darstellt (vgl. die Vorbm. zum Titel unter II Nr. 3 a. E.). Daneben ist auch die Absicht bestimmend gewesen, ungesunder Kreditgewährung entgegenzutreten. Der § 9 der KO. bringt denselben Grundsatz auch für die Ausschlagung eines Vermächtnisses (§§ 2176, 2180) und die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1484) zur Geltung. — Zu vgl. M. II S. 290, 291, IV S. 243, V S. 685, 686, P. II Bd. 5 S. 632—634; D. z. KO. S. 10—12; Seuffert in der Zeitschrift f. d. Civil-

§. 1953. Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt.

Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt.

Das Nachlaßgericht soll die Ausschlagung demjenigen mittheilen, welchem die Erbschaft in Folge der Ausschlagung angefallen ist. Es hat die Einsicht der Erklärung Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

---

prozeß Bd. 22 S. 480—482; Jaeger, Komm. z. KO. Erl. zu § 9 und Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses (1905) S. 77, 179. Unbegründete Bedenken gegen die vorerwähnte RGE. bringt Stampe in DJZ. 1905 S. 421 vor.

§ 1953.

E. I §§ 1972, 2042; II § 1830 rev. § 1931; III § 1929. P. I S. 10071 f., 10076 f., 10081 ff., 10461 ff., 10479 ff., 10522, 10526, 10560 ff., 12269; M. V S. 375 ff., 513 f. P. II Bd. 5 S. 483, 630; Bd. 6 S. 338 ff.

1. Die Ausschlagung hat **rückwirkende Kraft** sowohl in Ansehung des Ausschlagenden (Abs. 1) als auch bezüglich des weiteren Anfalls der Erbschaft (Abs. 2). Der Anfall an den Ausschlagenden gilt als nicht erfolgt. Dies hat namentlich zur Folge, daß alle diejenigen Rechtsverhältnisse als ununterbrochen fortbestehend gelten, welche infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung an sich erloschen sind (vgl. § 1976, § 1991 Abs. 2, §§ 2143, 2175, 2377). Auch der Besitz der Nachlaßgegenstände, den der Erbe gemäß § 857 mit dem Erbfall erlangt hat, gilt mit der Ausschlagung als niemals erworben (anders nur Binder I S. 60; gegen ihn Strohal II § 63 Anm. 11); hat der Erbe jedoch den Besitz einer Sache bereits tatsächlich ergriffen, so dauert das dadurch begründete Besitzverhältnis trotz der Ausschlagung fort (Strohal, Sachbesitz, in Iherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 102 und Erbrecht II § 63 bei Anm. 12). Gewisse Rechtshandlungen des einstweiligen Erben und ihm gegenüber vorgenommene Rechtsgeschäfte werden im Interesse der beteiligten Dritten nach Maßgabe des § 1959 Abs. 2, 3 aufrechterhalten. Auch ist der Ausschlagende selbst gegenüber demjenigen, welcher Erbe wird, für seine die Erbschaft angehenden Handlungen verantwortlich (§ 1959 Abs. 1).

2. Die für die Regelung des **weiteren Erbanfalls** im Abs. 2 aufgestellte Fiktion, daß der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt habe, schließt sich an das sächs. GB. § 2261 an; sie findet sich in gleicher Weise im § 2344 Abs. 2 (Erbunwürdigkeit) und im § 2346 Abs. 1 (Erbverzicht). Es tritt nach ihr an die Stelle des Ausschlagenden im Falle der gesetzlichen Erbfolge der nach ihm berufene gesetzliche Erbe, im Falle der Erbeinsetzung der etwaige Ersatzerbe (vgl. § 2097) und in dessen Ermangelung der gesetzliche Erbe. War jedoch der Ausschlagende nur als Miterbe berufen, so kann bei der gesetzlichen Erbfolge der Grundsatz des § 1930, bei der gewillkürten das Anwachsungsrecht (§ 2094) zur Folge haben, daß der Erbteil des Ausschlagenden dessen Miterben anfällt. Zu beachten ist auch § 2069.

Daß der weitere Anfall auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen wird (Halbsatz 2), entspricht dem Grundsatze des Erwerbes von Rechts wegen. Vermöge dieser Rückbeziehung kommt der Abs. 2 auch zur Anwendung, wenn der weitere Berufene inzwischen gestorben ist; die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft steht alsdann nach § 1952 seinem Erben zu. Hieraus ergibt sich eine eigenartige, dem röm. und gem. Rechte fremde Transmission schwebenden Erbrechtes. Sie setzt voraus, daß ein zur unmittelbaren Erbfolge nur eventuell Berufener den Erbfall erlebt hat, aber gestorben ist, noch bevor der zunächst Berufene ausgeschlagen hat oder für erbunwürdig erklärt worden ist. Während nach röm. und gem. Rechte der eventuell zur Erbfolge Berufene nicht nur den Erbfall sondern auch den durch den Wegfall des Vorberufenen (von Rechts wegen) bedingten Anfall der Erbschaft erleben mußte, braucht der Erbe nach BGB. in den hierher gehörenden Fällen nur den Erbfall zu erleben, und wird es nach dem Wegfall des Vorberufenen hinsichtlich des Anfalls so gehalten, wie wenn der weggefallene Vorberufene zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Der entwickelte Grundsatz greift insbesondere auch im Falle einer Ersatzberufung (§ 2096) durch, wenn der Ersatzerbe nach dem Erbfall aber vor der Ausschlagung des unmittelbar Eingesetzten stirbt. Die Vorschrift des § 2074 ist für die Ersatzberufung grundsätzlich nicht maßgebend (vgl. Erl. zu § 2074 und zu § 2096).

§. 1954. Ist die Annahme oder die Ausschlagung anfechtbar, so kann die Anfechtung nur binnen sechs Wochen erfolgen.

Die Frist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§. 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

Die Frist beträgt sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Ausland aufhält.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Annahme oder der Ausschlagung dreißig Jahre verstrichen sind.

---

3. Wenn im zweiten Halbsatz von Abs. 2 ausgesprochen wird, daß der Anfall an den eventuell Berufenen als mit dem Erbfall erfolgt gilt, so ist übrigens wohl zwischen dem Zeitpunkt, in welchem der Anfall wirklich erfolgt, und dem Zeitpunkt zu unterscheiden, auf welchen der durch den Wegfall des Vorberufenen rechtlich bedingte Anfall (vgl. dazu die Worte: „erst später anfällt" in § 1951 Abs. 2 Satz 1) zurückbezogen wird. Die Unterscheidung ist für den Beginn der Ausschlagungsfrist wichtig. Diese beginnt nämlich (abgesehen von dem besonderen Falle des § 1951, wo nach dem endgültigen Erwerbe des einen Erbteils hinsichtlich des anderen später anfallenden Erbteils eine besondere Ausschlagungsfrist überhaupt nicht mehr in Frage kommt) in den hierher gehörenden Fällen erst mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe bzw. Erbeserbe von dem wirklich erfolgten Anfall und dem Berufungsgrunde Kenntnis erlangt hat, und ihr Beginn ist somit ausgeschlossen, solange der Vorberufene nicht weggefallen ist. Daß der Anfall als mit dem Zeitpunkt des Erbfalls erfolgt gilt, wird abgesehen von dem bereits in Erl. 2 Gesagten auch nach der Richtung praktisch, daß der eventuell Berufene schon zur Zeit des Erbfalls wenigstens als nasciturus vorhanden gewesen sein muß (§ 1923).

4. Die Ordnungsvorschrift des Abs. 3 Satz 1 hat den Zweck, die Ausschlagungsfrist gegen den infolge der Ausschlagung berufenen Erben in Lauf zu setzen (§ 1944 Abs. 2, s. jedoch Erl. 3 daselbst). Ist der letztere nicht zu ermitteln, so unterbleibt die Mitteilung, es kann jedoch eine fürsorgende Tätigkeit des Nachlaßgerichts nach § 1960 notwendig werden. Nach Satz 2 (vgl. aus dem Erbrechte die gleichartigen Vorschriften des § 2010, § 2081 Abs. 2 Satz 2, § 2146 Abs. 2, § 2228, § 2264, § 2384 Abs. 2) wird jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht (§ 15 Abs. 2 FGG.), das nötigenfalls im Wege der Beschwerde (§ 19 FGG.) durchzusetzende Recht zur Einsichtnahme in die beim Nachlaßgericht sich befindende Ausschlagungserklärung eingeräumt. Die Glaubhaftmachung eines nicht rechtlichen sondern nur berechtigten Interesses im Sinn von §§ 34, 78 FGG., § 11 GBO. löst das hier in Frage kommende Recht zur Einsichtnahme noch nicht aus. Doch wird durch Abs. 3 Satz 2 die Anwendung des § 34 FGG. nicht ausgeschlossen. Vgl. auch Erl. 2 zu § 2010.

5. Die Abs. 1, 2 des § 1953 finden nach § 2180 Abs. 3 entsprechende Anwendung auf die Ausschlagung eines Vermächtnisses.

§ 1954.

E. I § 2040 Abs. 3–6, § 2041; II § 1831 rev. § 1932; III § 1930. P. I E. 10550 ff., 10557 ff., 11389, 12232, 12269; M. V E. 510 ff. P. II Bd. 5 E. 630 ff.; Bd. 6 E. 395.

1. Die in den §§ 1954—1957 enthaltenen Bestimmungen über die **Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung der Erbschaft** sind aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff., 142 ff. zu ergänzen. So ist im § 1954 (wie in den §§ 1731, 1755) eine Aufzählung der Anfechtungsgründe vermieden und muß daher auf §§ 119 ff. zurückgegangen werden. Hiernach wird die Anfechtung wegen Irrtums selten zulässig sein, da eine irrige Vorstellung von dem Vermögensbestande des Nachlasses (zustimmend RSpr. 6 S. 330) oder über die Größe des Erbteils oder darüber, wem die Erbschaft infolge der Ausschlagung anfallen wird (vgl. KG. in Seuff. Arch. 1903 S. 412), oder die Unkenntnis bzw. die irrige Annahme von beschwerenden letztwilligen Verfügungen nur einen Irrtum im Beweggrunde darstellt. Dagegen würden bei einem Irrtum über die Identität des Nachlasses die Voraussetzungen des § 119 gegeben sein. Verschieden von dem bloßen Irrtum über die Größe des Erbteils ist der bereits in Erl. 2 zu

§. 1955. Die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Für die Erklärung gelten die Vorschriften des §. 1945.

---

§ 1950 behandelte Fall der Annahme oder Ausschlagung eines vom Erklärenden bruchteilmäßig bezeichneten Erbteils, der sich mit demjenigen, zu welchem die Berufung wirklich erfolgt ist, nicht deckt. Betrifft der Irrtum den Berufungsgrund, so gelten die besonderen Vorschriften des § 1949. Neben dem Irrtum und der unrichtigen Übermittelung (§ 120) kommen arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung in Betracht (§ 123 Abs. 1; Abs. 2 kommt nicht in Frage). Einen weiteren Anfechtungsgrund für den Fall der Ausschlagung durch einen Pflichtteilsberechtigten enthält § 2308 Abs. 1.

2. Die Anfechtung ist nur binnen einer auf zweifache Art bestimmten Ausschlußfrist zulässig. Es muß zunächst eine entsprechend der Ausschlagungsfrist (§ 1944) geregelte kürzere Frist eingehalten werden, die mit dem Zeitpunkte beginnt, von welchem ab die Hindernisse der Anfechtung, nämlich im Falle der Anfechtung wegen Drohung die Zwangslage, im Falle des Irrtums und der Täuschung die Unkenntnis des Anfechtungsgrundes, nicht mehr bestehen (Abs. 1—3). Daneben muß die von dem absolut bestimmten Zeitpunkte der Annahme oder Ausschlagung an laufende Frist von dreißig Jahren (Abs. 4) gewahrt werden, die den allgemeinen Vorschriften des § 121 Abs. 2, § 124 Abs. 3 entspricht. Vgl. die Fristbestimmungen im § 2082 Abs. 2, 3, § 2283 Abs. 2, § 2340 Abs. 3, auch § 2332 Abs. 1. Daß die Anfechtung wegen Irrtums unverzüglich nach der Entdeckung des Irrtums erfolgt, ist nicht erforderlich, da der § 121 durch die besonderen Bestimmungen des § 1954 ausgeschlossen wird. Die gegenteilige Regelung würde zur Folge haben, daß dem Erben, der erst mit der Entdeckung des Irrtums einen klaren Überblick über die Sachlage gewinnt, keine Überlegungsfrist zustände.

Nach Abs. 2 Satz 2 finden auf den Lauf der Frist nicht nur die §§ 203, 206 (vgl. Erl. zu § 1944) sondern auch der für den Lauf der Ausschlagungsfrist nicht in Betracht kommende § 207 entsprechende Anwendung (vgl. hierzu auch Erl. 2 zu § 186 Bd. I S. 323). Die praktische Bedeutung der Berufung des § 207 im § 1954 tritt hervor, wenn der Erbe, nachdem er die Erbschaft in anfechtbarer Weise angenommen hat, vor dem Ablaufe der Anfechtungsfrist stirbt. Die Frist wird in solchem Falle nicht vor dem Ablaufe von sechs Wochen, und wenn sie sechs Monate beträgt, nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte beendet, in welchem die vom Erben hinterlassene Erbschaft von dem Erbeserben angenommen ist, oder die Anfechtung durch einen Vertreter erfolgen kann. Als solcher Vertreter kann der Nachlaßpfleger in Betracht kommen (vgl. dazu Vorbm. a. E. S. 47). Bei der entsprechenden Anwendung des § 207 auf den Lauf der Frist des § 1954 ist dagegen der im § 207 erwähnte Fall der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des Erben auszuschalten (anders freilich Herzfelder S. 87). Denn, da der Konkursverwalter niemals in der Lage ist, eine dem Gemeinschuldner angefallene Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen (vgl. Erl. 6 zu § 1953), so kann er auch niemals zur Ausübung des zu einem Nachlaß, über den Konkurs eröffnet ist, gehörenden Anfechtungsrechtes hinsichtlich einer vom Erblasser anfechtbar angenommenen oder ausgeschlagenen Erbschaft berufen sein. Das Anfechtungsrecht bildet also m. a. W. keinen Bestandteil der Masse.

3. Im Falle der Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung nach den §§ 119, 120 ist der Anfechtende nach Maßgabe des § 122 jedem Dritten gegenüber zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet. Anders Binder I S. 143, weil ein negatives Interesse hier praktisch nicht in Frage kommen könne. Vgl. aber dagegen Strohal II S. 38 Anm. 18.

§ 1955.

E. I § 2040 Abs. 2 Satz 1, § 2041; II § 1832 rev. § 1933; III § 1931. P. I S. 10550 ff., 10554, 10558 ff.; M. V S. 512 f. P. II Bd. 5 S. 630 ff.

Die gegenüber dem § 143 Abs. 3, 4 sich als Sondervorschrift darstellende Bestimmung, daß die Anfechtung durch eine **gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung** erfolgt, hat ihren Grund in der sich auf dritte Beteiligte erstreckenden Wirkung der Erklärung (vgl. die Erl. zu § 143 Nr. 4 Bd. I S. 258). Dafür, daß die letzteren von der Anfechtung Kenntnis erhalten, ist durch § 1957 Abs. 2 gesorgt. Die gleiche Form ist für die Anfechtung der Ehe nach dem Tode eines Ehegatten, für die Anfechtung der Ehelichkeit nach dem Tode des Kindes und für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen vorgeschrieben (§§ 1342, 1597, 1599, 2081). Vgl. im übrigen die Erl. zu § 1945.

§. 1956. Die Versäumung der Ausschlagungsfrist kann in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden.

---

§ 1956.

E. II § 1833 rev. § 1934; III § 1932; M. V S. 512. P. II Bd. 5 S. 630 ff.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Arch. f. civ. Pr. Bd. 92 S. 227 ff.; Strohal II S. 35, 36; Bolte, Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist in JMBl. f. Posen 1903 S. 121; Weißler in Z. d. D.Not.Ver. Bd. 4 S. 626; Breit daselbst Bd. 5 S. 141 bis 164.

1. Obschon die Versäumung der Ausschlagungsfrist rechtsgeschäftlichen Charakter nicht hat, so kann sie nach § 1956 doch „**in gleicher Weise wie die Annahme**" **angefochten werden** (anders noch E. II § 2041, M. V S. 512). Die Vorschrift hat also einen singulären Charakter (vgl. aber doch auch Wendt S. 231, 255). Laut der P. II Bd. 5 S. 632 soll durch sie dem Erben in Gestalt der Anfechtung die Möglichkeit der Restitution gegen die Rechtsfolgen der Fristversäumung eröffnet werden.

2. Über die in Frage kommenden Anfechtungsgründe vgl. Erl. 1 zu § 1954. Eine eigentümliche Schwierigkeit bereitet die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nach § 119. Die Anfechtung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung wird in den seltensten Fällen darauf gestützt werden können, daß der Urheber der tatsächlich abgegebenen Erklärung „eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte" (§ 119). Denn erfahrungsgemäß ist das rechtsgeschäftlich Erklärte normalerweise auch gewollt. Anders verhält es sich mit der Versäumung der Ausschlagungsfrist. Eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung liegt bei ihr nicht vor. Durch die Vorschriften über den Beginn und Lauf der Ausschlagungsfrist ist zwar dafür gesorgt, daß der an den Ablauf der Frist geknüpfte Erfolg in zahlreichen Fällen der bewußten Absicht des Erben entspricht. Diesen Fällen stehen aber andere gegenüber, in denen die Ausschlagungsfrist versäumt ist, obschon der Erbe (oder dessen gesetzlicher Vertreter oder der Erbeserbe) eine auf die Annahme der Erbschaft gerichtete Absicht sicherlich nicht hatte, ja nicht einmal haben konnte. Man denke z. B. daran, daß der Erbe die Bedeutung der Ausschlagungsfrist überhaupt nicht kennt oder sie unrichtig beurteilt, oder daß er die Frist (etwa infolge unrichtiger Rechtsbelehrung) irrtümlich für länger hält, als sie wirklich ist, oder daß er den Beginn der Frist, etwa infolge eines Irrtums über den Zeitpunkt der Verkündung der in Betracht kommenden Verfügung von Todes wegen auf einen zu späten Zeitpunkt ansetzt, oder daß er innerhalb der Frist wirksam ausgeschlagen zu haben glaubt, während die erklärte Ausschlagung nach § 1947 unwirksam ist, oder daß während des Laufes der Ausschlagungsfrist an die Stelle des Erben selbst, weil dieser noch vor der Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft geschäftsunfähig geworden oder gestorben ist, dessen gesetzlicher Vertreter oder der Erbeserbe tritt und daß diese Personen von dem Anfalle der Erbschaft an den Erben keine Kenntnis erlangt haben (darüber, daß dies möglich ist, vgl. Erl. 7 zu § 1944), oder daß der in Erl. 6 a. E. zu § 1943 behandelte Fall vorliegt (vgl. KG. in Rspr. 10 S. 294). Indem nun § 1956 bestimmt, daß die Versäumung der Ausschlagungsfrist in gleicher Weise angefochten werden kann wie die Annahme, ist damit ausgesprochen, daß die Versäumung der Ausschlagungsfrist, obschon kein Rechtsgeschäft, hinsichtlich der Zulässigkeit der Anfechtung doch wie ein Rechtsgeschäft behandelt werden soll und daß sie somit nach Maßgabe des § 119 der Anfechtung schon dann unterliegt, wenn der Erbe (bzw. dessen gesetzlicher Vertreter oder der Erbeserbe) eine Erklärung des Inhalts, daß die Erbschaft angenommen werde, nicht abgeben wollte. Vgl. auch Wendt S. 254; Strohal II S. 36 (daselbst Zeile 13 v. o. muß es übrigens statt „ausschlage" richtig „annehme" heißen). Für diese Auffassung auch OLG. Braunschweig in Seuff.A. 57 S. 105 und die von Bolte a. a. O. mitgeteilte Entscheidung des Landgerichts Berlin. Grundsätzlich anders RG. Bd. 58 S. 81 (gegen die auf dem hier vertretenen Standpunkt stehende Entsch. d. OLG. Stuttgart).

In der genannten RGE. wird die Meinung vertreten, daß § 1956 sich lediglich auf solche Fälle beziehe, in denen die Fristversäumung so geartet ist, daß in ihr eine Willenserklärung gefunden werden könne. Eine Anfechtung der Fristversäumung nach Maßgabe des § 1956 in Verbindung mit § 119 habe daher zur Voraussetzung, daß der Erbe die von ihm beabsichtigte Ausschlagung (vgl. a. a. O. S. 85 Z. 18, 19 v. o.) zwar infolge eines nach § 119 in Betracht

kommenden Irrtums, aber doch in dem Bewußtsein von dem ihm zukommenden Rechte der Ausschlagung und in voller Kenntnis von der hierfür maßgebenden Frist unterließ. Als geeignetes Beispiel könne der Fall gelten, daß der Erbe, welcher um die nämliche Zeit zu zwei verschiedenen Erbschaften berufen wird, die Ausschlagung der einen deshalb, und zwar mit Vorbedacht, unterläßt, weil er sie mit der anderen verwechselt. Als durch § 1956 nicht getroffen müßten dagegen diejenigen Fälle angesehen werden, in welchen die Versäumung der Erklärung nicht einer darauf gerichteten Willensbetätigung des Erben entsprungen war.

Die ganze Frage dürfte hierdurch kaum zur endgültigen Erledigung gebracht sein (gegen die Begründung der RGE. auch Breit S. 152), und es sollen deshalb folgende Bedenken gegen die Auffassung des RG. nicht unterdrückt werden: Aus § 1956 ist die vom RG. versuchte Unterscheidung jedenfalls nicht zu entnehmen. Für sie sprechen aber auch nicht sachliche Gründe. Auch in denjenigen Fällen, in welchen nach der Auffassung des RG. die Anfechtung zulässig ist, tritt die Rechtswirkung der Fristversäumung nicht infolge einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, sondern einfach deshalb ein, weil die Voraussetzungen der Fristversäumung gegeben sind. In dieser Beziehung besteht also zwischen den in der RGE. einander gegenüber gestellten zwei Gruppen von Fällen kein prinzipieller Unterschied. Die Versäumung der Ausschlagungsfrist ist eben in keinem Falle Rechtsgeschäft, sondern sie soll hinsichtlich der Anfechtung nur so behandelt werden, wie wenn sie ein auf Annahme gerichtetes Rechtsgeschäft wäre. Dieselben Anfechtungsgründe, auf Grund deren die Annahme angefochten werden kann, müssen daher auch gegenüber der Versäumung der Ausschlagungsfrist durchgreifen, und es geht nicht an, im letzteren Falle einen der Anfechtungsgründe des § 119 einfach zu eliminieren. Das RG. hält freilich für ausschlaggebend, daß nur auf dem von ihm beschrittenen Wege zu einem erträglichen Ergebnis zu gelangen sei. Denn sonst würde unabweislich sein, daß jeder Erbe, der die gesetzlichen Bestimmungen nicht kennt, ohne sonstige Voraussetzungen jede ihm nachteilige Annahme, sofern er solche nicht ausdrücklich erklärt hat, aus § 1956 anfechten könnte. Allein dies ist nicht zutreffend. Gerade deshalb, weil die nicht rechtsgeschäftliche Versäumung der Ausschlagungsfrist in gleicher Weise angefochten werden kann wie die rechtsgeschäftliche Annahme, unterliegt auch die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist der aus § 119 Abs. 1 a. E. (anders, aber direkt gegen das Gesetz freilich Breit S. 163, 164, unter Heranziehung eines praktisch unmöglichen Beispielsfalles; zutreffend dagegen KG. in Rspr. 10 S. 294) sich ergebenden Schranke. Diese bedeutet aber hier: daß die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist auf Grund des § 119 nur zulässig ist, wenn anzunehmen ist, daß der Erbe die Erbschaft bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles rechtzeitig ausgeschlagen haben würde. Den Beweis hierfür hat selbstverständlich der Erbe zu erbringen. Leichtsinniger und chikanöser Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist ist damit und infolge des weiteren Umstandes, daß diese selbstverständlich auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Versäumung der Frist auf einem Irrtum beruhte, der im Falle einer ausdrücklichen Annahmeerklärung unbeachtlich wäre (man denke an den Irrtum über den Vermögensbestand des Nachlasses; vgl. dazu Erl. 1 zu § 1954), die Aussicht auf Erfolg versperrt. Die vom RG. angenommene Einschränkung des Anfechtungsrechtes ist dagegen willkürlich, undurchsichtig, nicht frei von innerem Widerspruch und führt zu unannehmbaren praktischen Konsequenzen. Bevor auf diese eingegangen wird, ist festzustellen, daß sich auf Grund der RGE. eine klare Unterscheidung zwischen denjenigen Fällen, in welchen eine Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nach § 119 zulässig und in welchen sie unstatthaft sein soll, nicht ergibt. Die vom RG. für die Zulässigkeit der Anfechtung aufgestellten Voraussetzungen scheinen nämlich miteinander in Widerspruch zu stehen. Auf der einen Seite wird gefordert, daß der die Versäumung der Frist anfechtende Erbe „die Ausschlagung beabsichtige" (a. a. O. S. 85 Zeile 18, 19 v. o.; nicht beachtet von Breit S. 154). Man möchte deshalb glauben, daß das RG. Fälle im Auge hat, in denen die vom Erben (oder dessen Vertreter) innerhalb der Ausschlagungsfrist absichtsgemäß erklärte Ausschlagung aus irgendeinem auf Irrtum beruhenden Grunde (Abgabe der Erklärung beim nicht zuständigen Gerichte, Nichtbeobachtung der im § 1945 für die Ausschlagungserklärung und der zur Abgabe dieser erteilten Vollmacht vorgeschriebenen Form, Nichteinholung der im konkreten Falle erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, Unzulässigkeit des Inhalts nach § 1947) der Wirksamkeit entbehrt, so daß die Erbschaft gegen den Willen des Erklärenden als angenommen gilt. Allein daran macht wieder irre, daß das RG. an anderer Stelle die hier in Frage stehende Anfechtung nur dann für zulässig erklärt, wenn

„die Unterlassung der Ausschlagung wissentlich erfolgt war" (S. 85 Zeile 10, 11 v. o.) oder (wie es S. 87 Zeile 9 v. u. heißt), „wenn die Fristversäumung so geartet ist, daß in ihr eine Willenserklärung gefunden werden kann. Nun ist es aber zugleich klar, daß man von demjenigen, welcher die zeitgerechte Ausschlagung absichtlich unterließ, keinesfalls sagen kann, er habe die Ausschlagung beabsichtigt (daraus erklärt sich die Auffassung der RGE. bei Breit S. 154). Von dem Vorhandensein einer solchen Absicht kann insbesondere auch in dem vom RG. S. 85 hervorgehobenen Beispiel nicht die Rede sein. Denn wenn der gleichzeitig zu zwei verschiedenen Erbschaften berufene Erbe die Ausschlagung der einen deshalb „mit Vorbedacht" unterläßt, weil er sie mit der anderen verwechselt, so ist die tatsächliche Absicht des Erben hinsichtlich jener Erbschaft doch offenbar auf Annahme und nicht auf Ausschlagung gerichtet, und gestatten die Umstände nur den Schluß, daß der Erbe bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles ausgeschlagen haben würde. Ein weiterer Beispielsfall der RGE. (S. 85) ist in solcher Gestalt vorgelegt, daß eine sichere Beurteilung nicht möglich ist (vgl. übrigens Breit S. 153). Die Auffassung des RG. läßt hiernach also Geschlossenheit und feste Abgrenzung vermissen. Völlig sicher ist nur, daß ihr zufolge dem Erben bzw. Erbeserben die Möglichkeit der Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nach § 1956 gerade in denjenigen Fällen versagt sein soll, in welchen er derselben am dringendsten bedarf, das ist (um aus schon früher angeführten Beispielen die schlagendsten noch besonders herauszuheben) dann, wenn der Erbe nach dem Beginne der Ausschlagungsfrist geschäftsunfähig wird oder stirbt und der gesetzliche Vertreter des Erben oder der Erbeserbe von dem an den Erben erfolgten Anfall der Erbschaft vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist keine Kenntnis erlangt hat. Steht hier fest, daß der gesetzliche Vertreter des Erben oder der Erbeserbe bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles noch rechtzeitig ausgeschlagen haben würde, so kann die Zulässigkeit der Anfechtung doch unmöglich durch den Mangel jener Kenntnis ausgeschlossen sein. Die Annahme des RG., daß die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nach § 1956 in Verbindung mit § 119 nur zulässig sei, wenn der Ausschlagungsberechtigte die rechtzeitige Ausschlagung in voller Kenntnis von seinem Rechte zur Ausschlagung und von der für diese im konkreten Falle maßgebenden Frist versäumt habe, scheint sich also als der Absicht des Gesetzes nicht entsprechend und somit als unhaltbar darzustellen.

Breit stellt der auch von ihm bekämpften Auffassung des RG. in Anknüpfung an schon bei Bolte a. a. O. sich findende Ansätze eine andere gegenüber: Danach soll eine Anfechtung nach § 1956 (in Verbindung mit § 119) zur Voraussetzung haben, daß der Erbe innerhalb der im konkreten Falle maßgebenden Ausschlagungsfrist (gleichviel, ob er von dieser Kenntnis hatte oder nicht) den Willen zur Ausschlagung wirklich gehabt und in der Meinung, eine rechtsgeschäftliche Ausschlagungserklärung abzugeben, jedoch ohne den angestrebten Erfolg, auch geäußert (anders nur dann, wenn der Äußerung des nachweisbar vorhandenen Ausschlagungswillens ein besonderes Hindernis entgegenstand) habe. Daß die Anfechtung der Fristversäumung in den hierdurch getroffenen Fällen mit der aus § 119 Abs. 1 a. E. sich ergebenden Beschränkung (welche Breit S. 163, 164 merkwürdigerweise nicht gelten lassen will) zulässig ist, unterliegt allerdings keinem Zweifel und dürfte auch der, ungeachtet einzelner dem Zweifel Raum gebenden Wendungen, anzunehmenden sachlichen Auffassung des RG. entsprechen. Dagegen ist durchaus nicht einzusehen, warum die Anfechtung auf die von Breit bezeichneten Fälle beschränkt sein und also z. B. nicht zulässig sein soll, wenn ein Vertragserbe die ihm angefallene Erbschaft des Vertragserblassers deshalb nicht rechtzeitig ausgeschlagen hat, weil ihm gesagt worden war, daß er wegen seiner Mitwirkung beim Abschluß des Erbvertrags überhaupt nicht mehr ausschlagen könne, d. i. in einem Falle, in dem die Anfechtung selbst nach der Auffassung des RG. zulässig sein müßte. Gegen die von Breit vertretene Einschränkung der Anfechtung sprechen aber außerdem noch dieselben Erwägungen, welche vorhin unter Berufung auf Fälle, in denen die Anfechtung der Fristversäumung das einzige Mittel ist, um die durch die Beschaffenheit der Sachlage gebotene Abhilfe zu schaffen, der Auffassung des RG. entgegengestellt worden sind. Breit gibt (S. 142) indirekt aber doch unzweideutig zu, daß die einmal begonnene Ausschlagungsfrist ablaufen kann, obschon der für den nachträglich geschäftsunfähig gewordenen Erben bestellte gesetzliche Vertreter oder der an die Stelle des nach dem Beginn der Ausschlagungsfrist tretende Erbeserbe von dem an den Erben erfolgten Anfall keine Kenntnis gehabt hat. Trotzdem würde nach Breits Ansicht die Möglichkeit der Anfechtung der Fristversäumung hier ausgeschlossen sein Das ist praktisch unannehmbar.

§. 1957. Die Anfechtung der Annahme gilt als Ausschlagung, die Anfechtung der Ausschlagung gilt als Annahme.

Das Nachlaßgericht soll die Anfechtung der Ausschlagung demjenigen mittheilen, welchem die Erbschaft in Folge der Ausschlagung angefallen war. Die Vorschrift des §. 1953 Abs. 3 Satz 2 findet Anwendung.

§. 1958. Vor der Annahme der Erbschaft kann ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden.

---

§ 1957.

E. I § 2040 Abs. 2 Satz 2, § 2041; II § 1834 rev. § 1935; III § 1933.
P. I S. 10550 ff., 10558, 10560, 11448; M. V S. 512 f. P. II Bd. 5 S. 630 ff.; Bd. 6 S. 338 ff.

1. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde nach § 142 Abs. 1 die **Wirkung der Anfechtung** lediglich die sein, daß die Annahme oder die Ausschlagung als nicht erfolgt anzusehen wäre. Der Anfechtende würde damit, vorausgesetzt, daß die Ausschlagungsfrist noch offen ist, von neuem vor die Wahl gestellt sein, ob er annehmen oder ausschlagen will. Außerdem ist zu beachten, daß die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist immer, die Anfechtung der rechtsgeschäftlichen Annahme wenigstens dann, wenn die Ausschlagungsfrist bereits verstrichen ist, bedeutungslos sein würde, wenn ihr nicht zugleich die Wirkung der Ausschlagung beigelegt wäre. Da nun die Rückgängigmachung des eingetretenen Rechtserfolgs dem Berechtigten nur zu dem Zwecke zugestanden wird, damit er von der Befugnis, sich im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden, Gebrauch machen kann, so legt das Gesetz schon der **Anfechtung selbst die Bedeutung einer in diesem Sinne getroffenen Entscheidung bei.** Der Anfechtende muß daher, bevor er die Anfechtung erklärt, sich darüber klar sein, ob er die Erbschaft behalten will. Durch diese Regelung wird ein nochmaliger Schwebezustand vermieden.

2. Mit Rücksicht auf die im Abs. 1 bestimmte Wirkung muß bei der Anfechtung der Annahme allen Erfordernissen genügt sein, die zu einer wirksamen Ausschlagung gehören (s. die Vorbm. zum Titel unter II Nr. 4).

3. Wird die Ausschlagung angefochten, so hat der Anfechtende gegen denjenigen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen war, vorausgesetzt, daß dieser auch den Erbschaftsbesitz erlangt hat (vgl. hierzu Erl. 1 zu § 1953), gemäß §§ 2018 ff. den Anspruch auf Herausgabe.

4. Über die Haftung des die Annahme oder Ausschlagung Anfechtenden auf das negative Interesse vgl. oben Erl. 3 zu § 1954. Außerdem kann sich ein Schutz dritter Personen, die sich vor der Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung mit demjenigen, welcher sich hinterher als Scheinerbe herausstellt, in rechtsgeschäftlichen Verkehr eingelassen haben, auf Grund des § 1959 und der §§ 2366, 2367 (betreffend den Erbschein) ergeben.

5. Zum Abs. 2 vgl. die gleichartigen Bestimmungen des § 1342 Abs. 2, § 1597 Abs. 2, § 2081 Abs. 2. Über Satz 2 vgl. Erl. 4 zu § 1953.

§ 1958.

E. I § 2057 Abs. 1 Satz 1; II § 1835 rev. § 1936; III § 1934. P. I S. 10669 ff.; M. V S. 539.
P. II Bd. 5 S. 660 ff., 829 f. D. S. 721.

Eccius bei Gruch. Bd. 43 S. 605, 606; Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900); Hagen in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 39 ff.; Binder I S. 44, 45, 75, 156.

1. Die Vorschrift des § 1958 zieht eine praktisch bedeutsame Folgerung daraus, daß der endgültige Erwerb der Erbschaft, abgesehen von dem Falle, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe wird (§ 1942 Abs. 2), außer dem Anfall der Erbschaft an den Erben auch die Annahme voraussetzt. Demgemäß **schließt das Gesetz die gerichtliche Geltendmachung der gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüche gegen die Person des nur vorläufigen Erben aus.** Der E. I § 2057 hatte sich dahin ausgedrückt, daß der vorläufige Erbe sich auf einen Rechtsstreit der bezeichneten Art „nicht einzulassen" brauche. Diese prozessuale Wendung fand bei der II. Kommission keinen Anklang. Bei der Beratung wurde in Erwägung gezogen, ob der vorläufige Erbe nicht am besten durch Gewährung eines Leistungsverweigerungsrechtes (also einer Einrede im Sinne des BGB.) zu schützen sei, schließlich entschied man sich aber für die Fassung des jetzigen § 1958.

2. Juristische Natur der Vorschrift. Indem § 1958 bestimmt, daß ein gegen den Nachlaß sich richtender Anspruch vor der Annahme der Erbschaft gegen die Person des Erben nicht gerichtlich geltend gemacht werden kann, spricht er **dem vorläufigen Erben** hinsichtlich der hier in Frage kommenden Ansprüche (der dinglichen sowohl als auch der persönlichen und selbst hinsichtlich der Feststellungsansprüche) die **legitimatio ad causam ab.** Es handelt sich dabei weder um eine dem vorläufigen Erben zustehende prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 274 CPO. noch um eine materiellrechtliche Einrede im Sinne des BGB. (so die früheren Aufl. dieses Werkes und Quaatz DJZ. 1903 S. 219, 220). Nach der unzweideutigen Auffassung des Gesetzes ist vielmehr der nur vorläufige Erbe hinsichtlich der gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüche nicht der richtige Beklagte, oder m. a. W. die bereits erfolgte Annahme der Erbschaft bildet bei der Geltendmachung eines solchen Anspruchs gegen den Erben eine Klagvoraussetzung, die der Kläger behaupten und im Bestreitungsfalle auch erweisen muß. Ist das Vorhandensein dieser Klagvoraussetzung vom Kläger nicht einmal behauptet worden, so ist dieser selbst im Falle eines Versäumnisurteils wegen des vom Richter von Amts wegen zu berücksichtigenden Mangels der Passivlegitimation des Beklagten abzuweisen. Für diese Auffassung die P. II Bd. 5 S. 664, ferner Strohal II § 62 Anm. 14; Eccius, Hellwig, Hagen, Binder (anders noch a. a. O. S. 44, 45), Herzfelder, Rehbein Komm. I S. 303; Kreß, Erbengemeinschaft S. 81 und viele andere. So jetzt auch RG. Bd. 60 S. 179.

3. Außergerichtliches Vorgehen. Nach dem Wortlaut des § 1958 ist hinsichtlich der daselbst bezeichneten Ansprüche nur die gerichtliche Geltendmachung gegen den vorläufigen Erben ausgeschlossen. Darf daraus gefolgert werden, daß außergerichtliche Schritte gegen den Erben selbst und dessen Eigenvermögen auch schon vor der Annahme der Erbschaft unbeschränkt zulässig und wirksam sind? Bejahend Cosack § 380 III 1b und, wenigstens hinsichtlich der Aufrechnung Herzfelder Erl. 1 zu § 1958. Für die Entscheidung der Frage ist folgendes zu beachten. Wenn in dem von Cosack gegebenen Beispielsfalle der Hauswirt des A, nachdem dieser von seiner Ehefrau B beerbt worden ist, wegen des von A geschuldeten Mietzinses unter Berufung auf das ihm (dem Hauswirt) nach § 559 an den eingebrachten Sachen des Mieters zustehende gesetzliche Pfandrecht hinsichtlich der in der gemieteten Wohnung sich befindenden Möbel der B das in § 561 bestimmte Recht ausübt, so würde er sich gegen den von der B erhobenen Eigentumsanspruch, solange die B die Erbschaft nicht angenommen hat, doch nicht mit Erfolg verteidigen können. Denn in der Berufung des Hauswirts darauf, daß die B Erbin des A und somit auch Mieterin geworden sei, würde bereits eine gerichtliche Geltendmachung eines gegen den Nachlaß sich richtenden Anspruchs (des Mietzinsanspruchs) gegenüber dem zur Ausschlagung noch berechtigten Erben zu erblicken sein. Erklärt ferner ein Nachlaßgläubiger gegenüber dem nur vorläufigen Erben, daß er gegen eine, diesem gegen ihn zustehende und zu dessen Eigenvermögen gehörende Forderung aufrechne, so ergibt sich hieraus nur ein sehr problematischer Erfolg. Denn die Aufrechnung erweist sich selbstverständlich als unwirksam, wenn der vorläufige Erbe hinterher ausschlägt, und möglicherweise auch als unwirksam, selbst wenn der Erbe annimmt (vgl. § 1977 und §§ 2014, 2015). Ja noch mehr; wenn der vorläufige Erbe seine Forderung gegen den Nachlaßgläubiger einklagt, so wird sich dieser im Prozeß auf die Aufrechnung nicht mit Erfolg berufen können, weil darin eine gerichtliche Geltendmachung der gegen den Nachlaß sich richtenden Forderung gegenüber dem vorläufigen Erben gelegen wäre. Von praktischer Erheblichkeit ist also das besprochene außergerichtliche Vorgehen jedenfalls nicht. Über die Frage, ob Leistungsverzug eintritt, wenn der vorläufige Erbe eine gegen ihn außergerichtlich geltend gemachte fällige Forderung eines Nachlaßgläubigers unbefriedigt läßt, vgl. Erl. 1 zu § 2017.

4. Da durch den § 1958 nur der Erbe vor vorzeitiger Behelligung geschützt werden soll, so **findet die Vorschrift** in den Fällen des § 1960 auf den **Nachlaßpfleger**, der nach § 1961 gerade zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Nachlaß bestellt werden kann, **keine Anwendung** (§ 1960 Abs. 3). Das gleiche gilt für den nach §§ 1975, 1981 bestellten Nachlaßverwalter, wobei freilich zu beachten ist, daß es zur Anordnung einer Nachlaßverwaltung vor der Annahme der Erbschaft normalerweise nicht kommen wird, und für den **Testamentsvollstrecker**, soweit die Geltendmachung des Anspruchs überhaupt gegen ihn erfolgen kann (§ 2213 Abs. 2). Wegen des Einflusses des § 1958 auf die Verjährung vgl. § 207 und die dortige Erl. 1 (Bd. I S. 350).

5. Der § 1958 findet seine **Ergänzung** in verschiedenen **Bestimmungen der CPO.:**

a) Ist ein zur Zeit des Erbfalls anhängiger Rechtsstreit nach CPO. § 239 durch den Tod des Erblassers unterbrochen worden oder hat aus diesem Grunde nach § 246 eine Aus-

setzung des Verfahrens stattgefunden, so ist der Erbe vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung des Rechtsstreites nicht verpflichtet (§ 239 Abs. 5). Seine Ablehnung, den Prozeß fortzusetzen, wird, solange er nur einstweiliger Erbe ist, nicht als „Verzögerung" der Aufnahme i. S. des § 239 Abs. 2 angesehen.

b) Nach § 778 Abs. 1 ist vor der Annahme der Erbschaft eine Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, nur in den Nachlaß zulässig. Hatte die Zwangsvollstreckung beim Tode des Erblassers schon gegen diesen begonnen, so wird sie nach CPO. § 779 ohne weiteres in den Nachlaß fortgesetzt; die Zuziehung eines besonderen Vertreters zu einzelnen Vollstreckungshandlungen wird im Abs. 2 im Anschluß an das BGB. neu geregelt. Soll die Zwangsvollstreckung aus einem gegen den Erblasser erwirkten Schuldtitel erst nach dem Erbfalle beginnen, so fragt sich, ob vor der Annahme der Erbschaft die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Erben überhaupt stattfindet. Diese für das preuß. Recht auf Grund des ALR. I § 386 und des bisherigen § 694 der CPO. streitige Frage (vgl. Eccius IV § 269 Anm. 31; Dernburg III § 218 Anm. 18; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 62 Anm. 13) ist nach dem BGB. § 1958 in Verbindung mit § 778 CPO. zu verneinen. Wohl aber kann der Gläubiger nach BGB. § 1961 die Bestellung eines Nachlaßpflegers erwirken und die Erteilung der Klausel gegen diesen beantragen. Ist ein verwaltender Testamentsvollstrecker vorhanden, so kann die Vollstreckungsklausel auch gegen diesen erwirkt werden (§ 2213 Abs. 2). Hierdurch wird aber dem Gläubiger in beiden Fällen vorerst doch nur die Führung der Zwangsvollstreckung in die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände ermöglicht. Nimmt der Erbe später an, so kann der Gläubiger eine gegen die Person des Erben sich richtende vollstreckbare Ausfertigung erlangen, auf Grund deren er dann die Zwangsvollstreckung auch in das Eigenvermögen des Erben (nicht berücksichtigt bei Dernburg V § 128 a. E.) führen kann. Vgl. bezüglich des zunächst gegen den Testamentsvollstrecker erwirkten Vollstreckungstitels CPO. § 728 Abs. 2. Nach Eccius bei Gruch. Bd. 43 S. 610 soll der gegen den Nachlaßpfleger erwirkte Titel der Zwangsvollstreckung nach erfolgter Annahme der Erbschaft schlechthin gegen den Erben wirksam sein, also ohne daß es dazu erst noch einer gegen diesen sich richtenden vollstreckbaren Ausfertigung bedürfe. Dieser Auffassung steht aber entgegen (Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 259 Anm. 12; Strohal II § 85 Anm. 5), daß die Entscheidung der Frage, ob der Erbe angenommen habe und ob der Annehmende wirksam berufen gewesen sei, unmöglich dem Gerichtsvollzieher überlassen sein kann (vgl. auch CPO. § 726 Abs. 1, § 750).

c) Wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben ist nach CPO. § 778 Abs. 2 eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß vor der Annahme der Erbschaft nicht zulässig. Der Erbe [der nach der Annahme bei Unzulänglichkeit des Nachlasses den Nachlaßgläubigern für den durch die zwangsweise Befriedigung seines persönlichen Gläubigers entstandenen Fehlbetrag mit seinem Eigenvermögen (vgl. § 1978) und im Falle der Ausschlagung demjenigen, welcher Erbe wirklich wird, haften würde] kann einer der Vorschrift des § 778 Abs. 2 CPO. zuwider erfolgenden Zwangsvollstreckung nach § 766 CPO. entgegentreten. Aber auch den Nachlaßgläubigern wird die Legitimation zu solchem Vorgehen auf Grund des § 766 CPO. nicht abgesprochen werden dürfen (vgl. auch Seuffert, Z. f. CP. Bd. 22 S. 370 und Gaupp-Stein, Komm. z. CPO. Erl. zu § 766). Die auf die Nachlaßverwaltung sich beziehenden Vorschriften der §§ 1981 Abs. 2, 1984 Abs. 2 und des § 783 CPO. — worauf in den früheren Auflagen dieses Werkes verwiesen wurde — sind hier zum Schutze der Nachlaßgläubiger schon deshalb nicht geeignet, weil es vor der Annahme der Erbschaft zu einer Nachlaßverwaltung normalerweise nicht kommen kann. Daß § 778 Abs. 2 CPO. keine Anwendung findet, wenn für eine Eigenverbindlichkeit des Erben ein zum Nachlaß gehörender Gegenstand dinglich haftet, ist selbstverständlich.

Nicht unzweifelhaft ist, ob im Sinne des § 778 der CPO. unter der Zwangsvollstreckung auch die Arrestvollziehung zu verstehen ist. Der E. I des BGB. § 2057 stellte die letztere aus Gründen der Folgerichtigkeit und Zweckmäßigkeit (M. V S. 540) ausdrücklich der Zwangsvollstreckung gleich. Die Nichterwähnung im § 778 der CPO. dürfte nur darauf beruhen, daß nach CPO. § 928 auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden.

6. In gewissem Zusammenhang mit § 1958 steht die Vorschrift der CPO. § 991 Abs. 3, wonach der Erbe den Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens (BGB. § 1970) erst nach der Annahme stellen kann.

§. 1959. Besorgt der Erbe vor der Ausschlagung erbschaftliche Geschäfte, so ist er demjenigen gegenüber, welcher Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet.

Verfügt der Erbe vor der Ausschlagung über einen Nachlaßgegenstand, so wird die Wirksamkeit der Verfügung durch die Ausschlagung nicht berührt, wenn die Verfügung nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte.

Ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden muß, bleibt, wenn es vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen wird, auch nach der Ausschlagung wirksam.

---

§ 1959.

E. I § 2056; II § 1836 rev. § 1937; III § 1935. P. I S. 10794 ff., 11403; M. V S. 536 ff. P. II Bd. 5 S. 657 ff. D. S. 721.

Binder I S. 148 ff.

1. Der § 1959 bestimmt die **Rechtsfolgen**, die im Falle **der Ausschlagung** der Erbschaft eintreten, wenn seitens des einstweiligen Erben erbschaftliche Geschäfte besorgt oder ihm gegenüber von dritten Personen Rechtsgeschäfte vorgenommen worden sind, die gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden mußten. Soweit es sich hierbei um Handlungen des Erben handelt, kommen natürlich nur solche Handlungen in Betracht, die nicht eine wirksame Annahme der Erbschaft durch pro herede gestio enthalten (vgl. die Erl. zu § 1943 Nr. 4). Im Abs. 1 wird das Verhältnis des ausschlagenden zu dem endgültigen Erben geregelt, die Abs. 2, 3 beziehen sich auf die Wirksamkeit der bezeichneten Rechtshandlungen im Verhältnisse zwischen dem endgültigen Erben und dem Dritten. Der endgültige Erbe wird im Gesetze als derjenige bezeichnet, „welcher Erbe wird". Daß sich diese Wendung auf den endgültigen Erben bezieht und nicht auf einen weiteren vorläufigen Erben, ergibt sich mit Sicherheit aus § 1960 Abs. 2.

2. Was § 1959 für den Fall der Ausschlagung bestimmt, gilt mit Rücksicht auf § 1957 auch für den Fall der **Anfechtung der Annahme.** Über den Fall, daß die Ausschlagung angefochten wird, vgl. Erl. 3 zu § 1957.

3. Der Erbe ist vor der Annahme der Erbschaft nicht zur Sorge für den Nachlaß verpflichtet (M. V S. 537, P. II Bd. 5 S. 659). Besorgt er erbschaftliche Geschäfte, so handelt er in Wirklichkeit für denjenigen, welchen es angeht, mag er dies selbst oder mag es ein später Berufener sein (M. V S. 536). Der § 1959 Abs. 1 bestimmt daher, daß der einstweilige Erbe nach der Ausschlagung im Verhältnisse zu dem endgültigen Erben wie ein **Geschäftsführer ohne Auftrag** angesehen werden soll. Die Vorschriften der §§ 677 ff. sind hiernach zur entsprechenden (vgl. E. I § 2056) Anwendung zu bringen. (Binder I S. 150 hält die genannten Vorschriften für unmittelbar anwendbar; vgl. dagegen Strohal II § 62 Anm. 17). Hierbei ist einerseits beachtenswert, daß der vorläufige Erbe sich von dem gewöhnlichen negotiorum gestor schon dadurch unterscheidet, daß er sich einer gewissen Beteiligung an den Angelegenheiten des Nachlasses gar nicht entziehen kann (vgl. Abs. 3 vor § 1959), und andererseits, daß der vorläufige Erbe dem endgültigen Erben gegenüber im Gegensatz zu § 687 Abs. 1 selbst dann wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet ist, wenn er bei seinem Vorgehen der irrigen Meinung war, endgültiger Erbe zu sein, und daher die von ihm besorgten fremden Geschäfte für seine eigenen hielt. Außerdem mag noch folgendes hervorgehoben werden. Obschon der vorläufige Erbe grundsätzlich zur Sorge für den Nachlaß nicht verpflichtet ist, so kann er doch, nachdem er einmal eingegriffen hat, wegen unterlassener Fortsetzung des negotium coeptum verantwortlich werden (§ 677). Soweit er hinsichtlich der Person des endgültigen Erben zu einer sicheren Annahme nicht gelangen kann — und dies ist offenbar der Regelfall — kann ihm bei seinem Vorgehen eine Rücksichtnahme auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen einer individuell bestimmten Person (vgl. §§ 677, 678, 683, 684) selbstverständlich nicht zugemutet werden. Er wird sein Verhalten daher so einzurichten haben, daß es nach sachlicher Erwägung den Interessen desjenigen, welcher sich als wirklicher Erbe herausstellen wird, zu dienen geeignet ist. Läßt er dies außer Acht, obschon er die sachliche Unangemessenheit der Art seines Eingreifens erkennen mußte, so wird er (mindestens dann, wenn er wußte oder wissen mußte, daß er nur der vorläufige Erbe sei) dem endgültigen Erben nach dem entsprechend anzuwendenden

§ 678 haftbar, auch wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt. Die Umstände des einzelnen Falles können aber auch so beschaffen sein, daß der vorläufige Erbe den wirklichen oder mutmaßlichen Willen einer bestimmten Person allerdings zu berücksichtigen hat, so z. B. den des bereits bestellten Nachlaßpflegers oder des zur Verwaltung des Nachlasses berufenen Testamentsvollstreckers, ja möglicherweise sogar den des endgültigen Erben. Letzteres kann z. B. zutreffen, wenn, nachdem der vorläufige Erbe ausgeschlagen hat, der bereits feststehende endgültige Erbe hinsichtlich der Beendigung eines negotium coeptum eine Weisung erteilt hat. Man wird daher die Vorschriften der §§ 687, 679 nicht als auf den Fall des § 1959 völlig unübertragbar bezeichnen dürfen. Ohne weiteres übertragbar sind die §§ 680, 686. Die in § 681 Satz 2 angezogenen §§ 666—668 lassen sich sicherlich soweit übertragen, als sie sich auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers nach der Erledigung der Geschäftsführung beziehen, mithin soweit sie die Rechenschaftsablegung, die Herausgabe des Erlangten (und damit zutreffendenfalls die Leistung des Offenbarungseides, vgl. §§ 259, 260) und die Verzinsung verwendeten Geldes vorschreiben. Unter besonderen Umständen wird aber der vorläufige Erbe (von dem hier angenommen werden soll, daß er die Ausschlagung bereits erklärt hat) schon vor der Erledigung seiner Geschäftsführung dem ihm bekannten endgültigen Erben sein Eingreifen nach Maßgabe von § 681 Satz 1 anzuzeigen und dessen Entschluß abzuwarten haben; so wenn es sich um ein negotium coeptum handelt, das weitere Maßnahmen notwendig macht, die aber auf verschiedene Weise getroffen werden können (zurückhaltender die früheren Auflagen dieses Werkes). Die entsprechende Anwendung des § 682 setzt voraus, daß nicht für den vorläufigen Erben dessen gesetzlicher Vertreter (vgl. § 278) gehandelt hat. Die Vorschrift des § 685 Abs. 1 ist nur in der Weise anwendbar, daß dem vorläufigen Erben ein Ersatzanspruch nicht zusteht, wenn er die Absicht hatte, eine von ihm gemachte Auslage unter allen Umständen selbst zu tragen. Durchaus unübertragbar sind jedenfalls Abs. 2 von § 685 und § 687.

Soweit nach § 1959 Abs. 1 dem einstweiligen Erben gegen den endgültigen Erben ein Anspruch zusteht, insbesondere auf Ersatz seiner Aufwendungen (§§ 683, 670), ist ersterer Nachlaßgläubiger (§ 1967 Abs. 2); sein Anspruch begründet im Nachlaßkonkurs eine Masseschuld (KO. § 224 Nr. 6). Solange der infolge der Ausschlagung des ersten einstweiligen Erben nunmehr in Betracht kommende Erbe selbst wieder nur einstweiliger Erbe ist, greift zu seinen Gunsten § 1958 ein. Ansprüche des endgültigen gegen den einstweiligen Erben gehören zum Nachlaß, also im Falle des Nachlaßkonkurses zur Konkursmasse (M. V S. 539; vgl. § 1978 Abs. 2). Siehe übrigens auch die Erl. 2 zu § 1406 (Bd. IV S. 186).

4. Verfügungen des vorläufigen Erben über Nachlaßgegenstände. Der Abs. 2 von § 1959 behandelt die Frage nach der Wirksamkeit der vom vorläufigen Erben in Ansehung von Nachlaßgegenständen vorgenommenen Verfügungen. Es ist zu unterscheiden:

a) Die Wirksamkeit der vom vorläufigen Erben über einen Nachlaßgegenstand vorgenommenen Verfügung wird durch die Ausschlagung dann **nicht berührt**, wenn sie ohne Nachteil für den Nachlaß **nicht verschoben werden konnte**. Dem vorläufigen Erben ist also insoweit eine endgültige Verfügungsmacht erteilt. Selbst die Kenntnis des Dritten, zu dessen Gunsten verfügt wird, von dem Umstande, daß der Verfügende nur vorläufiger Erbe ist, schließt die Wirksamkeit der Verfügung nicht aus. War gegen den vorläufigen Erben im Wege der einstweiligen Verfügung ein gerichtliches Veräußerungsverbot erlassen worden, so greifen freilich § 135 Abs. 2, § 136 durch (vgl. auch M. V S. 538, 539). Über den Fall des Nachlaßkonkurses vgl. Erl. 8. Als Beispiele für Verfügungen der im Abs. 2 von § 1959 bezeichneten Art mögen erwähnt werden: Zahlung der Kosten der Beerdigung des Erblassers aus Erbschaftsgeldern, Veräußerungen von zum Nachlaß gehörenden und dem Verderben ausgesetzten Sachen, die Ausübung eines kurz befristeten Rücktritts- oder Wahlrechtes, die Erklärung einer Anfechtung, wenn sonst Verlust des Anfechtungsrechtes zu besorgen ist, die Annahme einer dem Nachlaß geschuldeten Leistung, deren Nichtannahme für den endgültigen Erben die Rechtsfolge des Annahmeverzugs oder sonstige Rechtsnachteile mit sich bringen würde (P. II Bd. 5 S. 569). Auch die Kündigung einer ausstehenden Forderung oder eines Miet- oder Pachtverhältnisses kann unter der Voraussetzung des Abs. 2 durch den einstweiligen Erben wirksam erfolgen.

b) Nimmt der vorläufige Erbe eine **Verfügung** über Nachlaßgegenstände vor, **die ohne Nachteil** für den Nachlaß allerdings **verschoben werden konnte**, so liegt darin normalerweise wirksame pro herede gestio. Es kann sich aber auch anders verhalten (z. B. wenn die pro herede gestio nach § 1949 Abs. 1 der Wirksamkeit entbehrt oder nach § 1954 mit Erfolg angefochten ist). Liegt ein solcher Fall vor, so ist die über das Maß des § 1959 Abs. 2 hinaus-

gehende Verfügung bei erfolgter Ausschlagung (vgl. auch § 1957) grundsätzlich unwirksam (§ 1953 Abs. 1). Ausnahmen hiervon können jedoch eintreten:

α) Wenn der vorläufige Erbe über eine in seinem Besitz sich befindende bewegliche Nachlaßsache verfügt hat. Hier kann dem gutgläubigen Dritten der Schutz nach Maßgabe der §§ 932 bis 935 zustatten kommen. Handelt es sich dabei nicht um Geld oder Inhaberpapiere (§ 935 Abs. 2), so entsteht die Frage, ob der Schutz des Dritten nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der vorläufige Erbe dem endgültigen Erben, hinsichtlich dessen nach rückwärts hin anzunehmen ist, daß auf ihn der Besitz des Erblassers mit dem Erbfall überging, den Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen habe (§ 935 Abs. 1). Es wird zu entscheiden sein, daß die Annahme einer verbotenen Eigenmacht und daher auch die Anwendung des § 935 Abs. 1 dann ausgeschlossen ist, wenn sich die vom vorläufigen Erben hinsichtlich der Nachlaßsache vorgenommene Besitzveränderung lediglich als Maßnahme zur Fürsorge für den Nachlaß darstellt. Im übrigen ist § 935 Abs. 1 allerdings zur Anwendung zu bringen.

β) Es ist denkbar, daß der vorläufige Erbe, dem nach erfolgter Annahme ein Erbschein erteilt worden ist, hinterher die Annahme mit Erfolg anficht. Hinsichtlich der vom vorläufigen Erben vorgenommenen Verfügungen sind Dritte dann nach Maßgabe der §§ 2366, 2367 geschützt.

γ) Es ist endlich noch zu berücksichtigen, daß eine vom vorläufigen Erben vorgenommene und infolge der Ausschlagung als unwirksam sich herausstellende Verfügung über einen Nachlaßgegenstand durch die vom endgültigen Erben nach § 185 Abs. 2 erteilte Genehmigung Wirksamkeit erlangt.

5. Durch den Abs. 3 wird dritten Personen die Möglichkeit eröffnet, **einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Erben** als solchem vorgenommen werden müssen, **dem einstweiligen Erben gegenüber mit Wirksamkeit** gegen den endgültigen Erben **vorzunehmen.** In Betracht kommen hauptsächlich Kündigung, Mahnung und Versetzung des Erben in Annahmeverzug, mag sie nun durch ein nur wörtliches (§ 295) oder durch ein tatsächliches (§ 294) Angebot zu bewirken sein; ferner auch Anfechtungs-, Rücktritts-, Genehmigungserklärungen und sicherlich auch die Annahme eines vom Erblasser gestellten und durch dessen Tod nicht hinfällig gewordenen Vertragsantrags. Die Wirksamkeit der Vornahme wird durch die Kenntnis des Dritten, daß der Empfänger der Willenserklärung nur vorläufiger Erbe ist, nicht ausgeschlossen und sie setzt im Gegensatz zu § 1959 Abs. 2 auch nicht voraus, daß die Vornahme der Handlung nicht verschoben werden konnte. Erfolgt die an den vorläufigen Erben sich richtende Erklärung des Dritten unter Abwesenden, so muß sie jenem vor der Ausschlagung zugegangen sein (§ 130). Dies ist aus den Worten „vorgenommen wird" und „bleibt wirksam" zu folgern, wenngleich der Gedanke des Abs. 3 an sich auch zu dem weitergehenden gegenteiligen Satze führen könnte.

Ein dem vorläufigen Erben von einem Dritten gemachter Antrag zu einem auf den Nachlaß sich beziehenden Vertragsabschluß fällt unter § 1959 Abs. 3 nicht. Denn es handelt sich hier nicht um ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben vorgenommen werden muß, ganz abgesehen davon, daß der Antragende häufig nur dem einstweiligen Erben persönlich wird gebunden sein wollen.

Von mehreren Schriftstellern (Herzfelder Erl. 3a zu § 1959; Kipp bei W. III S. 443) wird aus § 1959 Abs. 3 gefolgert, daß Nachlaßschuldner durch Leistung des Geschuldeten an den vorläufigen Erben unter allen Umständen befreit werden, selbst wenn die Voraussetzungen des § 1959 Abs. 2 nicht vorliegen. Dem ist zu widersprechen. Abs. 3 von § 1959 will dritten Personen für die Zeit, während welcher es ungewiß ist, wer der endgültige Erbe sein wird, lediglich die Möglichkeit zur wirksamen Vornahme von rechtsgeschäftlichen Handlungen verschaffen, die dem Erben als solchem gegenüber vorgenommen werden müssen. Um eine rechtsgeschäftliche Handlung solcher Art handelt es sich aber z. B. nicht, wenn ein Nachlaßschuldner dem Erben vorzeitige Erfüllung aufdrängen will. Hier kann der vorläufige Erbe mit für den Nachlaßschuldner im Verhältnis zum endgültigen Erben schlechthin befreiender Wirkung nur annehmen, wenn die Voraussetzung des Abs. 2 von § 1959 gegeben ist, also z. B. weil mit der Nichtannahme des Angebotenen die Gefahr verbunden wäre, daß der endgültige Erbe nichts erhalten würde. In § 2056 Abs. 2 von E. I kann die gegenteilige Meinung schon deshalb keine Stütze finden, weil dessen Inhalt und Fassung in § 1959 BGB. nicht festgehalten wurden.

Über die Anwendung des Abs. 3 auf den Fall, daß über das Vermögen des vorläufigen Erben Konkurs eröffnet worden ist, vgl. Jaeger, Komm. z. KO. (Anm. 9 zu § 9), der jedoch zu weit geht, wenn er eine, die vom vorläufigen Erben später ausgeschlagene Erbschaft betreffende rechtsgeschäftliche Willenserklärung eines Dritten schlechthin als wirkungslos

§. 1960. Bis zur Annahme der Erbschaft hat das Nachlaßgericht für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, soweit ein Bedürfniß besteht. Das Gleiche gilt, wenn der Erbe unbekannt oder wenn ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat.

---

behandelt, dafern sie statt dem vorläufigen Erben dem Konkursverwalter gegenüber abgegeben ist. Dies ist sicherlich dann unannehmbar, wenn der Dritte die Erbschaft als vom Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung angenommen und somit auch als zur Masse gehörend ansehen mußte, und wenn sich diese Voraussetzung erst hinterher infolge wirksamer Anfechtung der Erbschaftsannahme durch den Gemeinschuldner als unrichtig herausstellt.

6. Die Wirksamkeit eines vom vorläufigen Erben zwar auf Rechnung des Nachlasses aber im eigenen Namen mit einem Dritten geschlossenen **obligatorischen Vertrages** wird durch die Ausschlagung nicht berührt. Das Schuldverhältnis besteht hier lediglich zwischen dem vorläufigen Erben und dem Dritten. Für den endgültigen Erben ergeben sich daraus unmittelbare Berechtigungen oder Verpflichtungen gegenüber dem Dritten nicht. Selbst von einer Genehmigung eines solchen Vertrages durch den endgültigen Erben mit der Wirkung, daß jener nunmehr als ein auf den Namen des endgültigen Erben geschlossener gelte, kann nicht die Rede sein. Man wird mit Bezug auf einen Vertrag der bezeichneten Art daher auch nicht von einem zugunsten des endgültigen Erben bestehenden negotium claudicans reden dürfen (anders die früheren Auflagen dieses Werkes). Wohl aber kann der endgültige Erbe vom vorläufigen Erben nach Maßgabe der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1959 Abs. 1, §§ 681, 667) Abtretung des Anspruchs gegen den Dritten verlangen, und steht dem vorläufigen Erben, soweit er dem Dritten verpflichtet ist, nach Maßgabe derselben Grundsätze (§§ 683, 670, 257) gegen den endgültigen Erben ein Anspruch auf Befreiung zu. Als möglich ist übrigens anzuerkennen, daß der vorläufige Erbe den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag schon von vorneherein auf denjenigen stellt, welcher sich als endgültiger Erbe herausstellen wird; dann kommt § 179 zur Anwendung.

7. **Aktivprozesse des vorläufigen Erben.** Die Frage, ob der nur vorläufige Erbe zum Nachlaß gehörende Rechte im Wege der Klage geltend machen kann, wird unter entsprechender Anwendung des § 1959 Abs. 2 dann zu bejahen sein, wenn die Klagerhebung ohne Nachteil für den Nachlaß nicht verschoben werden konnte, man denke etwa an die herbeizuführende Unterbrechung der Verjährung oder Ersitzung. Unter derselben Voraussetzung wird der vorläufige Erbe auch einen vom Erblasser bereits anhängig gemachten Prozeß mit Wirkung für den endgültigen Erben aufnehmen können. Vgl. Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 226, Zivilprozeßrecht I S. 298. Der vorläufige Erbe wird bei seinem bezeichneten Vorgehen (damit darin nicht eine pro herede gestio erblickt werde) übrigens gut tun, wenn er zum Ausdrucke bringt, daß er endgültiger Erbe noch nicht sei. Allein er kann dies nicht immer; man denke nur an den Fall, daß der nur vorläufige Erbe sich optima fide für den bereits endgültigen Erben hält und daß erst hinterher die Unwirksamkeit der Annahme hervortritt (§ 1949 Abs. 1, § 1957). Selbst bei solcher Lage dürfte aber die innerhalb der bezeichneten Grenzen sich bewegende Prozeßführung des vorläufigen Erben dem endgültigen Erben zustatten kommen (vgl. aber doch auch Hellwig, Zivilprozeßrecht I S. 298). Über den Fall, wo der vorläufige Erbe bei seiner Prozeßführung die vorerwähnte Grenze überschreitet vgl. Hellwig a. a. O. S. 298 Anm. 16.

8. Kommt es noch vor der Annahme der Erbschaft zur **Eröffnung des Nachlaßkonkurses** (§ 216 KO.), so hat sich der vorläufige Erbe der Besorgung erbschaftlicher Geschäfte, soweit durch sie die Masse berührt werden könnte, zu enthalten, entfallen dessen in § 1959 Abs. 2 bestimmte Verfügungsrechte und können grundsätzlich auch Dritte Rechtsgeschäfte der in Abs. 3 von § 1959 bezeichneten Art nicht mehr dem vorläufigen Erben gegenüber vornehmen. Die abweichende Entscheidung Herzfelders Erl. 5 zu § 1959 berücksichtigt nicht das Eingreifen der §§ 6, 7, 8, KO.

§ 1960.

E. I § 2058, § 2059 Abs. 1; II § 1837, § 1838 Abs. 2 rev. § 1938; III § 1936. P. I S. 10811 ff., 10833 ff., 10837 f., 10844 ff., 10868 f., 11456, 12254; M. V S. 541 ff. P. II Bd. 5 S. 660, 664 ff.; Bd. 6 S. 338. D. S. 722. KB. S. 2099.

Literaturangaben s. in Vorbm. S. 39.

1. Mit dem § 1960 beginnen die Vorschriften über die **fürsorgende Tätigkeit des Nachlaßgerichts** (vgl. aber auch Art. 147 EG. und dazu Vorbm. unter III 2). Der Paragraph bestimmt

Das Nachlaßgericht kann insbesondere die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten sowie die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses anordnen und für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Pfleger (Nachlaßpfleger) bestellen.

Die Vorschrift des §. 1958 findet auf den Nachlaßpfleger keine Anwendung.

---

im Abs. 1 die Voraussetzungen, unter denen das Nachlaßgericht für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen berechtigt und verpflichtet ist, und gibt im Abs. 2 die Mittel an, die ihm zur Erfüllung dieser Aufgabe zu Gebote stehen. Der Abs. 3 sowie die §§ 1961, 1962 beziehen sich auf das besondere Sicherungsmittel der Nachlaßpflegschaft.

2. Hinsichtlich der **Voraussetzungen** für das Einschreiten des Nachlaßgerichts ist zu bemerken:

a) Der § 1960 Abs. 1 läßt die Tätigkeit des Nachlaßgerichts nur in bestimmt bezeichneten Fällen zu. In erster Reihe wird der Fall genannt, daß der Erbe bekannt ist, die Erbschaft aber noch nicht angenommen hat. Der praktisch wichtigste dürfte der zweite Fall sein, daß der Erbe unbekannt ist, d. h. daß keine Kenntnis darüber besteht, wer, sei es zunächst, sei es infolge der Ausschlagung eines anderen, als Erbe berufen ist. Über die Frage, wann der Erbe als bekannt bzw. unbekannt anzusehen ist, vgl. Bayr. ObLG. Bd. 3 S. 676, auch Rspr. 7 S. 132; KG. in KGJ. 29 S. A 206. Der dritte Fall, daß über die Annahme der Erbschaft durch einen Berufenen Ungewißheit besteht, ist namentlich im Hinblick auf die pro herede gestio von Bedeutung (vgl. übrigens auch §§ 2342 ff.), aber auch in den Fällen des § 1957, solange zweifelhaft ist, ob die Anfechtung begründet war, oder wenn Unsicherheit über den Beginn und Lauf der Ausschlagungsfrist besteht.

b) Auch wenn diese gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, tritt die Fürsorge des Nachlaßgerichts doch nur ein, **„soweit ein Bedürfnis besteht"** (vgl. aber doch auch Erl. zu § 1961). Hiermit ist einerseits eine weitere Voraussetzung aufgestellt, die aus der Lage des einzelnen Falles zu entnehmen ist, andererseits aber auch der Umfang des gerichtlichen Einschreitens bestimmt. Der Aufführung von Beispielsfällen hat das Gesetz sich enthalten; dem Ermessen des Nachlaßgerichts ist ein weiter Spielraum gelassen. Ob der Erbe außerstande ist, für den Nachlaß zu sorgen, ist nicht (wie nach dem E. I) entscheidend. Ein Bedürfnis für das Einschreiten des Gerichts besteht mit Rücksicht auf den endgültigen Erben und die Nachlaßgläubiger auch dann, wenn der berufene Erbe nicht behindert ist, sich aber gleichwohl um den Nachlaß nicht kümmert. Auf der anderen Seite besteht ein Bedürfnis für die Tätigkeit des Nachlaßgerichts nicht oder doch möglicherweise nicht, wenn in der Person des Erben Hinderungsgründe vorliegen, welche die Einleitung einer Vormundschaft oder Pflegschaft für ihn selbst rechtfertigen. Denn alsdann hat sich die Fürsorge des Vormundes oder Pflegers und des Vormundschaftsgerichts auch auf den dem Bevormundeten angefallenen Nachlaß zu erstrecken. Ein Bedürfnis besteht ferner regelmäßig nicht beim Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers, soweit dieser nach den Anordnungen des Erblassers zur Sorge für den Nachlaß berufen ist (§§ 2205, 2208, 2209). Der E. I (§ 2058 Abs. 2) hatte diesen Fall besonders hervorgehoben. Wird jedoch der Testamentsvollstrecker seinen Aufgaben nicht gerecht, so können gerade dadurch die Voraussetzungen für das Eingreifen des Nachlaßgerichts wieder gegeben sein. Vgl. Dernburg V § 129 Anm. 1.

c) Die Fürsorgepflicht des Nachlaßgerichts besteht auch dann, wenn die zu a bezeichneten Voraussetzungen nur in der Person eines **Miterben** vorliegen (KGJ. 23 S. A 202). Gemäß dem zu b entwickelten Grundsatze hat sich die gerichtliche Fürsorge auf den Erbteil des Miterben zu beschränken. Soweit jedoch die Durchführung der für erforderlich erachteten Maßregeln nicht möglich ist, ohne den übrigen Nachlaßbestand in Mitleidenschaft zu ziehen, sind sie auch auf diesen zu erstrecken. Inwieweit das Eingreifen des Gerichts im Hinblick auf das Vorhandensein der Miterben entbehrlich erscheint, ist eine Tatfrage, bei welcher es außer auf die Befähigung der Miterben auch auf deren Vertrauenswürdigkeit und auf die übereinstimmenden oder auseinandergehenden Interessen der Erben ankommen wird. Wegen der Befugnis der Miterben zur Ergreifung von Erhaltungsmaßregeln s. § 2038.

3. Die **Mittel**, welche der § 1960 Abs. 2 **zur Erfüllung der** im Abs. 1 bezeichneten **Aufgaben** dem Nachlaßgericht an die Hand gibt, sind zunächst Sicherungsmaßregeln tatsächlicher Natur, daneben aber wird in der Nachlaßpflegschaft auch die Möglichkeit einer rechtlichen Vertretung des Erben geschaffen.

a) Die **tatsächlichen Sicherungsmaßregeln** können nach der Natur der Sache nicht erschöpfend angegeben werden, das Gesetz führt nur einige Hauptbeispiele an. Wie schon aus diesen hervorgeht, wird die Aufgabe des Gerichts in erster Linie dahin gehen, auf die Erhaltung des bestehenden Zustandes Bedacht zu nehmen. Was die Siegelung des Nachlasses und die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses betrifft, so enthält hierüber weder das BGB. noch das FGG. nähere Vorschriften. Hinsichtlich des hierbei zu beachtenden Verfahrens (z. B. über die bei der Siegelung außer Sperre zu lassenden Gegenstände, über die Verwertung von Sachen, die dem Verderben ausgesetzt sind, über die Fortführung eines offenen Geschäfts, die Aufnahme eines Protokolls ꝛc.) läßt jedoch FGG. § 200 Abs. 1 für landesgesetzliche Vorschriften Raum. Nach Art. 140 EG. bleiben ferner die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen das Nachlaßgericht auch unter anderen als den im § 1960 Abs. 1 BGB. bezeichneten Voraussetzungen die Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses, sowie bis zu dessen Vollendung die erforderlichen Sicherungsmaßregeln, insbesondere die Anlegung von Siegeln von Amts wegen anordnen kann oder soll. Wegen der Unzulässigkeit des Verbots der Siegelung durch den Erblasser s. die Vorbm. zum Titel III 1 a. E. Der Behauptung Binders I S. 182, 183, daß dem Erben durch die Siegelung der auf ihn nach § 857 übergegangene Besitz an den in Frage stehenden Nachlaßsachen völlig entzogen werde, und daß sich diese Sachen während der Dauer der Siegelung in niemandes Besitz befinden, kann nicht beigestimmt werden; vgl. dagegen Strohal II § 62 Anm. 45. Das nach Maßgabe des § 1960 Abs. 2 aufgenommene Nachlaßverzeichnis hat nicht den Charakter eines vom Erben nach § 1993 beim Nachlaßgericht eingereichten „Inventars" (vgl. aber auch § 2004), doch wird hinsichtlich der Nachlaßaktiven § 2001 herangezogen werden können. Die Vorschrift des Art. 148 EG., wonach die Landesgesetzgebung die Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes zur Aufnahme des Inventars ausschließen kann, bezieht sich zweifellos auch auf das Nachlaßverzeichnis des § 1960 Abs. 2.

Wegen der Hinterlegung der in Abs. 2 bezeichneten Nachlaßgegenstände vgl. EG. Art. 144 ff., auch die entsprechenden Vorschriften des Vormundschaftsrechts (§§ 1808, 1818).

Aufgabe des Nachlaßgerichts ist nach Abs. 2 nur die Anordnung der betreffenden Maßnahmen. Die Ausführung kann den untergeordneten Gerichtsorganen, nach Maßgabe des Landesrechts aber auch anderen Beamten, insbesondere Notaren, übertragen werden. Wegen der Zuständigkeit fremder Konsuln zur Sicherung des Nachlasses ihrer Staatsangehörigen s. die Vorbm. zum Titel unter III Nr. 2.

Über die vom Kapitän oder dessen Stellvertreter zu treffenden Maßnahmen, wenn und soweit sich der Nachlaß eines verstorbenen Schiffsmanns oder des verstorbenen Kapitäns an Bord befindet, vgl. Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 § 65 Abs. 2—4.

Über die hinsichtlich der Sicherung des Nachlasses maßgebenden landesrechtlichen Vor-Vorschriften vgl. Weißler S. 91 ff., für Bayern Örtmann, Bayr. LPR. S. 644, für Sachsen Kloß, Sächs. LPR. S. 335, für Elsaß-Lothringen Kisch, EL. LPR. S. 975.

b) Über die rechtliche Natur der in der **Nachlaßpflegschaft** liegenden Vertretung, über die allgemeinen Grundsätze der Nachlaßpflegschaft, über die Aufgaben und Befugnisse und über die Verantwortlichkeit des Nachlaßpflegers ist in der Vorbm. zu diesem Titel unter III Nr. 5 das Nötige ausgeführt. Hier ist folgendes hervorzuheben:

α) Die **Anordnung** einer Nachlaßpflegschaft ist nach § 1960 Abs. 2 in allen Fällen zulässig, in denen nach Abs. 1 überhaupt die Fürsorge des Nachlaßgerichts eintritt (vgl. aber doch auch Erl. zu § 1961). Die Unterscheidung, die der E. I (§ 2058 Abs. 1, § 2059 Abs. 1) in den Voraussetzungen für die nur tatsächlichen Sicherheitsmaßregeln und für die Anordnung der Nachlaßpflegschaft machte, ist in das BGB. nicht übernommen. Der Hauptfall ist auch hier der der Unbekanntheit des Erben. Hiernach kann eine Nachlaßpflegschaft namentlich dann angeordnet werden, wenn zur Zeit des Erbfalls die Geburt eines Erben zu erwarten ist, mag es sich um den Universalerben oder nur um den Miterben handeln. Im letzteren Falle tritt die Nachlaßpflegschaft nur für den dem Miterben anfallenden Erbteil ein. Ist dieser mit Rücksicht auf die Zahl der zu erwartenden Kinder unbestimmt, so entbehrt freilich die Nachlaßpflegschaft einer festen Begrenzung ihres Umfanges, doch ist dies im Hinblick auf die Vorschriften des Miterbenrechts (vgl. insbesondere § 2043) ohne praktische Nachteile (M. V S. 544, 553). Ein verwandter Fall kann sich ergeben, wenn eine noch nicht genehmigte Stiftung als Erbe eingesetzt ist (§ 84).

Die Nachlaßpflegschaft mit Rücksicht auf einen heres nascturus kann neben der Pflegschaft angeordnet werden, die gemäß § 1912 zur Wahrung der künftigen Rechte der

Leibesfrucht eingeleitet ist. Denn die Aufgaben der einen und der anderen Pflegschaft decken sich nicht. Der nach § 1912 bestellte Pfleger und das ihm übergeordnete Vormundschaftsgericht haben lediglich die Interessen des nasciturus wahrzunehmen; der Nachlaßpfleger und das Nachlaßgericht dagegen sollen für denjenigen sorgen, welcher sich als endgültiger Erbe herausstellen wird. Ob die Vereinigung beider Pflegschaften in der Person eines und desselben Pflegers statthaft erscheint (vgl. preuß. ALR. I 9 § 372), hängt von den Umständen ab. Wesentlich verschieden von dem Nachlaßpfleger ist selbstverständlich der für einen zur Erbfolge berufenen Abwesenden bestellte Abwesenheitspfleger (vgl. dazu Bayr. ObLG. bei Warneyer JW. 4 Nr. 1 zu § 1960).

Darüber, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Bestellung eines Nachlaßpflegers für die unbekannten Erben nicht ausschließt, vgl. KGG. 25 S. A 333 und die Ausführung unter γ.

Die in den P. II Bd. 5 S. 659 (vgl. S. 820) angeregte, aber nicht entschiedene Frage, ob der einstweilige Erbe selbst zum Nachlaßpfleger bestellt werden kann, ist keine Rechts- sondern eine Zweckmäßigkeitsfrage, die regelmäßig zu verneinen sein wird. Denn bei der Nachlaßpflegschaft wird es sich, wenn sie nicht wegen Unbekanntschaft des Erben angeordnet wird, gerade darum handeln, die Interessen des endgültigen Erben und der Nachlaßgläubiger gegenüber dem einstweiligen Erben wahrzunehmen. — Die Bestellung mehrerer Nachlaßpfleger ist zulässig (vgl. §§ 1797, 1915).

β) Wie in der Vorbm. zum Titel unter III 5 c ε des näheren ausgeführt worden, ist der Nachlaßpfleger zur gerichtlichen Vertretung des Erben gegenüber allen Ansprüchen berufen, die gegen den Erben als solchen geltend gemacht werden. Hierbei kann die Vorschrift des des § 1958, daß ein gegen den Nachlaß sich richtender Anspruch vor der Annahme der Erbschaft nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden kann, dem Nachlaßpfleger nicht zustatten kommen. Denn jene Vorschrift bezweckt nur den Schutz der zur Erbfolge berufenen konkreten Person, während der Nachlaßpfleger denjenigen vertritt, welcher Erbe sein wird. Der Abs. 3 schließt daher den § 1958 für den Nachlaßpfleger aus. Dagegen kann auch der Nachlaßpfleger von den Rechtsbehelfen Gebrauch machen, die gemäß §§ 2014, 2015 dem (beschränkt haftenden) Erben zustehen (P. II Bd. 5 S. 666, 667, 829—831). Über den Beginn der für diese Rechtsbehelfe geltenden Fristen vgl. § 2017.

γ) Die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft ist gemäß § 1919 durch das Nachlaßgericht (§ 1962) auszusprechen, wenn der Grund für die Anordnung weggefallen ist. Dies ist aber, wenn die Pflegschaft wegen Unbekanntheit des Erben angeordnet worden ist, noch nicht der Fall, wenn der Erbe ermittelt ist, sondern erst dann, wenn er die Erbschaft angenommen oder wenn im Falle seiner Ausschlagung ein später berufener Erbe angenommen hat. Der § 2066 des E. I, der dies im wesentlichen aussprach, ist, wie die P. II Bd. 5 S. 669 ergeben, von der zweiten Kommission sachlich gebilligt worden. Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beendigt die Nachlaßpflegschaft nicht und ist auch noch kein Grund zu ihrer Aufhebung (P. II Bd. 5 S. 819); denn so lange ein endgültiger Erbe noch nicht vorhanden oder wenigstens nicht bekannt ist, fällt dem Nachlaßpfleger im Nachlaßkonkurs die Vertretung des Gemeinschuldners zu. Zur Verwaltung des Nachlasses, zur Verfügung über Nachlaßgegenstände und zur Prozeßführung in Rechtsstreitigkeiten über Nachlaßrechte ist aber der Nachlaßpfleger in diesem Falle freilich nicht mehr legitimiert.

Durch den Wegfall des Grundes, aus welchem die Nachlaßpflegschaft angeordnet wurde, für sich allein tritt deren Aufhebung noch nicht ein. Anders Dernburg V § 129 bei Anm. 4, der sich mit Unrecht darauf beruft, daß ja doch die Vormundschaft über einen Minderjährigen mit dessen Großjährigkeit erlischt, ohne Rücksicht darauf, ob das Vormundschaftsgericht diese anerkannt habe. Allein hierbei bleibt unberücksichtigt, daß eine von einer Behörde nach Ermessen und auf unbestimmte Zeit getroffene Maßnahme in ihrem Bestande weder durch das objektive Vorhandensein zureichender Gründe noch durch die Fortdauer der vorhanden gewesenen Gründe rechtlich bedingt ist. Die Gefahr, daß dem Erben die ihm gehörende Erbschaft durch einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit vorenthalten werde — davon redet Dernburg — ist praktisch schon deswegen nicht vorhanden, weil der Erbe die neben ihm auftretenden Erbprätendenten im Wege der erbrechtlichen Feststellungsklage aus dem Felde schlagen kann. Es liegt zugleich auf der Hand, daß es zu schwer erträglicher Rechtsunsicherheit führen müßte, wenn eine eingesetzte Nachlaßpflegschaft in der von Dernburg angenommenen Weise ipso iure erlöschen würde.

§. 1961. Das Nachlaßgericht hat in den Fällen des §. 1960 Abs. 1 einen Nachlaßpfleger zu bestellen, wenn die Bestellung zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, von dem Berechtigten beantragt wird.

---

4. Die **Kosten der gerichtlichen Sicherung** des Nachlasses, insbesondere der Nachlaßpflegschaft bilden eine Nachlaßverbindlichkeit und gehören im Nachlaßkonkurse zu den Massenschulden (KO. § 224 Nr. 4).

5. Erforderlichen Falles ist dem Nachlaßpfleger das **Armenrecht** zu bewilligen (RG. Bd. 50 S. 394).

§ 1961.

E. I § 2059 Abs. 2; II § 1836 Abs. 1 rev. § 1939; III § 1937. P. I E. 10813, 10815 ff., 10829 ff.; M. V E. 544. P. II Bd. 5 E. 666 f.

Salinger, Über die Rechtsverfolgung gegen die unbekannten Erben eines vor dem 1. Januar 1900 verstorbenen Erblassers in JW. 1905 S. 517.

1. Nach § 1958 kann vor der Annahme der Erbschaft gegen den Erben selbst ein Rechtsstreit erfolgreich nicht angestrengt werden, nach CPO. § 239 Abs. 5 gilt das gleiche für die Fortsetzung eines gegen den Erblasser begonnenen Rechtsstreits. Diese Vorschriften enthalten an sich eine erhebliche Beschränkung der Rechtsverfolgung, die bei der unter Umständen (§ 1944 Abs. 3) langen Dauer der Ausschlagungsfrist sogar zu einer Vereitelung des Rechtes würde führen können, wenn auch die Vollendung der Verjährung durch § 207 gehindert wird. Am stärksten tritt das Bedürfnis nach einer Abhilfe in den Fällen hervor, in welchen der Erbe unbekannt oder die Annahme der Erbschaft ungewiß ist. Der § 1961 gibt daher in den Fällen des § 1960 Abs. 1 **jedem Nachlaßgläubiger ein Recht auf die Bestellung eines Nachlaßvertreters**, gegen den er seinen Anspruch gerichtlich geltend machen kann. Diese Vertretung aber soll nicht eine Pflegschaft zur Besorgung einer einzelnen Angelegenheit, sondern im Interesse des Erben und der übrigen Nachlaßgläubiger eine vollständige Nachlaßpflegschaft sein. Der nach § 1961 bestellte Nachlaßpfleger hat den Nachlaß in vollem Umfang und unter Berücksichtigung aller beteiligten Interessen, nicht etwa nur im Interesse des beantragenden Gläubigers zu verwalten (M. V S. 554). Daraus folgt, daß die Nachlaßpflegschaft auch im Falle des § 1961 nicht mit der Durchführung oder sonstigen Erledigung des von dem beantragenden Gläubiger angestrengten Prozesses von selbst endigt (1918 Abs. 3), vielmehr bis zur Aufhebung durch das Nachlaßgericht fortbesteht und daß die Tunlichkeit der Aufhebung nach der Gesamtlage des Nachlasses, nicht nur mit Rücksicht auf die erledigte Veranlassung der Anordnung zu prüfen ist. Allerdings **kann** die auf Grund des § 1961 angeordnete Pflegschaft unter Umständen auch eine Pflegschaft für eine einzelne Angelegenheit sein, wie in der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 670, 795) anerkannt worden ist. So kann es sich z. B. verhalten, wenn neben dem bereits bestellten Nachlaßpfleger, etwa weil dieser in Ansehung der betreffenden Angelegenheit tatsächlich oder rechtlich verhindert ist, ein weiterer Pfleger nach § 1961 bestellt wird, oder wenn bei Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers ein Pflichtteilsberechtigter mit Rücksicht auf § 2213 Abs. 1 Satz 3 die Bestellung eines Nachlaßpflegers nach § 1961 zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs beantragt. In solchen Fällen ist für die Beendigung der Pflegschaft allerdings § 1818 Abs. 3 maßgebend, d. h. die Pflegschaft endigt mit der Beendigung der betreffenden Angelegenheit. Wegen der Bestellung eines besonderen Nachlaßvertreters für die Zwangsvollstreckung s. u. Erl. 3.

2. Die **Voraussetzungen** zur Bestellung eines Nachlaßpflegers nach § 1961 sind von denen des § 1960 **zum Teile verschieden**. Nach § 1960 erfolgt die Bestellung des Nachlaßpflegers vor allem zur Sicherung des Nachlasses. Nach § 1961 kommt es zur Bestellung eines Nachlaßpflegers auch, wenn ein Bedürfnis zur Sicherung des Nachlasses nicht besteht. Im Falle des § 1960 hat das Nachlaßgericht von Amtswegen vorzugehen, in dem des § 1961 nur auf Antrag eines (angeblichen) Nachlaßgläubigers, in jenem Falle hat es das Bedürfnis für den Nachlaß zu prüfen, in diesem beschränkt sich die Prüfung des Bedürfnisses hierzu darauf, ob zum Zwecke der vom Antragsteller angestrebten Prozeßführung die Bestellung eines Nachlaßpflegers erforderlich ist. Die Bestellung eines Nachlaßpflegers nach § 1961 entfällt somit, wenn der Erbe bekannt und wenn zugleich gewiß ist, daß er angenommen hat, ebenso regelmäßig dann, wenn bereits ein nach § 1960 bestellter Nachlaßpfleger oder ein verwaltender Testamentsvollstrecker vorhanden ist

§. 1962. Für die Nachlaßpflegschaft tritt an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht.

§. 1963. Ist zur Zeit des Erbfalls die Geburt eines Erben zu erwarten, so kann die Mutter, falls sie außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten, bis zur

---

(vgl. aber doch auch Erl. 1). In betreff der an den Antrag des Gläubigers zu stellenden Anforderungen, ist zu bemerken: Der Antragsteller wird jedenfalls glaubhaft zu machen haben, daß er einen gegen den Nachlaß sich richtenden persönlichen oder dinglichen Anspruch nötigenfalls (Rspr. 3 S. 251) im Prozeßwege durchzusetzen entschlossen ist. Hat er aber auch die rechtliche Existenz des Anspruchs glaubhaft zu machen? Dafür M. V S. 517, ebenso die bisherigen Auflagen dieses Werkes; Herzfelder S. 104; dagegen KG. 22 S. A 71 und Dernburg V § 129 Anm. 2. Man wird zu sagen haben, daß der Fall des § 1961 anders liegt als der des § 1994, wo das Gesetz die Glaubhaftmachung der Forderung des Gläubigers ausdrücklich verlangt. Ergibt sich freilich, daß von einem Rechtsanspruch gegen den Nachlaß vernünftigerweise keine Rede sein könne (man denke etwa an eine Spiel- oder Wettforderung), so wird dem Antrag auf Bestellung eines Nachlaßpflegers nicht stattzugeben sein. Zweifel über die rechtliche Begründung und Erweisbarkeit des Anspruchs werden dagegen das Nachlaßgericht nicht abhalten dürfen, dem Antragsteller die gerichtliche Verfolgung des Anspruchs nach § 1961 zu ermöglichen. Einem Mißbrauche des Antragsrechts wird das Nachlaßgericht durch Erfordern eines Kostenvorschusses entgegentreten können, sofern die Forderung eines Vorschusses nach den Landesgesetzen, die in betreff der Kosten der freiw. G. (bis zur Erlassung eines Reichsgesetzes) maßgebend bleiben, zulässig ist. Hierdurch wird jedoch daran nichts geändert, daß die Kosten der Nachlaßpflegschaft den Erben als Nachlaßverbindlichkeit belasten und daß deren Bezahlung von ihm nicht mit Berufung darauf abgelehnt werden kann, daß die Pflegschaft von anderer Seite beantragt worden sei (vgl. KG. in DJZ. 1903 S. 202).

3. Nach § 779 CPO. bedarf es zur Fortsetzung einer Zwangsvollstreckung, die zur Zeit des Todes des Schuldners bereits begonnen hatte, in dessen Nachlaß wegen des Umstandes, daß die Erbschaft noch nicht angenommen, oder daß der Erbe unbekannt oder daß ungewiß ist, ob er die Erbschaft angenommen hat, der Bestellung eines Nachlaßpflegers im Sinne des § 1961 nicht. Ist aber in solchem Falle für eine Vollstreckung die Zuziehung des Schuldners nötig, so hat das Vollstreckungsgericht unter der Voraussetzung, daß ein Nachlaßpfleger nicht bestellt ist und daß die Verwaltung des Nachlasses auch nicht einem Testamentsvollstrecker zusteht, auf Antrag des Gläubigers dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen (CPO. § 779 Abs. 2). Für die Beendigung dieser besonderen Pflegschaft ist § 1918 Abs. 3 maßgebend.

§ 1962.

E. I § 2061; II § 1839 rev. § 1940; III § 1938. P. I S. 10838 f., 10844; M. V S. 549. P. II Bd. 5 S. 667.

Die Vorschrift (vgl. auch FGG. § 88 a. E.) enthält eine Ausnahme von dem im E. I § 2060 besonders ausgesprochenen, im BGB. aber als selbstverständlich weggelassenen Satze, daß auf die Nachlaßpflegschaft die Vorschriften über die Pflegschaft (§§ 1909 ff.) Anwendung finden (vgl. die Vorbm. zum Titel unter III 5b). Die Übertragung der Obliegenheiten des Vormundschaftsgerichts auf das Nachlaßgericht beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen und entspricht dem in einigen Gebieten schon bisher geltenden Rechte (s. M. V S. 549). Nach dem FGG. (§§ 46, 75) kann das Nachlaßgericht aus wichtigen Gründen die Pflegschaft an ein anderes Nachlaßgericht abgeben, wenn dieses sich zur Übernahme bereit erklärt und, sofern bereits ein Nachlaßpfleger bestellt ist, auch dieser damit einverstanden ist. Diese Befugnis ist namentlich für den Fall von Bedeutung, wenn der Nachlaß in der Hauptsache aus Grundstücken besteht und diese nicht in dem Gerichtsbezirke liegen, in welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte (D. z. FGG. S. 45).

§ 1963.

E. I § 2027; II § 1840 rev. § 1941; III § 1939. P. I S. 10454 ff., 11337, 11455 f.; M. V S. 489 ff. P. II Bd. 5 S. 614 ff.

Schiffner, Gesetzl. Vermächtnisse S. 98 ff., Pflichtteil, Erbenausgleichung ꝛc. S. 151 ff.; Binder I S. 204—212; Strohal II § 62.

Entbindung standesmäßigen Unterhalt aus dem Nachlaß oder, wenn noch andere Personen als Erben berufen sind, aus dem Erbtheile des Kindes verlangen. Bei der Bemessung des Erbtheils ist anzunehmen, daß nur ein Kind geboren wird.

Unterhaltsanspruch der Mutter des ungeborenen Erben.

1. Die Vorschrift des § 1963 **bezweckt**, nach dem Vorgange fast aller neueren Gesetzgebungen einen Ersatz zu schaffen für die gemeinrechtliche missio in possessionem ventris nomine (vgl. über diese Windscheid III § 618; Dernburg III § 159 2c, auch M. IV S. 1262, 1263; über die neueren Rechte insbesondere Schiffner, Gesetzl. Verm. S. 99, 100). Sie beruht nicht sowohl auf einer Erweiterung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs der Mutter gegenüber ihrem Kinde, als auf einer gesetzlichen Fürsorge für den Ungeborenen. „Das Kind soll in der Mutter geschützt werden, indem für diese gesorgt wird" (M. V S. 489). Daher wird der Anspruch einerseits nicht etwa nur der Witwe des Erblassers, sondern ohne Unterschied in den Voraussetzungen und dem Umfange des Rechtes jeder Mutter eines zu erwartenden Erben, auch eines heres extraneus, beigelegt, andererseits nur soweit ausgedehnt, als es das Interesse des Erben erfordert. Möglicherweise können übrigens auch verschiedene Mütter erwarteter Miterben in Betracht kommen.

2. **Voraussetzung** des Anspruchs ist:

a) Daß der Ungeborene mit seiner Geburt Erbe wird (§ 1923 Abs. 2). Ob das Erbrecht auf Gesetz, Testament oder Erbvertrag beruht, ist gleichgültig, notwendig jedoch, daß es sich um eine mit der Geburt unmittelbar wirksam werdende Berufung handelt. Bei einer gesetzlichen Berufung hinter anderen oder einer Ersatzerbeinsetzung besteht der Anspruch nicht, solange nicht der zunächst Berufene weggefallen ist. Die hier in Frage stehende Voraussetzung ist selbstverständlich nicht gegeben, wenn der Ungeborene mit seiner Geburt überhaupt nicht als Erbe sondern lediglich als Pflichtteilsberechtigter oder als Vermächtnisnehmer in Betracht kommt.

b) Daß die Mutter außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Diese Voraussetzung hat hier dieselbe Bedeutung wie im § 1602 Abs. 1 für den Unterhaltsanspruch der Verwandten. Der Anspruch besteht also nur, wenn die Mutter weder Vermögen besitzt, aus dessen Einkünften oder Stamme sie sich unterhalten kann, noch sich durch Arbeit zu ernähren vermag. In letzterer Beziehung wird jedoch die Einschränkung zu machen sein, daß nur standesmäßige Arbeit erwartet werden darf.

3. Seinem **Inhalt und Umfange** nach geht der Anspruch auf standesmäßigen Unterhalt bis zur Entbindung. Es bestimmt sich also das Maß des Unterhalts nach der Lebensstellung der Mutter (§ 1610 Abs. 1). Da der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf umfaßt (§ 1610 Abs. 2), so hat die Mutter auch einen Anspruch auf Gewährung der Mittel zu den für ihre Person notwendigen besonderen Aufwendungen, die durch die Schwangerschaft veranlaßt werden. Dagegen liegt in den Worten „bis zur Entbindung" ausgesprochen, daß die Kosten des Wochenbetts von der Mutter zu tragen sind. Ein Antrag, wenigstens der Witwe des Erblassers einen Anspruch wegen dieser Kosten zu gewähren, wurde in der zweiten Kommission mit der Begründung abgelehnt, daß von ehelichem Aufwande nach Auflösung der Ehe nicht mehr die Rede sein könne, die Witwe auch durch ihr Erbrecht für das, was sie in der Ehe gehabt habe, entschädigt sei. Wenn hierbei das gleiche auch für die Kosten der Entbindung selbst angenommen wurde, so dürfte dem nur mit der Beschränkung beizutreten sein, daß die Kosten, die zur Herbeiführung der Geburt aufgewendet werden mußten, nicht der Mutter zur Last gelegt werden dürfen; sie sind auf das Kind verwendet und daher nach dem Grundgedanken der Vorschrift aus dessen Vermögen zu entnehmen. Schiffner will die Entbindungskosten ohne Unterschied einbeziehen.

Während § 1963 durch die Verwendung der Worte „standesmäßigen Unterhalt" eine unzweideutige Verweisung auf § 1610 enthält, wird daselbst (im Gegensatz zu § 1360 Abs. 3 und § 1580 Abs. 3) die entsprechende Anwendung sonstiger auf die gesetzliche Unterhaltspflicht der Verwandten sich beziehenden Vorschriften nicht angeordnet. Hieraus ist der Schluß zu ziehen, daß der im § 1963 bestimmte Anspruch lediglich mit Rücksicht auf seine Natur und seinen Inhalt zu beurteilen ist. Überwiegend wird freilich die Anwendung der §§ 1612—1614 für unbedenklich erklärt. Dies geht wohl zu weit. Nichts einzuwenden ist zwar gegen die Heranziehung von § 1612 Abs. 1; denn, was hier bestimmt ist, entspricht auch der Natur des auf § 1963 beruhenden Anspruchs. Anders verhält es sich aber schon mit § 1612 Abs. 3 (Abs. 2 entzieht sich von selbst der Anwendung). Denn der Erbe kann im Falle des § 1963 offenbar nicht verpflichtet sein, den

Unterhalt für drei Monate vorauszubezahlen, wenn sicher ist, daß bis zur bevorstehenden Entbindung drei Monate nicht vergehen werden (so übrigens auch Herzfelder); auch ist nicht einzusehen, warum der Mutter des erwarteten Erben, wenn sie etwa schon am ersten Tage nach dem Erbfall stirbt, das Anrecht auf den Unterhaltsbetrag für drei Monate (vgl. § 1612 Abs. 3 und § 760 Abs. 3) fest erworben sein soll. Was § 1613 betrifft, so würde dessen Anwendung auf den vorliegenden Fall mit Rücksicht auf den Zustand der Mutter und wegen des Umstandes, daß die Inverzugsetzung und die Herbeiführung der Rechtshängigkeit regelmäßig die Bestellung eines Nachlaßpflegers voraussetzt, zu unbilliger Härte führen. Auch für die Anordnung des § 1614 fehlt es an einem zureichenden Grunde.

Der Unterhalt ist der Mutter aus dem Nachlaß, oder wenn das Kind nur Miterbe ist, aus dem Erbteile des Kindes zu gewähren. Das Gesetz zieht hierbei die Möglichkeit in Betracht, daß die Mutter mehrere Kinder zur Welt bringt. In diesem Falle können die auf die mehreren Kinder entfallenden Erbteile zusammen möglicherweise größer sein als der Erbteil, welcher bei Geburt nur eines Kindes auf dieses entfallen würde. Beispiel: Als gesetzliche Erben kommen in Frage: Ein bereits vorhandener Enkel des Erblassers und ein noch zu erwartender Bruder (bzw. eine noch zu erwartende Schwester) dieses Enkels. Werden hier von der Mutter anstatt des erwarteten einen Kindes zwei Kinder geboren, so kommen denselben zusammen zwei Drittel der Erbschaft zu, während im Falle der Geburt nur eines Enkels auf diesen nicht mehr als die Hälfte der Erbschaft entfallen sein würde. Auf solche Gestaltungen bezieht sich der Schlußsatz des § 1963. Er bedeutet in Anwendung auf den gegebenen Fall, daß die Mutter den Unterhalt nur aus der Hälfte der Erbschaft beanspruchen und darauf, daß sie in Wirklichkeit mehrere Kinder zur Welt bringt, auch keine Nachforderung stützen kann.

Der Unterhalt ist, da die Leistung im Interesse des Erben erfolgt, nicht ausschließlich aus den Nutzungen, sondern nötigenfalls auch aus dem Stamme des Nachlasses bzw. Erbteils zu gewähren. Solange der Mutter das im § 1963 bestimmte Recht zusteht, kann sie von ihren Verwandten nur insoweit Unterhalt beanspruchen, als ihr aus dem Nachlasse bzw. dem Erteil ihres Kindes standesmäßiger Unterhalt nicht gewährt werden kann.

4. Dem durch § 1963 begründeten Anspruch der Mutter entspricht eine **eigenartige Nachlaßverbindlichkeit** (§ 1967), die als solche von demjenigen zu tragen ist, welcher sich hinterher als Erbe bzw. Teilerbe herausstellt, also regelmäßig von dem Nachgeborenen selbst. Den Charakter eines gesetzlichen Vermächtnisses (so Schiffner) im Sinne der §§ 1932, 1969 hat der Anspruch aus § 1963 jedenfalls nicht. Denn im Gegensatz zu jenen reinen Dispositivbestimmungen ist die Vorschrift des § 1963 nach der Richtung hin zwingender Natur, daß der Erblasser den Anspruch der schwangeren Mutter insoweit nicht ausschließen oder beschränken kann, als auf den erwarteten Erben, dafern er lebend geboren wird, in seiner Eigenschaft als Erbe wirklich etwas aus dem Nachlaß entfällt (vgl. Strohal II § 62 Anm. 11). Da ferner der Unterhaltsanspruch der Mutter nicht um ihretwillen sondern nur im Interesse des erwarteten Erben gewährt ist, so kann eine Anfechtung dieses Anspruchs nicht darauf gestützt werden, daß die Mutter des erwarteten Erben dem Erblasser gegenüber erbunwürdig sei, während diese Anfechtung bei einem vermächtnisrechtlichen Anspruch nach § 2345 zulässig sein müßte.

Besonderer Erwägung bedürfen folgende Punkte:

a) Wie verhält es sich mit dem Unterhaltsanspruch der Mutter des erwarteten Erben bei Überschuldung des Nachlasses? Die Vorschrift des § 1963 beruht offenbar auf dem Gedanken, daß dasjenige, was der bereits geborene Erbe aus dem Nachlaß erhalten würde, dem noch nicht geborenen Erben wenigstens insoweit zustatten kommen soll, als erforderlich ist, damit er zur Welt komme. Dies führt zum Schlusse, daß der Anspruch der Mutter auf Unterhalt nur insoweit begründet ist, als ein Überschuß der Aktiven über die Passiven vorhanden ist und somit bei schon von vornherein vorhandener Überschuldung des Nachlasses entfällt. Denn welchen Sinn sollte es haben, daß durch Unterhaltsgewährung an die Mutter zum Nachteil der übrigen Nachlaßgläubiger für die Geburt eines Erben gesorgt wird, für den, wenn er bereits geboren wäre, dessen gesetzlicher Vertreter die Erbschaft pflichtgemäß ausschlagen müßte? Dasselbe Ergebnis läßt sich übrigens auch aus § 1603 ableiten. Wie hier Strohal II § 62 unter I in eingehender Ausführung und Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem BGB. S. 101 Anm. 47; a. A. Jaeger, Komm. z. KO. Erl. 13 zu § 226, der den Anspruch der Mutter im Falle des Nachlaßkonkurses ohne weiteres als gewöhnliche Konkursforderung behandeln will, ebenso Herzfelder S. 108. Hat der Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker den Unterhalt der Mutter vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bestritten, so finden die §§ 1978, 1979 ent-

sprechende Anwendung. Soweit der Anspruch der Mutter zur Zeit des Erbfalls begründet war, wird er durch eine nachträgliche Überschuldung des Nachlasses selbstverständlich nicht aufgehoben und unter der bezeichneten Voraussetzung kann er daher auch im späteren Nachlaßkonkurse als Konkursforderung geltend gemacht werden.

b) Gegen wen ist der Anspruch der Mutter geltend zu machen? Kommt der erwartete Erbe als Alleinerbe in Betracht, so kann die Geltendmachung des Anspruchs vor der Geburt des Erben offenbar nur gegenüber einem Nachlaßpfleger (der erforderlichen Falles nach § 1961 zu bestellen ist) und bei Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers gegen diesen geltend gemacht werden. Soll der erwartete Erbe dagegen Miterben haben, so macht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs gegenüber dem zur Verwaltung des ganzen Nachlasses berufenen Testamentsvollstrecker auch hier keine Schwierigkeit. Fehlt es an einem solchen und haben die Miterben noch nicht angenommen, so erfolgt die Geltendmachung gegen den Nachlaßpfleger. Wie verhält es sich aber, wenn die Miterben des Ungeborenen bekannt sind, und wenn die erfolgte Annahme der ihnen angefallenen Erbteile außer Zweifel steht? Dann kann der Anspruch jedenfalls gegen den in Ansehung des eventuellen Erbteils des Ungeborenen bestellten Nachlaßpfleger (von einem solchen in Ansehung des Gesamtnachlasses, den Binder I S. 210 im Auge hat, kann hier nicht die Rede sein) geltend gemacht werden. Die Frage aber, ob auf Grund eines gegen den Nachlaßpfleger erwirkten Vollstreckungstitels die Pfändung des vorhin bezeichneten Anteils am Nachlaß zulässig ist (CPO. § 859 Abs. 2), ist unbedenklich zu bejahen. Denn der Umstand, daß die Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft in diesem Falle nach § 2043 Abs. 1 soweit (also nicht vollständig und unter allen Umständen) die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, bis zur Hebung der Unbestimmtheit aufgeschoben werden muß, steht der Pfändung nicht entgegen. Diese erweist sich vielmehr als wirksam gegenüber demjenigen, welcher den fraglichen Erbteil endgültig erwirbt. Anders freilich Binder I S. 208, 209. Nach dessen Ansicht haftet im bezeichneten Falle für den Anspruch der Mutter immer der Gesamtnachlaß und soll der im § 1963 erwähnte Erbteil des Kindes nur als Berechnungsmaßstab (so jetzt auch Dernburg V § 152 Anm. 6; etwas anders Schiffner, Pflichtteil S. 153) in Betracht kommen. Eine von Binder nicht klar genug hervorgehobene Konsequenz dieser Auffassung würde sein, daß der Anspruch der Mutter im vorausgesetzten Falle mit praktischem Erfolge nur auf Grund eines nicht nur gegenüber dem Nachlaßpfleger sondern auch gegenüber den Miterben erwirkten Vollstreckungstitels durchgesetzt werden könnte. Zufolge des hier vertretenen Standpunktes sind dagegen die Miterben des Ungeborenen bei der bezeichneten Sachlage aus dem Grunde nicht passiv legitimiert, weil die Klägerin nur Befriedigung aus dem für den Ungeborenen in Frage kommenden Erbteil verlangen kann.

Völlig zweifellos ist, daß der Anspruch der Mutter nicht gegenüber dem nach § 1912 für die Leibesfrucht bestellten Pfleger geltend gemacht werden kann, da diesem nur die Wahrung der Rechte des Ungeborenen obliegt (M. IV S. 1263).

In den bisherigen Auflagen dieses Werkes ist mit Rücksicht darauf, daß der der Mutter des erwarteten Erben nach § 1963 gebührende Unterhalt aus dem Nachlaß bzw. aus dem daselbst bezeichneten Erbteil zu gewähren ist, von einem eigenartigen Falle sachlich beschränkter Haftung gesprochen worden. Dies ist in dem Sinne zu verstehen, daß sich die Entscheidung der Frage, ob und in welchem Umfange der Anspruch begründet ist, nach demjenigen bestimmt, was aus dem Nachlasse aufgebracht werden kann. Wird der Anspruch zu einer Zeit geltend gemacht, zu der noch unentschieden ist, wer Erbe wird, so kann übrigens von der Haftung eines anderen Vermögens als des Nachlasses ohnedies nicht die Rede sein. Erfolgt die Geltendmachung aber, etwa im Falle einer Totgeburt, erst hinterher gegen denjenigen, welcher statt des zunächst erwarteten Erben Erbe wirklich geworden ist, so würde sich das Maß der Haftung desselben für den hier in Frage kommenden Unterhalt selbst bei bereits eingetretener allgemein unbeschränkter Haftung, nur nach der erworbenen Erbschaft bzw. dem in Frage kommenden Erbteil und nicht nach dessen sonstigem Vermögen richten. In Ansehung des hiernach sich ergebenden Betrags der Haftung würde jedoch die Zwangsvollstreckung im vorausgesetzten Falle allerdings auch in das Eigenvermögen des Erben geführt werden können. Vgl. hierzu übrigens auch Strohal II § 62 Anm. 9; Binder I S. 211.

5. Tritt die erwartete Geburt eines Erben nicht ein, so ist die Schwangere unter Umständen zur Rückerstattung des Empfangenen verpflichtet. Eine solche Verpflichtung besteht entsprechend dem bisherigen Rechte (Windscheid III § 618 Anm. 9, preuß. ALR. I 9 §§ 377, 381) nicht, wenn zufolge einer Fehlgeburt oder Totgeburt kein lebendes Kind zur Welt kommt.

§. 1964. Wird der Erbe nicht innerhalb einer den Umständen entsprechenden Frist ermittelt, so hat das Nachlaßgericht festzustellen, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist.

Die Feststellung begründet die Vermuthung, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe sei.

§. 1965. Der Feststellung hat eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldungsfrist vorauszugehen; die Art der Bekanntmachung und die Dauer der Anmeldungsfrist bestimmen sich nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften. Die Aufforderung darf unterbleiben, wenn die Kosten dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnißmäßig groß sind.

Ein Erbrecht bleibt unberücksichtigt, wenn nicht dem Nachlaßgerichte binnen drei Monaten nach dem Ablaufe der Anmeldungsfrist nachgewiesen wird, daß das Erbrecht besteht oder daß es gegen den Fiskus im Wege der Klage geltend gemacht ist. Ist eine öffentliche Aufforderung nicht ergangen, so beginnt die dreimonatige Frist mit der gerichtlichen Aufforderung, das Erbrecht oder die Erhebung der Klage nachzuweisen.

Hat keine Schwangerschaft bestanden und die Frau dies gewußt, so ist sie nach §§ 823, 826 schadensersatzpflichtig; hat sie sich im Irrtum befunden, so haftet sie nach § 812 auf die Bereicherung. In gleicher Weise ist zu unterscheiden, wenn sich herausstellt, daß die Leibesfrucht aus einer Zeugung herrührt, nach der ihr das Erbrecht nicht zusteht, insbesondere bei Erzeugung außer der Ehe oder im Falle des § 1600 nicht in derjenigen Ehe, welche die Verwandtschaft mit dem Erblasser vermitteln würde.

6. Der § 1963 findet nach § 2141 auf den Fall der Nacherbfolge entsprechende Anwendung.

§ 1964.

E. I § 2067 Abs. 4; II § 1841 Abs. 1 rev. § 1942; III § 1940. P. I S. 10660, 10663 ff.; M. V S. 555. P. II Bd. 5 S. 670; Bd. 6 S. 338, 395. D. S. 721.

Matthiessen in Lobes ZBl. Bd. 6 S. 387. Weitere Literatur s. bei § 1936.

§ 1965.

E. I § 2067 Abs. 1—3; II § 1841 Abs. 2, 3 rev. § 1943; III § 1941. P. I S. 10657 ff.; M. V S. 554 ff. P. II Bd. 5 S. 670; Bd. 6 S. 358.

Einstweilige Feststellung des Erbrechts des Fiskus durch das Nachlaßgericht.

1. Ist der Erbe unbekannt, so hat das Nachlaßgericht, wie aus dem Vordersatze des § 1964 Abs. 1 hervorgeht, seine Tätigkeit auch auf die **Ermittelung des Erben** auszudehnen. Das Gericht hat nach dem FGG. § 12 von Amtswegen die erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen, nach § 15 daselbst ist es insbesondere auch zur eidlichen Vernehmung von Zeugen befugt. Den Personen, die nach dem Ergebnisse der Ermittelungen als Erben in Frage kommen, wird zwecks Wahrnehmung ihrer Rechte Nachricht zu geben sein.

2. Führen die Ermittelungen nicht zu dem Ergebnisse, daß eine bestimmte Person (ev. auch ein nasciturus, § 1923 Abs. 2) oder doch wenigstens einer von mehreren streitenden Prätendenten auf Grund des Gesetzes oder einer Verfügung von Todeswegen als der Erbe erscheint, so kommt nach § 1936 der Fiskus als Erbe in Betracht (vgl. aber auch hier Art. 138 EG.). Durch § 1964 wird dem Nachlaßgerichte zur Pflicht gemacht, das Vorhandensein der Voraussetzungen für das Erbrecht des Fiskus einstweilig festzustellen. Zu dem Ende soll, wie § 1965 im Anschluß an bisher geltendes Recht (insbesondere preuß. ALR. I 9 §§ 477 ff., II 16 § 24; sächs. GB. § 2619) vorschreibt, seitens des Gerichts eine **öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte** ergehen. Der Ablauf einer bestimmten Zeit seit dem Erbfalle (preuß. ALR. I 9 §§ 371, 378) ist nicht zur Voraussetzung gemacht, vielmehr soll hierüber das von der Berücksichtigung der Umstände des Falles (§ 1964 Abs. 1) geleitete Ermessen des Nachlaßgerichts entscheiden. Ebensowenig ist die vorherige Anordnung einer Nachlaßpflegschaft oder, falls ein Nachlaßpfleger bestellt ist, dessen Antrag erforderlich. Dagegen liegt eine im Gesetze nicht besonders ausgesprochene aber tatsächlich in Betracht kommende Voraussetzung in dem Vorhanden-

sein einer Nachlaßmasse, die zur Deckung der Kosten des Verfahrens ausreicht; außerdem darf nach § 1965 Abs. 1 Satz 2 die öffentliche Aufforderung unterbleiben, wenn die Kosten dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismäßig groß sind (vgl. § 1980 a. E.). Gegen die vom Nachlaßgericht ausgesprochene Feststellung kann nicht nur ein anderer Prätendent sondern auch der Fiskus selbst nach §§ 19, 20 FGG. Beschwerde einlegen (KGJ. 27 S. A 49).

3. Wie aus § 1964 Abs. 2 hervorgeht, bezweckt die im § 1965 Abs. 1 vorgeschriebene öffentliche Aufforderung zur Anmeldung von Erbrechten so wenig wie die öffentliche Aufforderung, die der Erteilung des Erbscheins vorausgeht (§ 2358 Abs. 2), die Ausschließung eines Erbrechts. Es findet daher auch **kein eigentliches Aufgebotsverfahren, insbesondere nicht die Androhung eines Rechtsnachteils statt.** Nur hinsichtlich der Art der Bekanntmachung und der Dauer der zu bestimmenden Anmeldungsfrist sollen die für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften maßgebend sein. Aus den hiernach entsprechend anwendbaren Vorschriften der CPO. §§ 948 bis 950, 204 ergibt sich folgendes:

a) Die Bekanntmachung der Aufforderung erfolgt

α) durch (zweiwöchige) Anheftung an die Gerichtstafel,

β) durch einmalige Einrückung des vollen Inhalts in den Deutschen Reichsanzeiger,

γ) durch zweimalige Einrückung eines Auszugs in das für die amtlichen Bekanntmachungen des Nachlaßgerichts bestimmte Lokalblatt,

δ) nach dem Ermessen des Gerichts auch noch durch Einrückung in andere Blätter und zu mehreren Malen.

b) Die Anmeldungsfrist muß mindestens sechs Wochen betragen, gerechnet vom Tage der (ersten) Einrückung in den Reichsanzeiger.

Ob ein Termin zur Verhandlung über angemeldete Rechte angesetzt werden soll, ist reichsgesetzlich dem Ermessen des Nachlaßgerichts überlassen, nach dem FGG. § 200 Abs. 1 würde es jedoch im Wege der Landesgesetzgebung vorgeschrieben werden können. Ebenso kann durch Landesgesetz oder im Verwaltungswege dem Nachlaßgerichte die Verpflichtung auferlegt werden, die fiskalische Behörde von einer Anmeldung zu benachrichtigen.

4. Erfolgt bis zum Ablaufe der Anmeldungsfrist keine Anmeldung, so muß das Nachlaßgericht doch mit der Feststellung des Erbrechts des Fiskus noch drei Monate warten, weil die Geltendmachung eines Erbrechts nach § 1965 Abs. 2 (vgl. E. I § 2067 Abs. 3: „vor oder nach Ablauf der Anmeldungsfrist"; s. auch CPO. § 951) auch noch nach verstrichener Anmeldungsfrist bis zum Ablaufe der drei Monate mit der Wirkung erfolgen kann, daß das Recht vom Nachlaßgerichte zu berücksichtigen ist (vgl. auch Rspr. 8 S. 384 und KG. in RJA. 6 S. 106).

Zur Berücksichtigung eines angemeldeten Erbrechts ist aber weiter erforderlich, daß dem Nachlaßgerichte innerhalb der drei Monate der Nachweis geführt wird entweder, daß das Erbrecht besteht oder daß es gegen den Fiskus im Wege der Klage geltend gemacht ist. Es wird sich hierbei in der Regel um die Erbrechtsfeststellungsklage handeln. Inwieweit das Nachlaßgericht die Prüfung des Bestehens eines behaupteten Erbrechts selbst vornehmen oder aber den vermeintlich Erbberechtigten auf den Weg des Prozesses verweisen will, ist seinem pflichtmäßigen Ermessen überlassen. Wird eine umfangreiche Beweisaufnahme notwendig, so wird wohl stets der letztere Weg vorzuziehen sein. Daß die Klage gegen den Fiskus und nicht (wie nach preuß. Rechte, Entsch. d. Ob.Trib. Bd. 24 S. 23) gegen den Nachlaßpfleger zu richten ist, erklärt sich daraus, daß der Nachlaßpfleger (sofern überhaupt ein solcher bestellt ist) nach dem BGB: Vertreter des wirklichen Erben ist und daher nicht zur Sache legitimiert sein würde. Natürlich bedarf es der Klagerhebung gegen den Fiskus nicht, wenn dieser gegen denjenigen, welcher ein Erbrecht anmeldet, seinerseits die negative Feststellungsklage anstrengt.

Ist die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte auf Grund des § 1965 Abs. 1 Satz 2 unterblieben, so soll nach Abs. 2 Satz 2 die dreimonatige Frist für die Erbringung des Nachweises beginnen mit der gerichtlichen Aufforderung, das Erbrecht oder die Erhebung der Klage nachzuweisen. Diese Vorschrift berücksichtigt offenbar nur den Fall, daß eine Anmeldung erfolgt, und läßt die Frage offen, wann die Feststellung des Erbrechts des Fiskus stattfinden darf, wenn keine öffentliche Aufforderung ergangen und keine Anmeldung erfolgt ist. Es wird anzunehmen sein, daß in diesem Falle mit der Feststellung gewartet werden muß, bis seit der letzten auf die Ermittelung des Erben gerichteten Amtshandlung des Nachlaßgerichts drei Monate verstrichen sind.

5. In welcher Weise ein angemeldetes Recht zu berücksichtigen ist, bezüglich dessen der im § 1965 Abs. 2 erforderte Nachweis rechtzeitig erbracht wird, ist im Gesetze nicht

entschieden. Hat das Nachlaßgericht die Überzeugung gewonnen, daß das Erbrecht besteht, so ist damit natürlich das Ermittelungsverfahren beendigt. Dem Fiskus steht freilich gegen die Entscheidung des Nachlaßgerichts, durch welche die Feststellung seines Erbrechts abgelehnt und die Auskantwortung des Nachlasses an den Erbprätendenten angeordnet wird, die Beschwerde (§§ 19, 20 FGG.) und nach deren rechtskräftiger Verwerfung oder sogleich an Stelle der Beschwerde die Klage im ordentlichen Rechtswege zu (ungerechtfertigte Zweifel bei Binder I S. 216 Anm. 28), zunächst aber hat es bei der Entscheidung des Nachlaßgerichts sein Bewenden (vgl. FGG. § 24). Ist es dagegen zum Prozesse zwischen dem Erbprätendenten und dem Fiskus gekommen, so besteht an sich für das Nachlaßgericht die doppelte Möglichkeit, entweder das Verfahren bis zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits auszusetzen oder das Erbrecht des Fiskus unter Vorbehalt des gegen ihn im Klagewege geltend gemachten Rechtes festzustellen (vgl. CPO. § 953). Im preuß. Rechte, nach welchem ein förmliches Aufgebot des erblosen Nachlasses stattfand, war der Vorbehalt angemeldeter Erbrechte im Ausschlußurteile zulässig (RG. Bd. 8 S. 243; Eccius IV § 264 Anm. 17, aber auch § 268 hinter Anm. 16), nach dem BGB. dagegen dürfte nur der Weg der Aussetzung des Verfahrens gangbar sein. Eine Feststellung des Erbrechts des Fiskus unter dem Vorbehalte des Erbrechts eines anderen kann ebenso wenig als zulässig angesehen werden wie die Erteilung des Erbscheins unter einem derartigen Vorbehalte (vgl. § 2360 Abs. 1). Hierfür sprechen auch die M. V S. 556. Das Nachlaßgericht hat also den Gang des Prozesses zu verfolgen und wird für befugt zu erachten sein, wenn der Kläger (Erbprätendent) die Betreibung des Rechtsstreits verzögert, ihm eine Frist mit der Androhung zu bestimmen, daß nach deren Ablaufe die Feststellung des Erbrechts des Fiskus erfolgen werde.

6. Matthiessen a. a. O. wirft die in der bisherigen Literatur zum Erbscheinverfahren bisher noch nicht hinreichend gewürdigte Frage auf, wie das Nachlaßgericht zu verfahren habe, „wenn zwar das Vorhandensein gesetzlicher Erben feststeht, das Fehlen oder der Wegfall der näheren Erben aber nicht nachgewiesen werden kann". Hierüber ist an dieser Stelle (Genaueres ist erst in Erl. zu § 2358 auszuführen) folgendes zu bemerken: Liegt der Fall so, daß eine bestimmte Person, die vor dem Fiskus zur Erbfolge berufen sein würde, nicht ermittelt wird, so steht der einstweiligen Feststellung durch das Nachlaßgericht, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe sei, selbst der Umstand nicht entgegen, daß mit der Möglichkeit, ja vielleicht sogar mit der Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins eines dem Fiskus vorangehenden Erben gerechnet werden muß. Führt die Ermittelung jedoch (noch vor dem Ablauf der dreimonatigen Frist des § 1965 Abs. 2) zu dem Ergebnisse, daß eine bestimmte Person, welche dem Fiskus als gesetzlichem Erben vorgeht, jedenfalls vorhanden ist, außerdem aber noch dazu, daß möglicher- oder sogar wahrscheinlicherweise noch nähere, individuell aber nicht feststellbare Erben vorhanden sein könnten, so erscheint die Feststellung, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe sei, hierdurch sicherlich als ausgeschlossen (vgl. auch Matthiessen S. 392 ff., besonders S. 398). Eine andere, hier noch nicht zu erörternde Frage ist, ob der ermittelten bestimmten Person, ungeachtet des Umstandes, daß ihre unmittelbare Erbfolge nicht außer Zweifel steht, ein Erbschein erteilt werden darf (vgl. hierüber vorläufig Matthiessen S. 388 ff., S. 399).

7. **Wirkung der Feststellung.** Durch die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, wird ein bestehendes Erbrecht einer Privatperson keineswegs ausgeschlossen. Der Weg der prozessualen Geltendmachung ihres Erbrechts bleibt ihr offen. Die Feststellung begründet nach § 1964 Abs. 2 eben nur die nach allgemeinen Grundsätzen (CPO. § 292) dem Gegenbeweis unterliegende **Vermutung, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe** sei. Insoweit hat die Feststellung die gleiche Wirkung wie die Erteilung eines Erbscheins (§ 2365). Dagegen ist die weitergehende Wirkung des Erbscheins, nämlich der Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit dem im Erbschein Bezeichneten auf seiten eines gutgläubigen Dritten (§§ 2366, 2367) noch nicht mit der Feststellung verbunden. Ein dahingehender Antrag ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (P. II Bd. 6 S. 358), weil kein Anlaß bestehe, in der fraglichen Richtung für den Fiskus eine Sonderbestimmung zu treffen. Der Fiskus kann aber auf Grund der Feststellung die Erteilung eines Erbscheins beantragen (§ 2353), wie im E. I § 2067 Abs. 4 besonders hervorgehoben war. Eine weitere Folge der Feststellung ist, daß der Nachlaß nunmehr an den Fiskus auszuhändigen und die etwa bestehende Nachlaßpflegschaft aufzuheben ist (§ 1942 Abs. 2, § 1960 Abs. 1). Auch ist nunmehr die Aktiv- und Passivlegitimation des Fiskus hinsichtlich des Nachlasses begründet (§ 1966).

§. 1966. Von dem Fiskus als gesetzlichem Erben und gegen den Fiskus als gesetzlichen Erben kann ein Recht erst geltend gemacht werden, nachdem von dem Nachlaßgerichte festgestellt worden ist, daß ein anderer Erbe nicht vorhanden ist.

Zweiter Titel.

Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

---

8. Die Feststellung erfolgt zu den Akten des Nachlaßgerichts; nach dem FGG. § 78 hat das Gericht die Einsicht der vorausgegangenen Ermittelung jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, auch ist auf Verlangen eine beglaubigte Abschrift der betreffenden Schriftstücke zu erteilen.

9. Da die Feststellung des Erbrechts des Fiskus nicht nur im Interesse des letzteren, sondern im Interesse aller Beteiligten erfolgt (vgl. § 1942 Abs. 2, § 1966), so kann sich der Fiskus dem Verfahren nicht mit der Erklärung entziehen, daß er mit der Sache nichts zu tun haben wolle. Wie die M. (V S. 556) hervorheben, auch dadurch nicht, daß er sich, wenn mehrere Erbprätendenten aufgetreten sind, auf die Erklärung beschränkt, nicht bestreiten zu wollen, daß irgend einem der mehreren das Erbrecht zustehe. Die vollständige Durchführung dieses Gedankens scheitert jedoch daran, daß im Prozesse mit dem Fiskus in Ermangelung besonderer Vorschriften der CPO. die Grundsätze der Verhandlungsmaxime zur Anwendung kommen. Danach wird, falls sich nur ein Erbberechtigter meldet und der Fiskus dessen Erbrecht anerkennt, daß Nachlaßgericht diesem den Nachlaß auszuhändigen und von der Feststellung des Erbrechts des Fiskus abzusehen haben, auch wenn es seinerseits von dem Erbrechte des Prätendenten nicht überzeugt ist. Denn nach CPO. § 307 würde auch im Prozeß auf das Anerkenntnis des Fiskus dessen Verurteilung erfolgen. Sollte später ein Nachlaßgläubiger ein Interesse daran haben, nicht den Erbprätendenten, sondern den Fiskus als Erben in Anspruch zu nehmen, so kann im Hinblick auf § 1966 das Verfahren vor dem Nachlaßgerichte wieder aufgenommen werden. Des weiteren werden, wenn mehrere vermeintliche Erbberechtigte aufgetreten sind und der Fiskus einen bestimmten von ihnen als den Erben anerkennt, die Klagen der übrigen gegen diesen und nicht gegen den Fiskus zu richten sein. Ob in einem solchen Falle auch die Aushändigung des Nachlasses schon vor der Entscheidung über das Erbrecht im Prozeßweg erfolgen darf, ist dem Ermessen des Nachlaßgerichts überlassen. Bestimmte Vorschriften hierüber, wie sie z. B. das preuß. ALR. I 9 §§ 482 ff., I 12 §§ 242 ff. in Anlehnung an gemeinrechtliche Regeln aufgestellt hat, sind dem BGB. fremd (M. V S. 596, 597).

§ 1966.

E. I § 1974 Abs. 5; II § 1942 rev. § 1944; III § 1942. P. I S. 10124 f., 11376; M. V S. 380. P. II Bd. 5 S. 487 ff.

Die Vorschrift bezweckt einerseits für die Fürsorge des Nachlaßgerichts Raum zu schaffen, indem sie zum Ausdrucke bringt, daß der Fiskus den Nachlaß nicht mit Umgehung des Nachlaßgerichts an sich ziehen darf, andererseits schützt sie den Fiskus gegen die sofortige Inanspruchnahme seitens der Nachlaßgläubiger (M. V S. 380). Der Beweis, daß die Feststellung erfolgt sei, liegt, wenn der Fiskus als gesetzlicher Erbe ein Recht geltend macht, diesem, wenn ein Recht gegen ihn geltend gemacht wird, dem anderen Teile ob. Die Beweisantretung kann durch Bezugnahme auf die Akten des Nachlaßgerichts (vgl. FGG. § 78, auch CPO. § 432), wenn dem Fiskus ein Erbschein erteilt ist, auch durch Vorlegung einer Ausfertigung des Erbscheins (FGG. § 85) erfolgen. Die Feststellung des Erbrechts des Fiskus ist selbstverständlich dann entbehrlich, wenn der Fiskus sein Erbrecht im Prozeßwege rechtskräftig erstritten hat.

Zweiter Titel.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

Bingner, Sächs. Arch. Bd. 5 S. 598 ff., Bd. 6 S. 15 ff.; Wendt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 86 S. 353 ff.; Hachenburg, Vorträge S. 659 ff.; Böhm bei Gruchot Bd. 42 S. 460 ff.;

Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs (1898); Wilke, Haftung des Erben (1898); Münchmeyer, Haftung des Erben (1899); Goldmann bei Gruchot Bd. 43 S. 428; Eccius ebenda S. 603ff., 801ff.; Planck, DJZ. Bd. 4 S. 365; Hagen in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 43ff.; Weißler, Nachlaßverfahren S. 248ff.; Binder, Rechtsstellung des Erben II (1903); Borcherdt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 94 S. 197; Goldenring, DJZ. Bd. 4 S. 436; Rüger, Sächs. Arch. Bd. 9 S. 471: Hellmann, Krit. Viert. Bd. 44 S. 79; H. Meyer, Praktische Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung (1904); Meyer, Ist zu tadeln, daß ein ausdrücklicher Ausspruch im BGB. darüber, ob grundsätzlich der Erbe unbeschränkt oder beschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten hafte, fehlt? in Seuff. Bl. f. RAnw. Bd. 70 S. 79.

1. **Zur Redaktionsgeschichte.** Der zweite Titel enthält in fünf Unterabschnitten die Vorschriften über die **Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.** Der E. I behandelte diesen Gegenstand unter der Überschrift „Inventarrecht" im siebenten Titel des sechsten Abschnitts (§§ 2092—2150). Die zweite Kommission hat den Titel ganz erheblich umgestaltet und zahlreiche Vorschriften des E. I in die CPO. und die KO. verwiesen, die zum Verständnisse der Vorschriften des BGB. in starkem Maße herangezogen werden müssen. Die Beratung des Titels in der zweiten Kommission war durch eine Subkommission vorbereitet worden. Diese ließ, nachdem sie sich über die Grundprinzipien verständigt hatte, zunächst durch einen engeren Ausschuß eine vorläufige Aufstellung anfertigen, die demnächst in der Subkommission weiter beraten wurde. Die Protokolle der Subkommission (fünf Sitzungen) sind metallographiert, aber nicht veröffentlicht. Das Ergebnis der Beratungen der Subkommission war die in den P. II Bd. 5 S. 740—754 mitgeteilte Vorlage, die zunächst die für das BGB. bestimmten Vorschriften und in zwei Anlagen die für die CPO. und die KO. in Aussicht genommenen Bestimmungen enthält. Die Vorlage schließt sich noch der Paragraphenfolge des E. I an, jedoch war schon in der Subkommission eine andere Anordnung des Stoffes in Aussicht genommen. Bei der Beratung in der Hauptkommission sind die Vorschläge der Subkommission in manchen Punkten ohne nähere Erörterung gebilligt worden, weshalb die Protokolle nicht über alle maßgebenden Erwägungen erschöpfende Auskunft geben und mitunter auf die Protokolle der Subkommission zurückgegangen werden muß. In der Hauptsache ist jedoch der Titel auch in der Hauptkommission erschöpfend durchberaten; die Vorlage der Subkommission ist in einzelnen wesentlichen Punkten geändert worden. Die für die Prozeßgesetze bestimmten Vorschriften, die zunächst in der Anlage der D. z. BGB. mitgeteilt und demnächst in den von der Kommission dem Bundesrate vorgelegten Entwurf eines Gesetzes, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes ꝛc. (Anlageband der Protokolle S. 467ff.) aufgenommen waren, sind später im Reichs-Justizamte für die Entwürfe der Gesetze, betreffend Änderungen der CPO. und der KO. weiter beraten worden und haben in einzelnen Punkten noch Änderungen erfahren.

2. Die **systematische Anordnung** der Vorschriften des Titels ist in der Weise getroffen, daß zunächst (Unterabschnitt I, §§ 1967—1969) die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich ausgesprochen, der Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten klargestellt und einiges damit im Zusammenhange Stehende bestimmt wird. Alsdann folgen (Unterabschnitt II, §§ 1970—1974) die Vorschriften über das Aufgebot der Nachlaßgläubiger, welches dem Erben als das geeignete Mittel gewährt wird, sich über den Schuldenstand des Nachlasses klar zu werden und danach seine weiteren Entschließungen zu treffen. Im Unterabschnitt III (§§ 1975—1992) wird von der Beschränkung der Haftung des Erben gehandelt, d. h. von den Voraussetzungen, unter welchen sich die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß verwirklicht (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Geltendmachung der Haftungsbeschränkung gegenüber den einzelnen Nachlaßgläubigern nach den §§ 1990, 1992). Der Unterabschnitt IV (§§ 1993 bis 2013) enthält die Vorschriften über die Inventarerrichtung, die von den Nachlaßgläubigern zum Zwecke der Klarstellung des Aktivbestandes des Nachlasses verlangt werden kann, und die schlechthin unbeschränkte Haftung, die infolge einer Verletzung der Inventarpflicht eintritt. Den Schluß (Unterabschnitt V, §§ 2014—2017) bilden die Vorschriften über die aufschiebenden Einreden, durch welche der Erbe, um den Nachlaß ordnen zu können, auch nach der Annahme der Erbschaft noch eine angemessene Zeit hindurch gegen die Durchsetzung der Ansprüche der Nachlaßgläubiger geschützt wird.

3. Was die **Terminologie** betrifft, so ist hervorzuheben, daß die in der bisherigen Rechtssprache und auch vom E. I (s. die Überschrift des Titels, ferner §§ 2092ff., 2120) gebrauchten Ausdrücke „Inventarrecht" und „Inventarerbe" im BGB. keine Aufnahme gefunden haben. Die zweite Kommission hat den in der Kritik (Zstlg. V S. 171) erhobenen Einwand, daß das Recht

des Erben auf Beschränkung der Haftung nicht wohl als Inventarrecht (im subjektiven Sinne) bezeichnet werden könne, wenn es dem Erben auch ohne Inventar zustehe, für durchgreifend erachtet. Es wird daher im BGB. nur von der „**Beschränkung der Haftung**" und andererseits von der „**unbeschränkten Haftung**" des Erben gesprochen.

Über die technische Bedeutung dieser Ausdrücke vgl. die Ausführungen unter Ziff. 5 III B. Wegen der Begriffe „Nachlaßverbindlichkeiten" s. § 1967, „Nachlaßverwaltung" § 1975, „Inventar," „Inventarerrichtung" § 1993, „Inventarfrist" § 1994.

4. Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist eine Folge der Universalsukzession. Darüber, wie man sich diese Verknüpfung theoretisch zu denken hat, vgl. Erl. 2 zu § 1922, s. übrigens auch Erl. 1 zu § 1967.

Von praktischer Bedeutung für die Lehre von der Erbenhaftung sind **zwei Hauptfragen:**

a) Womit und inwieweit haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten?

b) Haften mehrere Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner oder nur anteilig?

Mit der Frage b beschäftigt sich das Gesetz erst im vierten Titel dieses Abschnittes. Auf sie ist deshalb hier noch nicht einzugehen. Der Frage a ist die Erörterung unter Z. 5 gewidmet.

5. Grundsätzliche Gestaltung der Erbenhaftung.

I. Allgemeines. Bei der Gestaltung der Erbenhaftung sind drei Hauptlösungen möglich.

1. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten schon von vornherein unbeschränkt und unbeschränkbar nicht nur mit dem Nachlaß, sondern auch mit seinem Eigenvermögen und zwar ohne Rücksicht auf den Wert des Nachlasses. So beschaffen war die Haftung des Erben nach römischem Rechte vor der Einführung des beneficium inventarii durch Justinian. Dem BGB. ist eine solche schon von vornherein eintretende Haftung des Erben bei reinen Nachlaßverbindlichkeiten (vgl. dazu Erl. 6 zu § 1967) fremd.

2. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten nur mit dem Nachlaß (cum viribus hereditatis), wobei aber als zum Nachlaß gehörend auch zu behandeln ist, was der Erbe infolge seiner Verantwortlichkeit für die Verwaltung des Nachlasses an diesen zu ersetzen hat. Bei dieser Gestaltung haften den Nachlaßgläubigern auch bei zureichendem Nachlaß nur die Nachlaßgegenstände. So verhielt es sich mit der Haftung des Erben, vorausgesetzt daß er nicht aus besonderem Grunde die Stellung eines Vorbehaltserben eingebüßt hatte, nach preuß. ALR. (vgl. Förster-Eccius, Preuß. Priv.R. Bd. 4 § 270; Dernburg, Preuß. Priv.R. Bd. 3 § 222).

3. Der Erbe haftet zwar nicht über den Wert hinaus, den die Nachlaßgegenstände in dem für die Bewertung des Nachlasses maßgebenden Zeitpunkt haben, also nicht ultra vires hereditatis, bis zum Belange dieses Wertes aber, also pro viribus hereditatis nicht allein mit dem Nachlaß, sondern auch mit dem Eigenvermögen. So gestaltete sich die Haftung des Erben nach späterem römischen Rechte, sofern der Erbe vom beneficium inventarii Gebrauch gemacht hatte, und nach dem sächs. BGB. (vgl. dessen § 2328) ohne Rücksicht auf Inventarerrichtung, während das gemeine Recht hinsichtlich des Inventarerben der unter Ziff. 2 bezeichneten Gestaltung zustrebte.

Bei allen diesen Lösungen ist wieder eine verschiedene Ausgestaltung im einzelnen möglich, insbesondere auch in der Art, daß mehrere Lösungen miteinander kombiniert werden.

II. Die Haftung des Erben nach dem Entwurf I. Der E. I stellte sich im wesentlichen auf den unter I Ziff. 3 bezeichneten Standpunkt. Der Erbe hatte danach für die Nachlaßverbindlichkeiten regelmäßig nicht cum viribus sondern pro viribus hereditatis zu haften. Zur Durchsetzung der Haftungsbeschränkung war dem Erben die aus dem sogenannten „Inventarrecht" (E. I § 2092) entspringende „Abzugseinrede" (E. I § 2133) zur Verfügung gestellt, vermittelst welcher er einem Nachlaßgläubiger auf dessen Forderung den Betrag sollte in Abzug bringen können, mit welchem der Gläubiger im Nachlaßkonkurs ausfallen würde. Nur im Falle der Eröffnung des Nachlaßkonkurses (E. I § 2150) sollte es unter der Voraussetzung, daß der Erbe sein „Inventarrecht" nicht eingebüßt hatte, zu einer Haftung lediglich cum viribus hereditatis kommen. Verlust des „Inventarrechts" und damit unbeschränkte Haftung sollte endlich eintreten im Falle des vom Erben erklärten Verzichtes auf das Inventarrecht, ferner infolge Versäumung der Inventarfrist und infolge schwerer Verfehlung bei der Inventarerrichtung (E. I §§ 2094, 2095).

Diese Behandlung der Erbenhaftung (insbesondere die Vorschriften über die „Abzugseinrede") fand jedoch in der Kritik eine wenig günstige Aufnahme und wurde von der zweiten Kommission in wesentlichen Punkten aufgegeben.

III. Die Erbenhaftung nach dem BGB.

A) Haftung des Erben **bis zur Annahme der Erbschaft.** Hinsichtlich dieser Zeit ist der Erbe gegen einen Zugriff der Nachlaßgläubiger in sein Eigenvermögen durch die Vorschriften des § 1958 (vgl. Erl. dazu) und des § 778 Abs. 1 ZPO. geschützt.

B) Darüber, wie die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten **nach der** erfolgten **Annahme der Erbschaft** zu beurteilen ist, wird ein lebhafter Streit geführt, der überwiegend ein lediglich doktrinärer ist, zum Teil aber doch auch praktische Bedeutung hat. Von der einen Seite wird gelehrt, daß der Erbe grundsätzlich unbeschränkt hafte, daß es aber hiervon auch Ausnahmen gebe, in denen sich die Haftung des Erben auf den Nachlaß beschränkt (so insbesondere Bingner, Wendt, Jäger, Böhm, Planck, Cosack II § 380, Eck, Vorträge, Landsberg § 297, Dernburg V § 164 und viele andere). Von der anderen Seite, daß die Haftung des Erben grundsätzlich eine auf den Nachlaß sich beschränkende sei und nur ausnahmsweise zu einer unbeschränkten werde (so besonders Hachenburg, Frommhold, Goldmann, Eccius, Wilke, Komm. S. 37; über Münchmeyer und Binder vgl. die Ausführung unter Ziff. 3). Für die sachliche Beurteilung (vgl. dazu Strohal II § 72) kommt folgendes in Betracht:

1. Das BGB. stellt der mit der Überschrift: „Beschränkung der Haftung des Erben" versehenen Paragraphengruppe 1975—1992 in der folgenden Paragraphengruppe 1993—2013 die „unbeschränkte Haftung" des Erben gegenüber. Aus dem Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander ergibt sich zugleich, daß das Gesetzbuch in seiner „unbeschränkten Haftung" eine von der regelmäßigen Gestaltung abweichende und in der von ihm sogenannten „Beschränkung der Haftung" somit die der Regel entsprechende Art der Haftung erblickt. Denn diejenige Art der Haftung, welche das Gesetz als „unbeschränkte" bezeichnet, tritt den Nachlaßgläubigern überhaupt gegenüber nur ein, wenn der Erbe entweder die ihm vom Nachlaßgericht zur Errichtung des Inventars bestimmte Frist (Inventarfrist) versäumt (§ 1994), oder wenn er sich bei der Inventarerrichtung in der im § 2005 Abs. 1 bestimmten Weise gröblich verfehlt. Trifft das eine oder das andere zu, so haftet der Erbe den Nachlaßgläubigern (abgesehen von den besonderen und hier noch nicht zu besprechenden Fällen des § 2013 Abs. 1 Satz 2, § 2063 Abs. 2, § 2144 Abs. 3) endgültig nicht nur mit dem Nachlaß, sondern auch mit dem Eigenvermögen und auch über die Kräfte der Erbschaft hinaus. Um diese Art der Haftung noch schärfer zu charakterisieren, kann man sie auch als **schlechthin** oder **endgültig unbeschränkte** oder wohl auch als **unbeschränkbare Haftung** bezeichnen. Vgl. auch Endemann III § 84.

2. Liegt die Voraussetzung für den Eintritt „unbeschränkter Haftung" im Sinne von Ziff. 1 nicht vor, so kommt dem Erben **grundsätzlich** gegenüber allen Nachlaßgläubigern die **rechtliche Möglichkeit der „Beschränkung der Haftung"** zustatten. Nach dem in den Bestimmungen des Gesetzbuches über die Erbenhaftung sich ausprägenden Grundgedanken sollen also die Nachlaßgläubiger im Falle der Beerbung ihres Schuldners durch einen zahlungsfähigen Erben eine Verbesserung ihrer Lage grundsätzlich nicht gewinnen und somit kein Anrecht darauf erwerben, auf ihre Forderungen mehr zu erhalten, als aus dem Nachlaß gedeckt werden kann, sondern müssen sie vielmehr darauf gefaßt sein, daß ihnen gegenüber die Beschränkung der Haftung des Erben zur Geltung kommt.

3. Die **Verwirklichung der Haftungsbeschränkung** ist im BGB. eigenartig geregelt, anders bei der Alleinerbfolge als bei der Erbenmehrheit und in beiden Fällen wieder je nach Lage der Umstände verschieden. Von allgemeiner Bedeutung ist jedoch, daß der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte (anders wenn der Fiskus als gesetzlicher Erbe verurteilt ist, oder wenn das Urteil nicht gegen die Person des Erben, sondern gegen den Nachlaßverwalter oder einen anderen Nachlaßpfleger oder gegen den Testamentsvollstrecker ergangen ist; § 780 Abs. 2 ZPO.) die Beschränkung der Haftung im Stadium der Zwangsvollstreckung nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist (ZPO. § 780 Abs. 1), und daß bei der gegen den Erben geführten Zwangsvollstreckung die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt bleibt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden (§ 781 ZPO.). Hieraus ergibt sich, daß der Erbe in den durch die berufenen Bestimmungen betroffenen Fällen zur Durchsetzung der ihm in Aussicht gestellten Beschränkung der Haftung den einzelnen Gläubigern gegenüber die geeigneten prozessualen Maßnahmen treffen muß, widrigenfalls sich die

vom Gläubiger geführte Zwangsvollstreckung selbst dann als wirksam erweist, wenn sie nicht in den Nachlaß, sondern in das Eigenvermögen des Erben geführt worden ist.

Allein ganz abgesehen hiervon hat die Verwirklichung der Haftungsbeschränkung bei der Erbfolge eines Alleinerben — und nur von diesem Falle soll hier geredet werden — soweit nicht später zu erwähnende Ausnahmevorschriften eingreifen, die **amtliche Nachlaßabsonderung zur wesentlichen Voraussetzung** (§ 1975; dazu RG. Bd. 60 S. 303). Sie wird bei überschuldetem Nachlaß (gleichviel, ob die Überschuldung eine ursprüngliche oder nachträgliche ist) durch die auf Antrag einer der in KO. § 217 Abs. 1 bezeichneten Personen, also insbesondere auch auf Antrag des Erben erfolgende **Eröffnung des Nachlaßkonkurses**, sonst durch die auf Antrag des Erben und unter gewissen Voraussetzungen auch auf den eines Nachlaßgläubigers stattfindende **Anordnung der Nachlaßverwaltung** herbeigeführt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so haftet der Erbe, sofern er nur die Rechtswohltat der Haftungsbeschränkung nicht schon vorher verwirkt hat, den Nachlaßgläubigern **für die Dauer des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung** (über die Haftung nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses, bzw. der Nachlaßverwaltung vgl. Erl. 3 zu § 1986 und Erl. zu § 1989) von Rechtswegen **nur mit dem Nachlaß**. Eine Verfolgung von gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüchen gegen die Person des Erben ist nunmehr wegen des Mangels der Passivlegitimation ausgeschlossen, und die zugunsten eines Nachlaßgläubigers schon vorher in das Eigenvermögen des Erben erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung sind auf Verlangen des Erben aufzuheben (§ 784 CPO.).

Ist die amtliche Nachlaßabsonderung unterblieben, so kann der nicht bereits „unbeschränkt" haftende Alleinerbe die Beschränkung der Haftung im technischen Sinne nur nach Maßgabe des § 1990 oder des § 1992 geltend machen.

Die Vorschriften des § 1990 beziehen sich auf den Fall, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse **nicht tunlich**, oder daß aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt worden ist, und ermöglichen dem Erben hier die Durchsetzung der Haftungsbeschränkung in der Weise, daß er (unter Beobachtung der einschlagenden prozessualen Vorschriften) jeden einzelnen seine Befriedigung verlangenden Gläubiger auf die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände verweisen kann. Beruht aber die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen, so kann der Erbe, auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen, und ohne daß es zu einer amtlichen Nachlaßabsonderung zu kommen braucht, die Vermächtnisnehmer und diejenigen, welche die Vollziehung einer Auflage verlangen (nicht auch andere Nachlaßgläubiger), vom Zugriffe auf sein Eigenvermögen ausschließen (§ 1992).

Eine eigenartige, von der in den §§ 1975—1992 behandelten Beschränkung der Haftung im engeren Sinne verschiedene (vgl. auch Hachenburg S. 691; Strohal II § 72 bei Anm. 7) Einschränkung der Haftung des Erben tritt außerdem noch gegenüber denjenigen Nachlaßgläubigern ein, welche im Aufgebotsverfahren (vgl. §§ 1970—1973) ausgeschlossen worden sind, oder welche, obschon im Aufgebotsverfahren nicht ausgeschlossen, doch wegen verspäteter Geltendmachung ihrer Ansprüche ausgeschlossenen Gläubigern gleichgestellt sind (§ 1974). Diesen Gläubigern kann der Erbe und zwar unter Umständen selbst dann, wenn er den Nachlaßgläubigern im allgemeinen bereits unbeschränkt haftet (§ 2013), die Befriedigung soweit verweigern, als er aus dem Nachlaß nicht mehr bereichert ist.

Auf Grund der bisher vorgeführten Bestimmungen des BGB. ist jetzt noch Antwort auf die wichtige Frage zu gewinnen, wie sich die Haftung des Alleinerben (bei der Erbenmehrheit greifen die Sonderbestimmungen des § 2059 ein) praktisch dann gestaltet, wenn die amtliche Nachlaßabsonderung unterbleibt, auch die besonderen Voraussetzungen des § 1990 oder des § 1992 nicht vorliegen und ausgeschlossene oder doch als ausgeschlossen zu behandelnde Gläubiger nicht in Frage kommen? Die weitaus herrschende Lehre nimmt mit Recht an, daß der Erbe bei solcher Lage für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht nur mit dem Nachlaß, sondern auch mit seinem Eigenvermögen haftet. Um eine „unbeschränkte Haftung" im Sinne der §§ 1994, 2005 handelt es sich dabei freilich nicht. Denn die Möglichkeit der Haftungbeschränkung bleibt dem Erben noch immer vorbehalten, dafern er nur die Voraussetzungen für ihre Verwirklichung herstellt. Tut er dies aber nicht, und wird auch von anderer Seite, sei es wegen Mangels der Antragsberechtigung (vgl. § 1981 Abs. 2, § 219 KO.), sei es weil von der vorhandenen Antragsberechtigung kein Gebrauch gemacht werden will, die amtliche Nachlaßabsonderung nicht herbeigeführt, so kann sich der Erbe den praktischen Konsequenzen seines Verhaltens nicht entziehen.

Für das Verständnis des Haftungssystems des BGB. sind insbesondere die zahlreichen Fälle lehrreich, in welchen nicht nur ein zur Deckung der Kosten der amtlichen Nachlaßabsonderung hinreichender Nachlaßbestand vorhanden ist, sondern aller Voraussicht nach ein Überschuß der Aktiven über die Passiven sich herausstellen wird (vgl. auch Strohal II § 72 bei Anm. 14). Unter solchen Umständen liegt es im eigenen Interesse des Erben, die immerhin kostspielige Nachlaßverwaltung zu vermeiden. Er wird ihre Anordnung daher nicht beantragen. Fehlt es außerdem an den im § 1981 für das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger bestimmten Voraussetzungen, so wird die amtliche Nachlaßabsonderung unterbleiben. Läßt es der Erbe bei dieser Lage zur Führung der Zwangsvollstreckung durch einen Nachlaßgläubiger kommen, so kann er, selbst wenn er sich die Beschränkung der Haftung in dem gegen ihn ergangenen Urteil hat vorbehalten lassen (§ 780 CPO.), dem Zugriff des Gläubigers auf nicht zum Nachlaß gehörende Gegenstände — immer vorausgesetzt, daß er die noch tunliche amtliche Nachlaßabsonderung dauernd vermeiden will — nicht mit Erfolg entgegentreten (vgl. auch § 784 CPO.). Eine grundsätzlich abweichende Auffassung vertreten nur Münchmeyer S. 26 und Binder II S. 52 ff., dieser in besonders ausführlicher Darstellung. Binder lehrt, daß die Verwirklichung der Haftungsbeschränkung in keinem Falle durch amtliche Nachlaßabsonderung bedingt sei, und daß der Erbe die Beschränkung seiner Haftung, auch wenn die besonderen Voraussetzungen des § 1990 oder des § 1992 nicht gegeben sind, nach Maßgabe des § 1990 durchsetzen könne, während Münchmeyer seine analoge Behauptung nur für den Fall der Überschuldung des Nachlasses aufstellt. Der bei der Begründung dieser Lehre — insbesondere von Binder — aufgebotene Scharfsinn kann aber darüber nicht hinweghelfen, daß die genannten Schriftsteller sich dabei über die Vorschriften der §§ 1975, 1990, 1992 hinwegsetzen (vgl. auch Planck; H. Meyer S. 16 ff.; Strohal II § 72 Anm. 18; Dernburg V § 164 Anm. 8; ferner das sorgfältig begründete Erkenntnis des OLG. Dresden in Lobes ZB. Bd. 6 S. 410).

In entschiedenen Gegensatz zur herrschenden Meinung scheint sich auch Hachenburg (vgl. besonders S. 660) zu stellen. Allein zu der von Hachenburg hier angestrebten Lösung gelangt man gerade durch richtige Anwendung der herrschenden Auffassung. Hat der noch nicht „unbeschränkt" haftende Erbe den zur Deckung der Kosten der amtlichen Nachlaßabsonderung zunächst hinreichend gewesenen Nachlaß nach Maßgabe des § 1979 (vgl. auch § 1980) im Wege der Selbstliquidierung aufgebraucht (das ist der von Hachenburg vorausgesetzte Tatbestand), so kommt ihm gegenüber einem nachträglich auftretenden Nachlaßgläubiger, wenn dieser ausgeschlossen ist oder einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht, die Haftungsbeschränkung nach den §§ 1973, 1974 und, wenn dies nicht zutrifft, mit Rücksicht auf den Umstand, daß jetzt ein zur Deckung der Kosten des Nachlaßkonkurses zureichender Nachlaß nicht mehr vorhanden ist, die Haftungsbeschränkung nach § 1990 in Verbindung mit § 1991 zustatten (vgl. auch Rspr. 8 S. 271). Die richtig verstandene herrschende Lehre führt also nicht zu dem von Hachenburg mit Recht abgelehnten Ergebnisse, daß der Erbe im bezeichneten Falle mit seinem Eigenvermögen für die volle Befriedigung des sich nachträglich meldenden Gläubigers aufkommen müsse.

4. Will man das Haftungssystem des BGB. kurz charakterisieren, so wird man somit sagen dürfen:

a) Das Gesetz nimmt seinen **Ausgangspunkt** insofern von der **unbeschränkten Haftung** des Erben, als diese **immer eintritt, wenn und soweit nicht eine Beschränkung der Haftung durchgreift.** Dies und nicht mehr wollen diejenigen Schriftsteller sagen, welche die Haftung des Erben als eine grundsätzlich unbeschränkte bezeichnen.

b) Trotzdem hat die „Beschränkung der Haftung" des Erben **nicht den Charakter eines Ausnahmerechtes.** Denn dem Erben ist die Möglichkeit der **Beschränkung der Haftung** auf den Nachlaß **rechtlich garantiert.** Soweit diese Beschränkung nicht ohnedies schon ohne Zutun des Erben (das Herzfelder S. 121 mit Unrecht immer für erforderlich hält; vgl. dagegen Erl. 3 zu § 1975) eintritt, vermag der Erbe die **Voraussetzungen** für ihren Eintritt durch **entsprechendes Vorgehen herzustellen,** und nur ausnahmsweise ist dem Erben die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung völlig abgeschnitten, so daß dessen Haftung hierdurch zu einer endgültig unbeschränkten und unbeschränkbaren wird. Soweit die Vertreter des Prinzips der beschränkten Haftung nicht mehr zum Ausdruck bringen wollen, als eben gesagt worden ist — und dies dürfte bei den meisten von ihnen zutreffen —, besteht ein **sachlicher Gegensatz** zwischen ihnen und den Vertretern des Prinzips der unbeschränkten Haftung in Wahrheit **nicht.**

Der Unterschied zwischen den beiden scheinbar schroff einander gegenüberstehenden Richtungen besteht also zumeist nur darin, daß die eine von den für die Charakterisierung des Haftungs-

§. 1967. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören außer den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen.

---

systems des BGB. maßgebenden und unter a und b hervorgehobenen Momenten das unter a, die andere das unter b in den Vordergrund stellt. Über den Punkt, wo der Gegensatz anfängt ein sachlicher zu werden, ist bereits unter Ziff. 3 gehandelt worden.

5. Wie es einerseits möglich ist, daß der bereits „unbeschränkt" haftende Erbe einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber (vgl. § 2013 Abs. 1 Satz 2, § 2063 Abs. 2, § 2144 Abs. 3) die Beschränkung der Haftung noch geltend machen kann, so kann es andererseits auch vorkommen, daß ein im allgemeinen des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftiger Erbe einzelnen Nachlaßgläubigern unbeschränkt haftet (vgl. besonders § 2006 und CPO. § 780, ferner Vorbm. 6 zu §§ 1993—2013).

§ 1967.

E. I § 2051 Satz 1, § 2092 Abs. 2; II § 1843 rev. § 1945; III § 1943.
P. I S. 10605 f., 10881 ff., 11472 f., 12237, 12239 ff.; M. V S. 525 f., 602 ff. P. II Bd. 5 S. 649 f., 731.

Binder II S. 22ff.; Strohal II § 70; Kreß, Erbengemeinschaft S. 20ff.

1. Zum Abs. 1 vgl. die Vorbm. zu diesem Titel Nr. 4 und 5. **Womit** der Erbe den Nachlaßgläubigern haftet, bestimmt sich also nach der Lage der Umstände. In den Fällen der „unbeschränkten" Haftung haftet er allen Nachlaßgläubigern, und wenn die unbeschränkte Haftung nur einzelnen Gläubigern gegenüber eingetreten ist, diesen nicht nur mit den Nachlaßgegenständen, sondern auch mit seinem Eigenvermögen, ohne jede Rücksicht auf den Wert des Nachlasses. Abgesehen von diesen Fällen ist für den Erben die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß gegeben. Die Verwirklichung der Haftungsbeschränkung kann jedoch nur in der vom Gesetz bestimmten Weise erfolgen. Aus der bloßen Möglichkeit der Haftungsbeschränkung ergibt sich noch nicht ihre praktische Durchsetzung. Die auf den jetzigen § 1967 sich beziehende Ausführung der D. z. BGB. S. 722:

> „Der Entwurf seinerseits geht davon aus, daß die Nachlaßgläubiger an sich nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlasse haben und daß der Erbe gegen die Gefahr, mit seinem eigenen Vermögen für die Verbindlichkeiten eines überschuldeten Nachlasses zu haften, tunlichst geschützt werden muß.
>
> Wenn hiernach der Entwurf bestimmt, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, so hat er zunächst nur eine Haftung mit dem Nachlaß im Auge."

ist daher (ganz abgesehen von den Bedenken, die sich gegen die in ihrer ersten Hälfte gebrauchten Worte „an sich" erheben) in ihrer zweiten Hälfte zum mindesten ungenau, und dasselbe muß auch hinsichtlich der auf denselben Punkt sich beziehenden Ausführung der D. z. CPO. S. 120 („Vielmehr haftet an sich der Erbe nur mit dem Nachlaß ...") gesagt werden.

2. Der Abs. 2 bestimmt den **Begriff der Nachlaßverbindlichkeiten.** Es sind das diejenigen Verbindlichkeiten, für welche der Erbe als solcher haftet. Sie zerfallen in **zwei Gruppen:**

a) Die erste wird durch die **vom Erblasser herrührenden Schulden** — man kann sie auch kurz als „vererbte Schulden" (Endemann) oder als „Erblasserschulden" (Strohal) bezeichnen — gebildet (vgl. übrigens auch die im § 1582 Abs. 2 enthaltene Sonderbestimmung). Daß der Erbe für sie nur als solcher, d. h. in seiner Eigenschaft als Erbe haftet (Strohal I § 4 Anm. 4), ergibt sich aus dem Wesen der Sache und wird im Gesetz nicht besonders hervorgehoben. Zu den Erblasserschulden gehören zweifellos auch diejenigen, welche auf einer causa beruhen, vermöge deren bereits der Erblasser verpflichtet gewesen sein würde, wenn er nicht vor der vollständigen Verwirklichung des Verpflichtungstatbestandes gestorben wäre. Man denke etwa an bedingte Verbindlichkeiten oder an vom Erblasser vorgenommene unerlaubte Handlungen, deren für andere nachteilige Folgen sich erst nach dem Erbfall entwickeln. Bezüglich des Überganges der Erblasserschulden auf den Erben bestanden in der zweiten Kommission zwei Auffassungen. Nach der einen gehören die Schulden zum Vermögen des Erblassers, ihr Übergang folgt also schon aus § 1922 Abs. 1. Nach der anderen Auffassung besteht das Vermögen aus der Gesamtheit der Rechte des Erblassers, die Schulden bilden eine Last, nicht einen Bestandteil des Vermögens; der Übergang der Schulden auf den Erben ist daher nicht Rechtsnotwendigkeit, sondern positive Vorschrift. Eine

Entscheidung dieser theoretischen Frage, zu der bereits in Erl. 2 zu § 1922 Stellung genommen worden ist, hat durch den § 1967 nicht getroffen werden sollen.

b) Abweichend vom bisherigen Rechte rechnet § 1967 aber zu den Nachlaßverbindlichkeiten außer den Erblasserschulden **auch die sonstigen Verbindlichkeiten**, für die der Erbe als solcher haftet. Zu ihnen gehören vor allem die im § 1967 besonders erwähnten Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten (§§ 2303 ff., 2317), und aus (dem Erben auferlegten) Vermächtnissen (§§ 2147 ff., 2174, auch aus den sog. gesetzlichen Vermächtnissen der §§ 1932, 1969, s. Erl. 6 zu § 1939) und Auflagen (§§ 2192 ff.); sodann die im E. I daneben noch besonders erwähnten Verbindlichkeiten aus den von einem Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker vorgenommenen Rechtsgeschäften. Es kommen ferner in Betracht die nach den §§ 1963, 1968 begründeten Verbindlichkeiten, die für den Nachlaß nach den §§ 1978, 1979 erwachsende Verbindlichkeit zum Ersatz von Aufwendungen an den beschränkt haftenden Erben, die Kosten der Testamentseröffnung, die Kosten der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses, einer Nachlaßpflegschaft oder Nachlaßverwaltung, des Aufgebots der Nachlaßgläubiger und der Inventarerrichtung eventuell auch die Kosten des Nachlaßkonkurses, endlich die gegenüber einem Nachlaßpfleger, einem Testamentsvollstrecker oder einem Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, aus der Geschäftsführung dieser Personen entstandenen Verbindlichkeiten. Vgl. übrigens noch Strohal II § 70 nach Anm. 3. Von den genannten Verbindlichkeiten haben die im § 224 KO. (zu Ziff. 5 dieser Bestimmung vgl. RG. Bd. 60 S. 30) angeführten im Falle des Nachlaßkonkurses einen bevorzugten Rang, indem sie als Masseschulden zur Hebung kommen. Mehrere von ihnen sind übrigens keine reinen Nachlaßverbindlichkeiten sondern zugleich auch Eigenverbindlichkeiten des Erben; vgl. dazu Erl. 6. Über die Erbschaftssteuer als Nachlaßverbindlichkeit vgl. Jaeger KO. Anm. 7 zu §§ 226—229.

3. Im Falle der Erbenmehrheit hat man zwischen den allen Miterben gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2058) und solchen Nachlaßverbindlichkeiten zu unterscheiden, die nur einen einzelnen Miterben oder mehrere von ihnen aber doch nicht alle Miterben treffen. Fälle nicht gemeinschaftlicher Nachlaßverbindlichkeiten können sich z. B. daraus ergeben, daß ein Vermächtnis oder eine Auflage nur einem einzelnen Miterben auferlegt ist. Vgl. ferner §§ 1963 („aus dem Erbteile des Kindes"), 2305.

4. **Nachlaßverbindlichkeiten und Eigenverbindlichkeiten des Erben.** Die Nachlaßverbindlichkeiten heben sich wesentlich ab von den gewöhnlichen Verbindlichkeiten des Erben, d. i. denjenigen Verbindlichkeiten, für welche der Erbe nicht in seiner Eigenschaft als Erbe haftet.

a) Aus dem Wesen der Nachlaßverbindlichkeiten ergibt sich, daß für sie jedenfalls der Nachlaß überhaupt oder doch ein Bruchteil des Nachlasses (§§ 1967, 1922 Abs. 2) haftet; denjenigen Gläubigern des Erben, welche nicht Nachlaßgläubiger sind, kann dagegen der Zugriff auf die Nachlaßgegenstände versagt sein (vgl. § 1984 Abs. 2 und KO. §§ 221, 226 Abs. 1).

b) Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten kann nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften auf den Nachlaß beschränkt werden.

c) Wegen des Gerichtsstandes der Klagen aus Nachlaßverbindlichkeiten vgl. §§ 27, 28 CPO.

5. **Die Nachlaßverbindlichkeiten sind von verschiedener Stärke.** So können z. B. einzelne Nachlaßgläubiger dadurch bevorrechtet sein, daß sie abgesonderte Befriedigung aus einzelnen Nachlaßgegenständen oder Aussonderung eines Gegenstandes aus dem Nachlaß verlangen können (vgl. § 1971), und so haben die im § 224 KO. bezeichneten Gläubiger im Falle des Nachlaßkonkurses die Stellung von Massegläubigern. Hinter anderen gegen den Nachlaß gerichteten Ansprüchen wesentlich zurückgesetzt sind dagegen wieder die Ansprüche der ausgeschlossenen Gläubiger (vgl. § 1973) oder der diesen gleichgestellten Gläubiger (§ 1974), ferner Pflichtteilsansprüche und ganz besonders Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen (vgl. dazu § 226 KO.).

6. **Besondere Gestaltungen.** Während, wie schon in Erl. 2b hervorgehoben wurde, die Verbindlichkeiten aus den vom Nachlaßpfleger oder vom verwaltenden Testamentsvollstrecker abgeschlossenen Rechtsgeschäften Nachlaßverbindlichkeiten sind, trifft dies hinsichtlich der vom Erben selbst, wenn auch aus Anlaß der Verwaltung des Nachlasses rechtsgeschäftlich eingegangenen Verbindlichkeiten grundsätzlich nicht zu. Diese sind vielmehr Eigenverbindlichkeiten des Erben (vgl. auch OLG. Köln in Puchelts Z. Bd. 35 S. 463). Doch dürfen folgende Erscheinungen nicht übersehen werden:

a) Es ist möglich, daß eine Verbindlichkeit, welche vermöge der Art ihrer Entstehung Eigenverbindlichkeit des Erben ist, zufolge besonderer gesetzlicher Bestimmungen doch zugleich auch Nachlaßverbindlichkeit ist. So verhält es sich z. B., wenn der Erbe die zum Zwecke der Beerdigung des Erblassers abgeschlossenen Verträge selbst abschließt. Der Erbe haftet aus solchen Verträgen den betreffenden Gläubigern (abgesehen von einer anderweiten besonderen Verabredung) schlechthin mit seinem gesamten Vermögen. Die Verbindlichkeit des Erben ist aber doch wieder insofern Nachlaßverbindlichkeit, als der Gläubiger seinen Anspruch im Falle der Nachlaßabsonderung auch gegenüber dem Nachlaß geltend machen kann (§ 1968). Ähnlich verhält es sich aber auch in verwandten Fällen. Zieht der Erbe zu der Aufnahme des Inventars z. B. einen Notar zu (§ 2002), so entsteht für ihn hierdurch dem Notar gegenüber eine Eigenverbindlichkeit, für die er mit seinem ganzen Vermögen haftet. Trotzdem kann dieser Verbindlichkeit der Charakter der Nachlaßverbindlichkeit nicht völlig abgesprochen werden, denn sie hat im Falle des Nachlaßkonkurses sogar den Charakter einer Masseschuld (KO. § 224 Nr. 4). Vgl. übrigens auch RG. Bd. 35 S. 419, wo in der Begründung einer das alte Recht betreffenden Entscheidung hervorgehoben wird, daß möglicherweise auch durch vom Erben selbst in Ansehung des Nachlasses abgeschlossene Rechtsgeschäfte eine Nachlaßverbindlichkeit begründet wird. Besonders interessant ist die in DJZ. 1906 S. 201 mitgeteilte RGE. v. 9. 11. 1905. Nach dem angegebenen Tatbestande hatten die Erben in einem amtsgerichtlichen Protokoll einen vom Erblasser „übernommenen" Betrag von 4500 Mk. als eine zugunsten von dessen Witwe bestehende „Nachlaßschuld" anerkannt, die später vom Nachlaßkonkursverwalter bestritten wurde. Das RG. nahm hier in der Tat eine auf dem Anerkenntnis des Erben beruhende Nachlaßverbindlichkeit an. Wohl mit Recht; denn der Sachverhalt kann doch kaum anders beurteilt werden, als er beurteilt werden müßte, wenn sich die Erben als solche in Ansehung des bezeichneten Betrages mit dem Vorbehalt der Haftungsbeschränkung zur Zahlung hätten verurteilen lassen. Eine andere Frage ist freilich, ob das Anerkenntnis der Erben vom Nachlaßkonkursverwalter nicht nach KO. § 32 Nr. 1 mit Erfolg hätte angefochten werden können (was im vorliegenden Falle wegen Nichterbringung des dem Konkursverwalter obliegenden Beweises verneint wurde), ferner ob sich nicht die Erben durch das von ihnen geleistete Anerkenntnis nach § 1978 dem Nachlaß gegenüber ersatzpflichtig gemacht haben.

b) Aus einer vom Erben mit Bezug auf den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeit kann sich unter Umständen eine Nachlaßverbindlichkeit auch in der Weise ergeben, daß der Erbe im Falle der amtlichen Nachlaßabsonderung bzw. im Falle der Nacherbfolge gegenüber dem Nachlaß bzw. gegenüber dem Nacherben als solchem Befreiung von jener Verbindlichkeit oder, wenn er die Verbindlichkeit bereits getilgt hat, Ersatz des Geleisteten verlangen kann. Beispiel: Der Erbe hat Geld aufgenommen, um notwendige Anschaffungen für den Nachlaß besorgen zu können. Später kommt es zur amtlichen Nachlaßabsonderung oder zur Nacherbfolge. In jenem Falle kann der beschränkt haftende Erbe nach Maßgabe des § 1978 Abs. 3 (vgl. auch § 2013) gegenüber dem Nachlaß- oder Konkursverwalter (vgl. auch KO. § 224 Nr. 1) Befreiung bzw. Ersatz verlangen und in diesem Falle steht dasselbe Recht selbst dem unbeschränkt haftenden Vorerben nach Maßgabe des § 2125 (vgl. aber auch § 2138 Abs. 1 Satz 2) gegenüber dem Nacherben zu. Vgl. auch Erl. zu §§ 1978, 2125, 2138. In ähnlicher Weise verhält es sich mit den Kosten der vom Erben im Interesse des Nachlasses geführten Prozesse. Ist der Erbe dem Prozeßgegner gegenüber zum Ersatz der Prozeßkosten verurteilt worden, so haftet er für diese sicherlich mit seinem ganzen Vermögen, ohne sich dabei auf die Beschränkung seiner Haftung berufen zu können. Vgl. auch Gaupp-Stein II Erl. zu § 781 CPO. a. E.; Strohal II § 70 S. 180 und dazu § 81 Anm. 12a; a. A. Binder II S. 47 bei Anm. 106. Wenn und soweit die Prozeßführung nach § 1978 Abs. 3 gerechtfertigt war, wird der Erbe die bezeichneten Kosten aber auf Rechnung des Nachlasses stellen dürfen. Dieser Gruppe von Fällen dürfte auch der in KGJ. Bd. 25 S. A 223 behandelte Fall einzuordnen sein.

7. Das BGB. verpflichtet den Erben in einigen Fällen (§ 2003 Abs. 2, §§ 2011, 2127, 2314) zur Erteilung von Auskunft über den Bestand des Nachlasses. Ähnliche Verpflichtungen werden dem Erben durch die Vorschriften der §§ 2057, 2121 auferlegt. Die genannten Verpflichtungen haben jedoch, da sie den Nachlaß in keiner Weise belasten, offenbar nicht den Charakter von Nachlaßverbindlichkeiten. Von nicht unzweifelhafter Natur sind die dem Erben im § 673 und im § 727 Abs. 2 auferlegten Verpflichtungen. Selbst wenn man sie als Nachlaßverbindlichkeiten auffaßt, so heben sie sich doch von anderen Nachlaßverbindlichkeiten wesentlich ab (s. Erl. 1a zu § 2014).

§. 1968. Der Erbe trägt die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers.

---

§ 1968.

E. I § 2055; II § 1844 rev. § 1946; III § 1944. P. I S. 10729 ff., 10981, 12269 ff.; M. V S. 535 f. P. II Bd. 5 S. 654.

Gareis, Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten, Seuff. Bl. f. RAnw. Bd. 70 S. 308; Hilse, Testamentarische Anordnung der Feuerbestattung im Arch. f. Bürg. R. Bd. 26 S. 361; Sandheim, Kann testamentarisch die Leichenverbrennung wirksam angeordnet werden? im Recht Bd. 9 S. 43; dazu Josef im Recht Bd. 9 S. 103; dazu Marcus in Lobes CBl. Bd. 5 S. 767.

1. **Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers.** Die Frage, wer für die Beerdigung eines Verstorbenen zu sorgen hat, gehört dem öffentlichen Rechte an, dagegen regelt das BGB. die Tragung der Kosten. Diese werden in erster Linie als **Nachlaßverbindlichkeit** dem Erben auferlegt. Im Nachlaßkonkurse gehören die Beerdigungskosten zu den Masseschulden (KO. § 224 Nr. 2). Nach dem Erben haftet der Unterhaltspflichtige (§ 1615 Abs. 2, Ehegatte oder Verwandter, §§ 1360, 1601 ff., 1608), auch der uneheliche Vater (§ 1713 Abs. 2), und zwar letzterer vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten des Kindes, soweit diese nicht Erben sind (§ 1709 Abs. 1). Im Falle der Tötung hat der zur Tragung der Beerdigungskosten Verpflichtete, also namentlich der Erbe, einen Ersatzanspruch gegen den Töter (§ 844 Abs. 1, Haftpflichtgef. v. 7. Juni 1871 § 3 Abs. 1). Über die Verpflichtung des Reeders zum Tragen der Beerdigungskosten des nach dem Antritt des Dienstes verstorbenen Schiffers vgl. § 554 HGB. und § 64 der Seemannsordnung v. 2. Juni 1902.

Die öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Tragung von Beerdigungskosten (vgl. das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870 in der neuen Fassung v. 12. März 1894 und die dazu erlassenen Ausführungsgesetze der Bundesstaaten) bleibt unberührt, desgleichen gemäß EG. Art. 95 die landesgesetzlich etwa bestehende Verpflichtung der Dienstherrschaft zur Tragung der Kosten für die Beerdigung des Gesindes. Wegen der Erbbegräbnisse vgl. EG. Art. 133.

2. Standesmäßig ist die Beerdigung, wenn sie der Lebensstellung des Erblassers entspricht, vgl. § 1610 Abs. 1. Die örtlichen Gewohnheiten sind zu berücksichtigen. Mit Rücksicht hierauf (vgl. übrigens zu den einschlagenden Fragen auch Boschan, Die Nachlaßsachen in d. ger. Praxis II S. 304) werden die zur Beschaffung von Trauerkleidern für unbemittelte Verwandte und das Gesinde des Erblassers erforderlichen Auslagen unter Umständen zu den Beerdigungskosten gerechnet werden dürfen. Dasselbe gilt für die Kosten des sogenannten Leichenmahles. Nach Lage der Verhältnisse können auch die Kosten der Überführung der Leiche vom Sterbeorte nach der Heimat oder nach einem anderen Orte als ein Teil der Beerdigungskosten in Betracht kommen (vgl. auch Herzfelder S. 130). Auf die Kosten einer Feuerbestattung werden die für die Beerdigungskosten maßgebenden Rechtssätze nur insoweit anzuwenden sein, als sie die Kosten der standesmäßigen Beerdigung nicht übersteigen (vgl. M. IV S. 699, P. II Bd. 5 S. 494). Zu den „Kosten" des § 1968 gehören nicht die Kosten der Herstellung eines Grabdenkmals oder gar die Kosten der Pflege und Unterhaltung der Grabstätte (vgl. auch OLG. Hamburg im Recht Bd. 6 S. 324). Die Aufnahme der Bestimmung aber, daß hinsichtlich der Kosten des Grabdenkmals dasselbe gelten solle wie hinsichtlich der Beerdigungskosten (vgl. Sächs. BGB. § 2314), ist bei der Abfassung des Gesetzes nicht beliebt worden (M. V S. 536). Der Entscheidung der Frage, ob nicht unter Umständen der Vorerbe die von ihm zur Errichtung eines Grabdenkmals für den Erblasser gemachten Auslagen dem Nacherben in Rechnung stellen könne, oder ob die vom Erbschaftsbesitzer (§ 2018) gemachten Auslagen dieser Art nicht möglicherweise im Sinne des § 2022 in Betracht kommen, wird übrigens durch § 1968 nicht vorgegriffen. Denn für ihre Beantwortung sind andere Gesichtspunkte maßgebend als diejenigen, auf welchen die Bestimmung des § 1968 beruht. Die nach § 1968 zu beurteilende Verbindlichkeit ist dadurch privilegiert, daß sie im Falle des Nachlaßkonkurses eine Masseschuld bildet. Ein Gleiches würde hinsichtlich der Kosten der Herstellung eines dem Stande des Erblassers entsprechenden Grabmals ganz unangebracht sein. Wenn dagegen der Vorerbe bei Vorhandensein eines reichlichen Nachlasses ein den Verhältnissen entsprechendes Grabdenkmal errichtet, so wird er die Kosten dem Nacherben als eine durch Pietätspflicht gebotene Verwaltungsausgabe in Rechnung stellen können.

3. Die Gestaltung der den Erben wegen der Kosten der Beerdigung des Erblassers treffenden Verbindlichkeit kann nach Lage der Umstände eine sehr verschiedenartige sein:

§. 1969. Der Erbe ist verpflichtet, Familienangehörigen des Erblassers, die zur Zeit des Todes des Erblassers zu dessen Hausstande gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben, in den ersten dreißig Tagen nach dem Eintritte des Erbfalls in demselben Umfange, wie der Erblasser es gethan hat, Unterhalt zu gewähren und die Benutzung der Wohnung und der Haushaltsgegenstände zu gestatten. Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung eine abweichende Anordnung treffen.

Die Vorschriften über Vermächtnisse finden entsprechende Anwendung.

---

a) Ordnet der Erbe das Begräbnis des Erblassers selbst an, d. h. schließt er die hierauf gerichteten Verträge selbst ab, so ergeben sich hieraus, in Ermangelung besonderer Verabredung, Verbindlichkeiten, die sich von gewöhnlichen Nachlaßverbindlichkeiten dadurch unterscheiden, daß der Erbe für sie (infolge der Art des Vertragsabschlusses) unbeschränkt auch mit seinem Eigenvermögen haftet (a. A. Binder II S. 44). Den Charakter von Nachlaßverbindlichkeiten haben aber diese Verpflichtungen doch wieder insofern, als die in Frage kommenden Gläubiger ihre Ansprüche auch gegen den Testamentsvollstrecker, Nachlaß- und Konkursverwalter geltend machen können, und daß der Erbe selbst das zur Befriedigung solcher Verbindlichkeiten Geleistete den Nachlaßgläubigern in Rechnung stellen bzw. aus dem Nachlaß ersetzt verlangen kann; vgl. §§ 1978, 1979, 1991, 1992 und KO. §§ 224 Nr. 2, 225.

b) Erfolgt die Anordnung der Beerdigung durch eine vom Erben verschiedene und im eigenen Namen handelnde Person (so z. B. durch den Putativerben), so entstehen hieraus vertragsmäßige Verpflichtungen dieser Person gegenüber dem anderen Vertragsteil. Dem Anordnenden steht aber dann wieder grundsätzlich auf Grund des § 1968 der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit bzw. auf Ersatz des Geleisteten gegenüber dem Erben zu, dessen Verpflichtung sich in diesem Falle als reine Nachlaßverbindlichkeit darstellt. Im Falle des Nachlaßkonkurses kommt § 224 Nr. 2 auch hier zur Anwendung; vgl. Strohal II S. 70 Anm. 15 und jetzt auch Jaeger, Komm. z. KO. Anm. 5 zu § 224.

c) Eine reine Nachlaßverbindlichkeit entsteht schon von vornherein, wenn die auf die Beerdigung des Erblassers sich beziehenden Verträge vom Nachlaßpfleger oder von dem verwaltenden Testamentsvollstrecker abgeschlossen worden sind.

4. Letztwillige Anordnungen des Erblassers über seine Beerdigung sind nach dem BGB. als Auflagen möglich (§§ 1940, 2192, 2147). Ihre Ausführung wird freilich trotz des § 2194 meist von der Pietät der Hinterbliebenen abhängen. Um das rechtzeitige Bekanntwerden solcher Anordnungen zu sichern, ist für sie die Form des eigenhändigen Testaments (§ 2231 Nr. 2) angezeigt, vgl. M. V S. 289, 290.

5. Mit der Frage, wer hinsichtlich eines Verstorbenen das Recht zur Bestimmung der Begräbnisstätte habe, und ob der Bestimmungsberechtigte nach erfolgter Bestimmung diese wieder ändern könne, beschäftigt sich ein Erkenntnis des OLG. Hamburg in Rspr. 2 S. 426. Gegen das Verlangen der Witwe des Verstorbenen, daß eine dessen Aschenreste enthaltende Urne im Erbbegräbnisse beigesetzt werde, spricht sich aus RG. 31. Jan. 1901 in DJZ. 6 S. 163. Für die Zulässigkeit einer Vereinbarung zwischen den Erben oder Verwandten über die Ruhestätte des Erblassers RG. 3. Dez. 1903 in DJZ. 9 S. 265.

6. Eine ähnliche Bewandtnis wie mit den Kosten der Beerdigung des Erblassers hat es mit den Kosten der hinsichtlich desselben erfolgten **Todeserklärung**. Für sie haftet zwar zunächst der Antragsteller persönlich. Ist die Todeserklärung aber einmal erfolgt, so fallen die dem Antragsteller erwachsenen Kosten dem Nachlaß zur Last, soweit sie zur zweckentsprechenden Durchführung des Verfahrens notwendig waren. Die Verpflichtung zu ihrem Ersatz ist somit Nachlaßverbindlichkeit und im Falle des Nachlaßkonkurses Masseschuld (KO. § 224 Nr. 3).

§ 1969.
RB. S. 2099 f.

Schiffner, Gesetzliche Vermächtnisse S. 94 ff., Pflichtteil ꝛc. S. 147—150; Stobbe Bd. V S. 23 ff.; Homeyer, Der Dreißigste (1864); K. Meyer in JW. Bd. 33 S. 32; A. Meyer, DJZ. 1905 S. 166; Teutsch, DJZ. 1905 S. 310.

1. Der § 1969, der das Institut des sog. **Dreißigsten** im ganzen Deutschen Reiche einführt, beruht auf einem Beschlusse der Reichstagskommission. Der E. I (M. V S. 534, 535) hatte

die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift abgelehnt und die zweite Kommission (P. II Bd. 5 S. 654—657) war auf diesem Standpunkte verblieben. In der Reichstagskommission (KB. S. 2099, 2100) überwog indessen die Ansicht, daß es geboten sei, Personen, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Erblasser gelebt hätten und dadurch bei seinem Tode oft plötzlich in eine für sie bedenkliche Veränderung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse, ja mitunter geradezu in Not versetzt würden, durch eine gesetzliche Vorschrift für einige Zeit die Fortdauer ihrer bisherigen äußeren Lebensbedingungen zu sichern, bis sie die Möglichkeit gefunden hätten, ihre Verhältnisse anderweit zu ordnen. Diesem Bedürfnisse soll der § 1969 Rechnung tragen.

2. Der Kreis der **berechtigten Personen** ist im Gesetze also umgrenzt:

a) Anspruchsberechtigt können nur „Familienangehörige" des Erblassers sein. Als solche kommen gewiß der Ehegatte, die Verwandten und Verschwägerten des Erblassers in Betracht, dafern die Voraussetzungen unter b und c vorliegen. Der Ausdruck „Familienangehörige" dürfte aber hier in noch weiterem Sinne zu verstehen und also auch auf andere als die vorhin genannten Personen zu beziehen sein, dafern rücksichtlich ihrer nur zutrifft, daß sie mit Rücksicht auf das bisherige tatsächliche Verhalten des Erblassers und mit Rücksicht auf ihre Beziehung zu diesem nach der Auffassung des Lebens zu den Familienangehörigen des Erblassers gerechnet werden. Man denke z. B. an den Fall, daß der Erblasser nach dem Tode seines Sohnes dessen mehelich geborenes aber später für ehelich erklärtes Kind (vgl. § 1737) in seinen Hausstand aufgenommen und als Familienglied behandelt hat (vgl. übrigens auch Landsberg II S. 995 Anm. 1). Als „Familienangehörige" sind dagegen jedenfalls nicht anzusehen Personen, deren Zugehörigkeit zum Hausstand des Erblassers lediglich auf einem Kontraktverhältnis beruht (Gesinde, Hauslehrer, Gesellschafterin).

b) Der Familienangehörige muß, wenn er anspruchsberechtigt sein soll, zur Zeit des Todes des Erblassers zu dessen „Hausstand" gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben. Daß der Familienangehörige gegenüber dem Erblasser einen Rechtsanspruch auf Gewährung des Unterhalts gehabt habe, ist im Gesetze nicht gefordert. Es genügt der tatsächliche Bezug.

c) Der Begriff des Hausstandes ist in dem gleichen Sinne zu nehmen, wie in den §§ 1617 ff. Ob bei Personen, die mit ihren Angehörigen in dem Hausstand eines Dritten, z. B. des Dienstherrn bei Kammerdienern, Kutschern, oder in einer der Allgemeinheit dienenden Anstalt (Versorgungsinstitut, Pension) leben, ein eigener Hausstand anzunehmen, ist Tatfrage. Vorübergehender Besuch, wenn auch von längerer oder unbestimmter Dauer, begründet die Zugehörigkeit zum Hausstande nicht, anderenteils hebt vorübergehende Abwesenheit, z. B. eines studierenden Sohnes, sie nicht auf.

Liegen die unter a—c bezeichneten Voraussetzungen in der Person des Erben selbst vor, so wird auch er zu den berechtigten Personen zu rechnen sein (vgl. auch § 2150).

3. Der **Inhalt** des Rechtes wird dahin bestimmt, daß der Erbe dem Berechtigten in demselben Umfange, wie der Erblasser es getan, Unterhalt zu gewähren und die Benutzung der Wohnung und der Haushaltungsgegenstände zu gestatten hat. Eine Fortdauer der Schlüsselgewalt der vom Erblasser hinterlassenen Witwe in der Weise, daß die nach § 1354 Abs. 1, § 1357 Abs. 2 dem Manne zustehenden Befugnisse auf den Erben übergehen (so Schiffner S. 149), wird nicht anzunehmen sein. Der Unterhalt umfaßt nach § 1610 Abs. 2 den gesamten Lebensbedarf, jedoch entscheidet nach § 1969 hinsichtlich der Frage, welche Leistungen und in welchem Umfange die einzelnen Leistungen zu gewähren sind, in erster Reihe die bei Lebzeiten des Erblassers bestehende Übung. Zeitlich ist das Recht auf die ersten dreißig Tage nach dem Erbfalle beschränkt, die nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 1 so zu berechnen sind, daß der Todestag nicht mitgezählt wird. Der Anspruch wird übrigens vor dem Ablaufe der dreißig Tage beendigt, wenn der Berechtigte aus dem Hausstande des Erblassers ausscheidet. Schiffner S. 150.

4. Die **juristische Natur** des Rechtes ergibt sich aus den Bestimmungen des Abs. 1 Satz 2 und des Abs. 2.

a) Nach Abs. 2 finden die Vorschriften über Vermächtnisse entsprechende Anwendung. Daraus, aber auch schon aus der Stellung des § 1969, folgt zunächst, daß dieser nur ein Forderungsrecht der Familienangehörigen begründet (§ 2174). Letztere haben also kein dingliches Nutzungsrecht am Nachlasse; von einem Besitzschutze kann (normalerweise) schon deswegen nicht die Rede sein, weil den nach § 1969 Berechtigten in aller Regel (vgl. § 855) schon bei Lebzeiten des Erblassers Besitz an Wohnräumen und den Haushaltungsgegenständen nicht zukam. Der gerichtliche Schutz ist in Gestalt einstweiliger Verfügungen zu gewähren. Von den sonstigen für Vermächtnisse geltenden Vorschriften kommen die §§ 2147, 2148, 2150, 2176 in

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Betracht, deren entsprechende Anwendung keine Schwierigkeiten bietet. Hauptsächlich aber folgt aus der Gleichstellung des Rechtes mit dem Vermächtnisse, daß der Berechtigte im Verhältnisse zu anderen Nachlaßgläubigern nur die Stellung eines Vermächtnisnehmers hat. Sein Anspruch ist daher den Beschränkungen des § 1973 Abs. 1 Satz 2, § 1974 Abs. 2, § 1991 Abs. 4, § 1992 und der KO. §§ 219, 222 (vgl. auch § 3a AnfG.), 226 unterworfen, welche die Durchführung des Anspruchs, soweit dieser auf Gewährung barer Mittel gerichtet ist, oft sehr erschweren und bei wirklicher oder anscheinender Unzulänglichkeit des Nachlasses in der Regel vereiteln werden.

b) Nach Abs. 1 Satz 2 kann der Erblasser abweichende Anordnungen treffen. Der Anspruch ist also kein unentziehbarer, vielmehr kann der Erblasser ihn ganz entziehen, den Inhalt und Umfang des Rechtes abweichend vom Gesetze bestimmen, auch an Stelle des bzw. der Erben eine andere Person, z. B. nur einen einzelnen Erben oder etwa einen Vermächtnisnehmer, der das Wohnhaus des Erblassers erhält, mit der Verpflichtung belasten (vgl. § 2147 Satz 2).

c) Die Verpflichtung des Erben bildet eine Nachlaßverbindlichkeit.

d) Die Vorschriften über die Unterhaltspflicht der Verwandten können nur in beschränktem Maße übertragen werden. Unbedenklich anwendbar ist nur § 1613 (Anspruch für die Vergangenheit). § 1610 kommt, wie oben zu 3 des näheren ausgeführt, nur subsidiär zur Anwendung. Auch § 1612 Abs. 1 ist nur mit der Maßgabe anwendbar, daß der Erbe den Berechtigten in der Regel auf die im Nachlasse vorhandenen oder aus diesem gewonnenen Naturalien wird verweisen dürfen. § 1602 Abs. 1 und § 1603 Abs. 1 kommen nicht zur Anwendung; ebensowenig § 1615, soweit es sich um das Erlöschen des Anspruchs mit dem Tode des Verpflichteten und um die Kosten der Beerdigung des Berechtigten handelt. Auch § 1614 Abs. 1 dürfte mit Rücksicht auf § 2176 für unanwendbar zu erachten sein.

e) Der Anspruch ist, soweit er nicht auf Rückstände oder Ersatzleistung gerichtet ist, nicht übertragbar und der Pfändung nicht unterworfen (§§ 399, 400; ZPO. § 850 Abs. 1 Nr. 2).

f) Die §§ 2014, 2015 müssen gegenüber dem Anspruch aus § 1969 für unanwendbar erachtet werden, da durch die Geltendmachung der dort dem Erben gewährten aufschiebenden Einreden trotz der Vorschriften der ZPO. §§ 305, 782 der Zweck des § 1969 vereitelt werden würde (vgl. Erl. 1a zu § 2014). Dagegen bleibt § 1958 unberührt; der Berechtigte muß zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs ev. die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragen (§ 1960 Abs. 3, § 1961).

5. Das Recht aus § 1969 fällt weg, wenn der Erblasser für tot erklärt wird, weil infolge der längeren Fristen der §§ 14ff. und der Dauer des Aufgebotsverfahrens (vgl. ZPO. §§ 963, 965) die dreißig Tage seit dem Erbfalle, d. h. dem im Ausschlußurteile festgestellten Zeitpunkte des Todes, stets lange verstrichen sein werden, wenn der Eintritt des Erbfalls durch das Ausschlußurteil festgestellt wird. Um die Frist von der Erlassung des Ausschlußurteils an berechnen zu können, würde es einer positiven Vorschrift wie im § 1974 Abs. 1 Satz 2 und in der GBO. § 23 Abs. 1 Satz 2 bedürfen, für welche es überdies hier an einem inneren Grunde fehlt.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Singer in Seuff. Bl. f. RAnw. Bd. 64 S. 327ff.; Engländer, Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger (1906).

1. Die Vorschriften der §§ 1970—1973 ordnen das Aufgebot der Nachlaßgläubiger **nach der materiellrechtlichen Seite.** § 1970 spricht die Zulässigkeit des Aufgebots aus (vgl. ZPO. § 946 Abs. 1), die §§ 1971, 1972 begrenzen den Umfang seiner Wirkung, der § 1973 bestimmt diese Wirkung nach ihrem Inhalt. Im § 1974 ist eine selbständige Vorschrift gegeben, durch welche Nachlaßgläubiger, die ihre Forderungen erst nach dem Ablaufe längerer Zeit gegen den Erben geltend machen, den ausgeschlossenen Gläubigern gleichgestellt werden.

Die Vorschriften über das **Aufgebotsverfahren** sind in der ZPO. §§ 989—1000 enthalten, die in den allgemeinen Vorschriften der §§ 946—959 ihre Ergänzung finden.

Sowohl die materiellrechtlichen Vorschriften des BGB. als auch die Verfahrensvorschriften der ZPO. folgen im wesentlichen dem preuß. Gesetze, betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereiche des ALR., vom

28. März 1879, doch finden sich einzelne nicht unerhebliche Abweichungen, die, soweit sie die materiellrechtliche Seite betreffen, in den Erl. zu den folgenden Paragraphen hervorgehoben sind (vgl. Erl. zu § 1970 Nr. 2, 3, zu § 1972 Nr. 1).

2. Aus den Vorschriften der CPO. und der KO. ist hier folgendes hervorzuheben:

a) Die **Zuständigkeit** für das Aufgebotsverfahren ist dem Amtsgerichte, welchem die Verrichtungen des Nachlaßgerichts obliegen (vgl. die Vorbm. zum Titel 1 Nr. III 2, S. 42), und im Falle des EG. Art. 147 dem Amtsgerichte beigelegt, in dessen Bezirke die Nachlaßbehörde ihren Sitz hat (§ 990).

b) **Antragsberechtigt** ist jeder Erbe (Alleinerbe, Miterbe, Nacherbe), der nicht für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 991 Abs. 1; vgl. Erl. 1 zu § 1970), ferner ein Nachlaßpfleger und ein Testamentsvollstrecker, wenn ihnen die Verwaltung des Nachlasses zusteht (§ 991 Abs. 2); der Erbe und der Testamentsvollstrecker erst nach der Annahme der Erbschaft (§ 991 Abs. 3). Erbt eine Ehefrau und gehört der Nachlaß zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute, so kann außer der Erbin auch deren Ehemann das Aufgebot beantragen, und zwar jeder auch ohne die Zustimmung des anderen Teiles (§ 999). Entsprechendes gilt im Falle des Erbschaftskaufs für den Erben und den Käufer (§ 1000). In den Fällen der §§ 999, 1000 sowie beim Vorhandensein mehrerer Erben oder von Vorerben und Nacherben kommen der von dem einen Berechtigten gestellte Antrag und das von ihm erwirkte Ausschlußurteil auch dem anderen Berechtigten zustatten, soweit nicht die Vorschriften des BGB. über die unbeschränkte Haftung (§§ 2013, 2144, 2383) entgegenstehen (§§ 997—1000).

c) Im Aufgebot ist denjenigen Nachlaßgläubigern, welche sich nicht melden, als Rechtsnachteil anzudrohen: „daß sie, unbeschadet des Rechtes, vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen berücksichtigt zu werden, von dem Erben nur insoweit Befriedigung verlangen können, als sich nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger noch ein Überschuß ergibt" (§ 995 CPO.). Vgl. übrigens auch § 1973 BGB. Die **Aufgebotsfrist**, die nach CPO. § 950 mindestens sechs Wochen betragen muß, soll nach § 994 Abs. 1 auf höchstens sechs Monate festgesetzt werden. Wegen der Zustellung des Aufgebots an die bekannten Gläubiger vgl. § 994 Abs. 2, wegen der Anmeldung einer Forderung § 996.

d) Da neben dem Nachlaßkonkurse für das Aufgebotsverfahren kein Raum ist (vgl. KO. §§ 110, 138 ff., 152, 155), so soll nach CPO. § 993 das Aufgebot nicht erlassen werden, wenn die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt ist. Durch die Konkurseröffnung wird das Aufgebotsverfahren beendigt, nach KO. § 229 gelten jedoch die in dem letzteren angemeldeten und nicht ausgeschlossenen Forderungen als auch im Nachlaßkonkurs angemeldet, sofern das Aufgebot von demselben Amtsgerichte, bei welchem der Konkurs anhängig wird, erlassen und das Verfahren nicht vor der Konkurseröffnung ohne Ausschlußurteil erledigt ist.

e) Das Aufgebotsverfahren findet seine Erledigung durch ein auf Antrag zu erlassendes Ausschlußurteil (§ 952 CPO.).

f) Die **Kosten** des Aufgebots, die an sich gemäß GKG. § 89 dem Antragsteller zur Last fallen, kommen nach KO. § 224 Nr. 4 im Nachlaßkonkurs als Masseschulden in Ansatz.

3. Abgesehen von der im § 1973 bestimmten Wirkung des Ausschlußurteils werden im BGB. an das Aufgebot der Nachlaßgläubiger noch folgende weitere **Wirkungen** angeknüpft:

a) Im § 2015 wird dem Erben während des Aufgebotsverfahrens gegenüber den Nachlaßgläubigern eine aufschiebende Einrede gewährt, die gemäß CPO. §§ 305, 782 die Beschränkung der Zwangsvollstreckung zur Folge hat.

b) Nach § 2045 ist das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Verhältnisse von Miterben untereinander insofern von Bedeutung, als auf Verlangen eines Miterben die Auseinandersetzung bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens aufgeschoben werden muß, wenn letzteres bereits beantragt ist oder unverzüglich beantragt wird.

c) Bei Vorhandensein mehrerer Erben findet das Aufgebot der Nachlaßgläubiger noch eine über die Bestimmungen der §§ 1970—1973 hinausgehende Verwendung in der Weise, daß die Miterben den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern nach der Teilung des Nachlasses nur anteilig haften. In dieser Beziehung greifen die Sondervorschriften des § 2060 Nr. 1 BGB. und des § 997 CPO. ein. Vgl. Erl. zu § 2060.

4. Die Unterlassung des Antrags auf das Aufgebot der Nachlaßgläubiger begründet unter Umständen für den Erben und für den Nachlaßverwalter eine Verpflichtung zum Schadensersatze gegenüber den Nachlaßgläubigern (§§ 1980, 1985 Abs. 2).

§. 1970. Die Nachlaßgläubiger können im Wege des Aufgebotsverfahrens zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert werden.

---

5. Eine außergerichtliche öffentliche Aufforderung der Nachlaßgläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen ist für den Fall der Erbenmehrheit im § 2061 zu dem daselbst bezeichneten Zwecke vorgesehen.

§ 1970.

E. I § 2120 Abs. 1; II § 1845 rev. § 1947; III § 1945. P. I E. 11007 ff., 11412 f.; M. V E. 644 f. P. II Bd. 5 E. 774 ff.

1. Die Antragsberechtigung für das Aufgebotsverfahren ist in der CPO. geordnet (vgl. die Vorbm. Nr. 2b). **Voraussetzung** für das Aufgebotsverfahren ist regelmäßig, daß der Erbe das Recht auf Beschränkung seiner Haftung noch nicht verloren hat. Dies folgt aus dem Zwecke des Aufgebots, das den Erben in den Stand setzen soll, sich über die Höhe des Schuldenstandes zuverlässige Kenntnis zu verschaffen und dadurch eine Grundlage für die Entschließung zu gewinnen, ob er die beschränkte Haftung geltend machen will (D. z. CPO. S. 175). Der Satz kommt im BGB. § 2013 Abs. 1 Satz 1 und in der CPO. § 991 Abs. 1 zum Ausdruck, insofern für den Fall der unbeschränkten Haftung an ersterer Stelle die Anwendung des § 1973 und an letzterer Stelle das Antragsrecht des Erben ausgeschlossen wird.

Haftet der Erbe im allgemeinen unbeschränkt, so wird ihm das Antragsrecht nicht dadurch erhalten, daß er sich nach § 2063 Abs. 2 seinen Miterben oder nach § 2144 Abs. 3 einem Vorerben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung berufen kann (P. II Bd. 5 S. 776). Auf der anderen Seite steht die unbeschränkte Haftung, die nach § 2006 Abs. 3 oder nach CPO. § 780 Abs. 1 lediglich einzelnen Gläubigern gegenüber eingetreten ist, dem Antragsrechte des Erben nicht entgegen. Der Verlust der beschränkten Haftung, welcher nach dem Erlasse des Ausschlußurteils gemäß § 1994 Abs. 1 Satz 2 oder § 2005 Abs. 1 eintritt, ändert an den Wirkungen des Ausschlußurteils nichts (§ 2013 Abs. 1 Satz 2), wohl aber der Verlust der beschränkten Haftung nach § 2006 Abs. 3. Tritt der Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung gegenüber allen Nachlaßgläubigern ein, während ein von dem Erben beantragtes Aufgebotsverfahren schwebt, und erlangt das Gericht von der den Verlust begründenden Tatsache rechtzeitige Kenntnis, so ist das Aufgebotsverfahren einzustellen; ergeht aber, weil das Gericht nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt, das Ausschlußurteil, so ist dieses unwirksam (§ 2013 Abs. 1 Satz 1; vgl. Erl 1a zu § 1981).

Als zweifelhaft kann erscheinen, ob der Verlust der beschränkten Haftung seitens des Erben zur Folge hat, daß das Aufgebot der Nachlaßgläubiger auch auf Antrag des Nachlaßverwalters (§ 1975; der nach §§ 1960, 1961 bestellte Nachlaßpfleger kommt wegen § 1960 Abs. 1 für unsere Frage praktisch nicht in Betracht) und des Testamentsvollstreckers nicht mehr zulässig ist und ein von diesen Personen beantragtes Verfahren eingestellt werden muß.

Gegen die Zulässigkeit scheint zu sprechen, daß nach § 2013 Abs. 1 die Anwendung des die Rechtsfolgen der Ausschließung eines Gläubigers im Aufgebotsverfahren bestimmenden § 1973 entfällt, wenn der Erbe unbeschränkt haftet (vgl. Strohal II § 75 Anm. 2; Engländer S. 17 Anm. 5; vgl. auch die Fassung des § 175 Abs. 2 BGB.). Sachliche Gründe drängen jedoch zur Zulassung des Aufgebotsverfahrens in den bezeichneten Fällen. Denn dem Nachlaßverwalter sind im § 1985 ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet (vgl. auch § 2013), Aufgaben auferlegt, deren Erfüllung ihm nicht selten erst durch das Gläubigeraufgebot ermöglicht wird, und der verwaltende Testamentsvollstrecker wird sich zu der ihm obliegenden Erfüllung der Vermächtnis- und Auflageverbindlichkeiten (§§ 2203, 2217), mag der Erbe auch unbeschränkt haften, erst entschließen dürfen, nachdem er im Wege des Aufgebotsverfahrens den Schuldenstand ermittelt hat. Allein damit ist die Schwierigkeit noch nicht gelöst. Es liegt im Wesen des Aufgebotsverfahrens, daß die Unterlassung der Anmeldung den Eintritt eines im Aufgebot angedrohten Rechtsnachteils zur Folge habe (§ 946 CPO.). Der im § 995 CPO. bezeichnete Rechtsnachteil kann aber im Falle des bei unbeschränkter Haftung des Erben vom Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker beantragten Aufgebots den Nachlaßgläubigern für den Fall der Nichtanmeldung deshalb nicht angedroht werden, weil sich § 995 CPO. an § 1973 BGB. anschließt und weil gerade diese Bestimmung im Falle der unbeschränkten Haftung des Erben keine Anwendung findet. Eine befriedigende Lösung ist also nur in der Weise zu gewinnen, daß man an der im § 995 CPO. bestimmten

Androhung in unserem Falle eine der Sachlage entsprechende Änderung vornimmt. Die Androhung würde also etwa zu lauten haben: daß die Nachlaßgläubiger, welche sich nicht melden, unbeschadet des Rechtes, nach Maßgabe des Nachlaßbestandes vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen berücksichtigt zu werden und unbeschadet der Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen, aus dem Nachlaß nur insoweit Befriedigung verlangen können, als sich nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger noch ein Überschuß ergibt.

2. Die Errichtung des Inventars ist **nicht Voraussetzung** für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens, wie sich, abgesehen von dem Mangel einer positiven Vorschrift im BGB. und in der CPO., aus § 2013 Abs. 1 Satz 2 ergibt. Diese Abweichung von dem preuß. Gesetze (§ 5), dem der E. I (vgl. M. V S. 644) gefolgt war, hängt hauptsächlich damit zusammen, daß die Inventarfrist des BGB. eine richterliche und nicht (wie im ALR.) eine gesetzliche Frist ist. Da die Inventarerrichtung für die beschränkte Haftung selbst nicht notwendige Voraussetzung ist, so erschien es nicht angängig, sie für eine bloße Vorbereitungshandlung zur Voraussetzung zu machen. Daneben war die Erwägung maßgebend, daß weder das Interesse der Nachlaßgläubiger noch der Zweck des Aufgebots die vorgängige Inventarerrichtung erfordern, daß vielmehr das Aufgebot zweckmäßig dem Inventar vorausgehe, um für die Angabe der Nachlaßverbindlichkeiten in diesem (§ 2001 Abs. 1) eine Grundlage zu schaffen.

3. Eine weitere Abweichung des BGB. vom E. I und vom preuß. Ges. (§ 4) liegt darin, daß die Zulässigkeit des Aufgebots an sich **keiner zeitlichen Beschränkung** unterliegt. Eine solche ist mit Rücksicht darauf für entbehrlich erachtet worden, daß die aufschiebende Einrede des § 2015 und die auf ihr beruhenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung nach CPO. §§ 782, 783 an die Voraussetzung geknüpft sind, daß der Antrag auf Erlassung des Aufgebots innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt ist.

4. Das Aufgebot richtet sich, abgesehen von den später (vgl. Vorbm. zu §§ 1971, 1972) hervorzuhebenden Ausnahmefällen, an **alle Nachlaßgläubiger**, nicht nur an die unbekannten, sondern auch an die dem Erben bereits bekannten, selbst an diejenigen, deren Forderungen in dem vor dem Aufgebot etwa bereits errichteten Inventar verzeichnet sind. Vgl. § 992 CPO., laut dessen der Antragsteller seinem Antrag ein Verzeichnis der bekannten Nachlaßgläubiger (vgl. auch CPO. § 952 Abs. 3) beizufügen hat, und § 994 CPO., wonach das Aufgebot den dem Nachlaßgericht angezeigten Nachlaßgläubigern, deren Wohnort bekannt ist, von Amts wegen zuzustellen ist. Vom Aufgebot werden ferner nicht nur die Gläubiger bereits fälliger, sondern auch noch nicht fälliger, selbst bedingter gegen den Nachlaß sich richtender Forderungen (mit Inbegriff derjenigen, deren Entwicklung aus bereits bestehenden Haftungen sich voraussehen läßt) betroffen (vgl. Strohal II S. 234).

§§ 1971, 1972.

1. In den §§ 1971, 1972 sind einzelne Klassen von Nachlaßgläubigern bezeichnet, die **durch das Aufgebot nicht betroffen** werden. § 1971 nimmt diejenigen Gläubiger aus, deren Forderung eine Beziehung auf einen bestimmten Nachlaßgegenstand hat, vermöge deren sie dessen Aussonderung aus dem Nachlaß oder doch abgesonderte Befriedigung aus dem Gegenstande verlangen können. § 1972 entrückt dem Aufgebote die Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen. Während bei den letzteren die in Erl. 1 zu § 1972 angegebenen Gründe maßgebend waren, beruht die Ausnahme des § 1971 auf der Erwägung, daß der Zweck des Aufgebotsverfahrens nur die Feststellung der den Nachlaß als Ganzes treffenden Verbindlichkeiten verlangt; die Ausnahmestellung dieser Forderungen greift daher auch nur soweit Platz, als es sich um den besonderen Nachlaßgegenstand handelt.

2. Die rechtliche Bedeutung der in den §§ 1971, 1972 enthaltenen Ausnahmevorschriften äußert sich darin, daß die bezeichneten Gläubiger von der Anmeldung ihrer Forderungen befreit sind und von dem Ausschlußurteil (§ 1973) nicht betroffen werden. Ein hierauf bezüglicher Vorbehalt im Ausschlußurteil ist nicht vorgeschrieben (vgl. CPO. § 995).

3. Die in den §§ 1971, 1972 enthaltene Aufzählung der durch das Aufgebot nicht betroffenen Gläubiger ist nicht erschöpfend. Aus anderen Vorschriften und aus allgemeinen Rechtsgründen ist zu folgern, daß außerdem auch noch andere Nachlaßgläubiger nicht betroffen werden, nämlich:

a) Der Erbe selbst wegen seiner Ansprüche gegen den Nachlaß (M. V S. 647, 648), dafern das Aufgebotsverfahren nicht vom Nachlaßverwalter oder vom Testamentsvollstrecker be-

antragt worden ist, und die Nachlaßverwaltung, die Testamentsvollstreckung zur Zeit des Ausschlußurteils noch besteht (vgl. bezüglich der gemachten Einschränkung Strohal II § 75 bei Anm. 10ff.; Binder II S. 115). Solche Ansprüche können in Frage kommen:

α) gemäß § 1976, § 1991 Abs. 2, soweit der Erbe schon bei Lebzeiten des Erblassers dessen Gläubiger gewesen ist,

β) gemäß §§ 1978, 1979, § 1991 Abs. 1 auf Grund der Verwaltung des Nachlasses durch den Erben,

γ) gemäß KO. § 225 Abs. 2, 3 vermöge gesetzlichen Überganges der Forderung eines anderen Nachlaßgläubigers auf den Erben. Hierbei muß übrigens vorausgesetzt werden, daß der vom Erben befriedigte Gläubiger nicht bereits selbst ausgeschlossen war. Befriedigte der Erbe einen bereits ausgeschlossenen Gläubiger, so kann er nach § 225 KO. nicht eine bessere Stellung erlangen, als welche diesem zukam. Anders liegt der Fall nur, wenn der Erbe den ausgeschlossenen Gläubiger unter der im § 1979 bestimmten Voraussetzung befriedigt hat. Dann ist ein Ersatzanspruch nach Maßgabe von β begründet.

δ) Außerdem mag noch des Erwerbes von Forderungen eines noch nicht ausgeschlossenen Gläubigers durch Abtretung oder Erbgang gedacht werden.

Mit Rücksicht auf § 1972 bleiben dagegen hier außer Betracht Pflichtteilsansprüche eines Miterben oder Ansprüche des Erben aus Vermächtnissen.

Für die Befreiung des Erben vom Anmeldungszwang unter den vorhin bezeichneten Voraussetzungen spricht vor allem der Umstand, daß es nicht in der Absicht des Gesetzes gelegen sein kann, dem das Aufgebot selbst beantragenden Erben im Falle der Nichtanmeldung eine Einrede gegenüber seinem eigenen Anspruch zu gewähren. Für dieses Ergebnis spricht ferner dieselbe Erwägung, die zur Bestimmung des § 1972 geführt hat, daß nämlich die betreffenden Forderungen dem Erben fast immer bekannt sind. Vgl. auch M. V S. 647, 648. Anders Wilke S. 40 Erl. 7, der den Erben immer für anmeldungspflichtig hält.

Das bisher Gesagte wird hinsichtlich der gegen den Nachlaß sich richtenden Forderungen eines Miterben sicherlich dann zu gelten haben, wenn dieser die Einleitung des Aufgebotsverfahrens beantragt oder doch mitbeantragt hat. Dieselbe Entscheidung dürfte aber selbst dann festzuhalten sein, wenn sich der forderungsberechtigte Miterbe an dem Antrag der übrigen Miterben nicht beteiligt hat. Denn die unter den Miterben durch die Miterbengemeinschaft geschaffenen Beziehungen vermitteln regelmäßig allen Miterben ohnedies die Kenntnis der jedem einzelnen Miterben gegen den Nachlaß zustehenden Ansprüche. Die Ausschließung solcher Forderungen im Aufgebotsverfahren würde daher eine sachlich ungerechtfertigte formalistische Härte bedeuten. Vgl. Strohal II § 75 Anm. 11, aber auch Wilke S. 40, der sich ausnahmslos für die Anmeldungspflicht des Miterben ausspricht. Zweifelnd Herzfelder S. 137.

b) Die Gläubiger, denen gegenüber der Erbe unbeschränkt haftet, sei es, daß die unbeschränkte Haftung nur gegenüber einzelnen Gläubigern besteht (§ 2006 Abs. 3, CPO. § 780), sei es, daß sie allen Gläubigern gegenüber während des Aufgebotsverfahrens eintritt und dieses nicht eingestellt wird (vgl. die Erl. zu § 1970 Nr. 1 Abs. 2). Dies folgt aus § 2013 Abs. 1 Satz 1 und 2 (vgl. M. V S. 648, P. II Bd. 5 S. 778).

Eine Ausnahme hiervon dürfte aber wieder eintreten:

α) Im Falle der Erbenmehrheit, wenn für die betreffende Forderung nicht alle Erben unbeschränkt haften. Dann scheint Anmeldung erforderlich zu sein, auf daß die Ausschließung den nicht unbeschränkt haftenden Erben gegenüber vermieden werde (Strohal II § 75 S. 236).

β) In dem in Erl. 1 zu § 1970 behandelten Falle, wo das Aufgebotsverfahren von dem Nachlaßverwalter oder dem Testamentsvollstrecker beantragt worden ist, und wo die Wirkung des Ausschlusses das Recht des ausgeschlossenen Gläubigers zur Befriedigung aus dem Eigenvermögen des Erben unberührt läßt.

c) Forderungen, deren Entstehung durchaus (vgl. dazu Erl. 4 zu § 1970) in die Zeit nach der Erlassung des Ausschlußurteils oder auf einen dieser zwar vorangehenden aber von ihr doch so wenig entfernten Zeitpunkt fällt, daß dem Gläubiger die Anmeldung nicht mehr zugemutet werden kann.

Über andere von Strohal II § 75 S. 235 gemachte Ausnahmen vgl. Erl. 4.

4. Der Umstand, daß der Gläubiger bereits ein rechtskräftiges Urteil gegen den Erblasser erwirkt hatte, oder daß der Anspruch gegenüber dem Erben eingemahnt oder rechtshängig gemacht worden ist, schließt die Anmeldungspflicht und den Eintritt der an die Nichtanmeldung sich knüpfenden rechtlichen Folgen nicht aus (vgl. auch M. V S. 647).

§. 1971. Pfandgläubiger und Gläubiger, die im Konkurse den Pfandgläubigern gleichstehen, sowie Gläubiger, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, werden, soweit es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt, durch das Aufgebot nicht betroffen. Das Gleiche gilt von Gläubigern, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind oder denen im Konkurs ein Aussonderungsrecht zusteht, in Ansehung des Gegenstandes ihres Rechtes.

Aus naheliegenden Billigkeitsgründen will Strohal II § 75 bei Anm. 8 und 9 Befreiung von der Anmeldungspflicht eintreten lassen: bei Forderungen aus den nach der Erlassung des Aufgebotes mit dem Nachlaßpfleger oder dem verwaltenden Testamentsvollstrecker abgeschlossenen Rechtsgeschäften, ferner bei Forderungen, die dem Gläubiger durch ein von ihm noch vor der Erlassung des Ausschlußurteils gegenüber demjenigen, auf dessen Antrag es ergeht, rechtskräftig zuerkannt sind. Der Mangel einer dieser Behauptung entsprechenden gesetzlichen Bestimmung läßt es jedoch als zweifelhaft erscheinen, ob sich die Praxis zur Anerkennung der bezeichneten Auffassung entschließen wird.

§ 1971.

E. I § 2125 Satz 1, 2; II § 1847 vgl. § 1948; III § 1946. P. I S. 11021 ff., 11413; M. V S. 647 f. P. II Bd. 5 S. 777 ff.

1. Der Gedanke, auf dem der § 1971 beruht, ist bereits im vorstehenden (Erl. 1) dargelegt worden. Zu den einzelnen Klassen der nicht betroffenen Gläubiger ist zu bemerken:

a) Unter **Pfandgläubigern** sind hier nur solche persönliche Gläubiger zu verstehen, deren Forderung durch ein rechtsgeschäftlich bestelltes Pfandrecht an einer beweglichen Sache oder an einem Rechte gesichert ist (§§ 1204, 1273); denn die Fälle des gesetzlichen Pfandrechts und des Pfändungspfandrechts werden durch den unter b besprochenen Satz getroffen.

b) Welche Gläubiger **im Konkurse den Pfandgläubigern gleichstehen**, bemißt sich nach KO. § 49; es handelt sich hauptsächlich um diejenigen, welche an gewissen Gegenständen ein gesetzliches oder ein durch Pfändung erlangtes Pfandrecht oder ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht haben.

c) Die Gläubiger, welche bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein **Recht auf Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen** haben, sind im ZVG. § 10 aufgeführt; es sind hauptsächlich Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldgläubiger sowie Reallastberechtigte, aber auch der betreibende Gläubiger wegen der durch die Beschlagnahme erworbenen Rechte, die auf einem land- oder forstwirtschaftlichen Grundstück in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse stehenden Personen wegen ihrer Ansprüche auf Lohn, Kostgeld und andere Bezüge, der Fiskus und die sonstigen Verbände wegen der öffentlichen Lasten.

d) Wegen der Sicherung eines persönlichen Anspruchs durch eine **Vormerkung** (im Grundbuch oder im Schiffsregister) vgl. §§ 883 ff., ZVG. § 48.

e) Wegen des **Aussonderungsrechts** im Konkurse s. KO. § 43. Es werden demgemäß durch das Aufgebot nicht getroffen die auf einem dinglichen oder persönlichen Rechte beruhenden Ansprüche auf Herausgabe eines zum Nachlaß nicht gehörenden Gegenstandes.

2. Ob das Pfandrecht oder das ihm gleichstehende Recht, das Recht auf Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen oder die Vormerkung vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls erlangt sind, ist für die Befreiung von der Anmeldepflicht und die Wirkung des Ausschlußurteils ohne Bedeutung; ebenso, ob der Erwerb des Rechtes sich auf dem Wege rechtsgeschäftlicher Bestellung oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung bzw. einstweiligen Verfügung vollzogen hat. Da nach CPO. § 782 die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß auch während der in den §§ 2014, 2015 bestimmten Fristen, also selbst während des Aufgebotsverfahrens zulässig ist, so würde es nicht angemessen sein, wenn die betreffenden Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche verpflichtet wären (P. II Bd. 5 S. 778, 779). Dagegen greifen die zivilrechtliche Einrede des § 2015 und die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach CPO. § 782 auch gegenüber den im § 1971 bezeichneten Gläubigern durch, wenn das Recht bzw. die Vormerkung erst nach dem Eintritte des Erbfalls im Zwangswege begründet worden ist (§ 2016 Abs. 2).

3. Hinsichtlich derjenigen Nachlaßgläubiger, welche für ihre persönliche Forderung ein Recht auf Befriedigung aus einem zum Nachlasse gehörenden Grundstücke

§. 1972. Pflichttheilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen werden durch das Aufgebot nicht betroffen, unbeschadet der Vorschrift des §. 2060 Nr. 1.

---

haben, finden die Vorschriften des BGB. über das Aufgebot eine Ergänzung in den Bestimmungen des ZVG. §§ 175 ff. Der Zweck des Aufgebots, dem Erben über die Höhe des Schuldenstandes zuverlässige Kenntnis zu verschaffen, würde gegenüber jenen Gläubigern nur unvollkommen erreicht werden, da der Erbe ihnen gegenüber das Maß seiner persönlichen Haftung tatsächlich erst dann genau zu bestimmen vermag, wenn feststeht, ob und in welcher Höhe der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt wird. Um dem Erben eine solche Feststellung zu ermöglichen, ist ihm im Anschluß an das bisherige preuß. Recht (Bdg. v. 28. März 1840 § 4, Ges. v. 13. Juli 1883 § 180 Abs. 2 Nr. 1, § 184) die Befugnis eingeräumt, die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu beantragen (ZVG. § 175). In dem Verfahren kann jeder Gläubiger, dessen dingliches Recht von dem Erben anerkannt wird, verlangen, daß bei der Feststellung des geringsten Gebots nur die seinem Anspruche vorgehenden Rechte berücksichtigt werden (§§ 174, 176). Tut der Gläubiger dies nicht und wird daher sein Recht in das geringste Gebot aufgenommen, so kann ihm die Befriedigung aus dem übrigen Nachlasse verweigert werden (§ 179). Vgl. dazu auch Strohal II § 77. Der Gläubiger wird also vor die Wahl gestellt, sich mit seinem dinglichen Rechte zu begnügen oder aber vermittelst desselben seine Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen und damit den Betrag festzustellen, den er noch gegen den übrigen Nachlaß bzw. den Erben persönlich geltend zu machen hat.

Sind die Nachlaßgläubiger, welche ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke haben, mit ihrer persönlichen Forderung im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen (oder stehen sie nach BGB. §§ 1974, 1989 einem ausgeschlossenen Gläubiger gleich), so ist dem Erben das Antragsrecht durch die Vorschrift des berufenen § 175 Abs. 2 ausdrücklich versagt. Im übrigen sind die Voraussetzungen die gleichen wie für das Aufgebot; der Erbe kann den Antrag erst nach der Annahme der Erbschaft und nur so lange stellen, als er nicht das Recht auf Beschränkung seiner Haftung verloren hat. Neben dem Erben ist zu dem Antrag auch jeder andere berechtigt, der das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragen kann (vgl. die Erl. zu § 1970 Nr. 1 Abs. 4 a. A.), aber ebenfalls nur, wenn der Erbe des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftig ist.

§ 1972.

E. II § 1846 rev. § 1949; RT. § 1947. P. II Bd. 5 S. 774 f.

1. Die auf **Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen** beruhenden Nachlaßverbindlichkeiten (vgl. §§ 1967, 2303, 2317, 2174, 2194) würden, wenn rücksichtlich ihrer nicht besonderes bestimmt wäre, dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger unterworfen sein. Die Vorschrift des § 1972, welche abweichend vom preuß. Rechte und vom E. I die fraglichen Verbindlichkeiten den Wirkungen des Aufgebotsverfahrens entrückt, beruht auf einem Beschlusse der zweiten Kommission. Maßgebend war die Erwägung, daß bei diesen Verbindlichkeiten der Zweck des Aufgebots in aller Regel entfalle, da der Erbe von ihrem Vorhandensein durch die Verkündung der Verfügung von Todes wegen gewöhnlich Kenntnis erhalte. Man besorgte auch, daß die Anmeldepflicht bei diesen Verbindlichkeiten eine Gefährdung des Berechtigten mit sich bringen könnte, da die Anmeldung aus Rechtsunkunde oft unterlassen werden würde und, wenn das Testament erst nach der Erlassung des Aufgebots verkündet oder gar aufgefunden werde, es leicht dahin kommen könne, daß der Berechtigte sein Recht zu spät erfahre. Bei den Auflagen (vgl. §§ 1940, 2194) sprach auch die Erwägung mit, daß hier niemand vorhanden sei, der sich zur Anmeldung berufen fühlen werde. Vgl. P. II Bd. 5 S. 774 und dazu Binder II S. 114 Anm. 16.

2. Die praktische Bedeutung des § 1972 ist nach der Gestalt, die das BGB. schließlich erhalten hat, ziemlich gering. Denn nach § 1973 Abs. 1 Satz 2 stehen die Gläubiger aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, obwohl sie kraft Gesetzes die Stellung nicht ausgeschlossener Gläubiger haben, doch den ausgeschlossenen Gläubigern anderer Forderungen nach und, wenn ein ausgeschlossener Gläubiger seine Forderung erst nach der Berichtigung von Pflichtteilsansprüchen ꝛc. geltend macht, ist zwar der Erbe gedeckt, allein dem Pflichtteilsberechtigten ꝛc. kann das, was er erhalten hat, im Nachlaßkonkurse wie außerhalb desselben im Wege der Anfechtung abgenommen werden (KO. § 222, Anf.Ges. § 3a). Von Belang ist die Bestimmung des § 1972 jedoch insofern, als die daselbst bezeichneten Gläubiger auf Grund derselben gegen den Erben

§. 1973. Der Erbe kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. Der Erbe hat jedoch den ausgeschlossenen Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen, es sei denn, daß der Gläubiger seine Forderung erst nach der Berichtigung dieser Verbindlichkeiten geltend macht.

Einen Ueberschuß hat der Erbe zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Werthes abwenden. Die rechtskräftige Verurtheilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers wirkt einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung.

Ansprüche gemäß §§ 1978, 1979 erheben können, die ihnen als ausgeschlossenen Gläubigern nicht zustehen würden (vgl. Erl. 6 zu § 1978). Infolgedessen ist es unter Umständen sogar möglich, daß die genannten Gläubiger im Falle des Nachlaßkonkurses aus demjenigen, was der Erbe nach Maßgabe des § 1978 an den Nachlaß zu ersetzen hat, vollständige oder doch teilweise Befriedigung finden, während die im Range vorgehenden ausgeschlossenen Gläubiger gänzlich unbefriedigt bleiben (vgl. KO. § 226 Abs. 4, § 228 Abs. 2).

3. Hervorzuheben ist, daß die im § 1972 bezeichneten Gläubiger den im § 1971 genannten keineswegs durchweg gleichgestellt sind; sie unterliegen dem § 1974 (vgl. dort Abs. 2, 3) und werden auch durch das Aufgebot insoweit betroffen, als dieses für die Art der Haftung mehrerer Erben von Bedeutung ist (§ 2060 Nr. 1).

§ 1973.

E. I § 2127 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2; II § 1848 rev. § 1950; III § 1948. P. I E. 11027 ff., 11407 ff., 12259, 12278; M. V E. 649 ff. P. II Bd. 5 E. 780 ff. RB. E. 2100.

1. **Beschränkte Haftung des Erben als Voraussetzung des Eintritts der Ausschlußwirkung.** Die im § 1973 an den Ausschluß von Gläubigern im Aufgebotsverfahren geknüpften Rechtsfolgen kommen nur demjenigen Erben zustatten, welcher zur Zeit des Ausschlußurteils das Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß noch nicht eingebüßt hat (§ 2013 Abs. 1 Satz 1; vgl. aber doch auch Erl. 1 zu § 1970). Tritt der Verlust dieses Rechtes nach Maßgabe von § 1994 Abs. 1 Satz 2 (Versäumung der Inventarfrist) oder von § 2005 Abs. 1 (schwere Verfehlung bei der Inventarerrichtung) erst nach der Erlassung des Ausschlußurteils ein, so bleiben hierdurch die zugunsten des Erben dem bereits ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber eingetretenen Rechtsfolgen unberührt. Wohl aber kann der Erbe einem bereits ausgeschlossenen Gläubiger nach Maßgabe von § 2006 Abs. 3 unbeschränkt haftbar werden; vgl. darüber Erl. 2 zu § 2006 und P. II Bd. 6 S. 395, 396.

2. Die **Wirkung der Ausschließung** eines Gläubigers im Aufgebotsverfahren besteht nicht in der Erlöschung der ausgeschlossenen Forderung sondern in einer vom Erben durch Einrede (Ausschlußeinrede) geltend zu machenden eigenartigen Beschränkung der Haftung für die ausgeschlossene Forderung. Diese Haftungsbeschränkung bestimmt sich nicht nach den allgemeinen auf die „Beschränkung der Haftung" sich beziehenden Vorschriften der §§ 1975 bis 1992, sondern nach der Sondervorschrift des § 1973 (vgl. auch Engländer S. 54 ff.). Hieraus ergeben sich folgende Unterschiede:

a) Die Durchsetzung der nach § 1973 eintretenden Haftungsbeschränkung setzt eine nach Maßgabe von § 1975 durchgeführte Nachlaßabsonderung selbst dann nicht voraus, wenn eine zur Deckung der Kosten der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses ausreichende Masse vorhanden ist. Über die Frage, ob ein ausgeschlossener Nachlaßgläubiger zum Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung oder zu dem auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses legitimiert ist, vgl. Erl. 8.

b) Die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung nach den §§ 1975—1992 führt zwar zu einer Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß, aber doch nur in der Art, daß der Erbe den durch die beschränkte Haftung betroffenen Gläubigern gegenüber für die bisherige Verwaltung des Nachlasses hinsichtlich der Zeit vor der Annahme der Erbschaft nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag und hinsichtlich der Zeit nach der Annahme der

Erbschaft nach den Vorschriften über den Auftrag verantwortlich ist (vgl. besonders § 1978), und daß die sich hieraus ergebenden Ansprüche im Interesse der Nachlaßgläubiger als zum Nachlaß gehörend behandelt werden. Wegen der von ihm aus seinem Eigenvermögen auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen aber kann der Erbe nach den allgemeinen Vorschriften über die Beschränkung der Haftung den Nachlaßgläubigern gegenüber nur insoweit Ersatz aus dem Nachlaß verlangen, als sich dieser nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. nach denen über den Auftrag als gerechtfertigt herausstellt. Anders verhält es sich mit der nach § 1973 sich bestimmenden Haftungsbeschränkung des Erben gegenüber einem ausgeschlossenen Gläubiger. Denn nach dessen Vorschriften kann der Erbe seine Haftung einem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber auf *dasjenige beschränken, um was er in der in Erl. 3 noch genauer festzustellenden Weise aus dem Nachlaß noch bereichert* ist (vgl. auch KO. § 228 Abs. 2).

Macht der Erbe einem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber das bezeichnete Recht zur Beschränkung der Haftung nicht geltend und erleidet ein *nicht ausgeschlossener Gläubiger*, der vor jenem zu befriedigen gewesen wäre, infolgedessen einen Ausfall, so kann ihm der Erbe deswegen nach den §§ 1978—1980 verantwortlich sein. Ein unmittelbares Recht darauf, daß der ausgeschlossene Gläubiger nur nach § 1973 befriedigt werde, hat der nicht ausgeschlossene Gläubiger allerdings nicht (vgl. auch Rspr. 5 S. 230); doch kann er indirekt der Gefahr einer solchen für ihn nachteiligen Befriedigung durch Stellung des Antrags auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder auf Anordnung der Nachlaßverwaltung, dafern die sonstigen Voraussetzungen dafür gegeben sind (vgl. dazu Erl. 8), begegnen.

3. Für die unter Heranziehung der Vorschriften über die **Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung** (§§ 818, 819) zu beantwortende Frage (§ 1973 Abs. 2 Satz 1), ob und in welchem Umfange der Erbe aus dem Nachlaß noch bereichert ist, ist folgendes maßgebend:

a) Der **ursprüngliche Aktivbestand** des Nachlasses, die aus dem Nachlaß gezogenen Nutzungen sowie das sonst auf Grund eines Nachlaßrechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes (§ 818 Abs. 1) vom Erben Erlangte. Darüber, ob und inwieweit der Erbe wegen nachträglich eingetretener Veränderungen, insbesondere wegen Verminderung des Nachlasses, dem ausgeschlossenen Gläubiger verantwortlich ist, vgl. die Ausführung unter c. Dem *Aktivbestand* des Nachlasses müssen auch *diejenigen Rechte zugerechnet werden, welche infolge der Vereinigung* mit den in der Person des Erben vorhanden gewesenen Verbindlichkeiten bzw. Belastungen *erloschen sind*. Ausdrücklich ausgesprochen ist dies im Gesetze freilich nicht. Die Entscheidung ergibt sich aber mit Notwendigkeit aus der im § 1973 bestimmten Anwendung der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung; denn durch die eingetretene Erlöschung ist der Erbe auf Kosten des ausgeschlossenen Gläubigers aus dem Nachlaß bereichert. Eine dem § 1991 Abs. 2 analoge Bestimmung war deshalb hier überflüssig. Vgl. besonders *Strohal* II § 75 bei Anm. 13, 14; ferner *Weißler* S. 340; *Binder* II S. 116 Anm. 25; *Dernburg* V S. 468; *Engländer* S. 49 Anm. 2; anders *Herzfelder* S. 145. In den Fällen der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses kommt übrigens dem ausgeschlossenen Gläubiger ohnedies schon § 1976 zustatten.

b) **Als Abzugsposten** kommen in Betracht:

α) *Diejenigen Rechte des Erben, welche infolge der Vereinigung erloschen sind.* Beispiel: Nach durchgeführter Befriedigung derjenigen Nachlaßgläubiger, welche ihre Forderungen rechtzeitig angemeldet haben, ist dem Erben ein Nachlaßrest von 200 Mk. verblieben. Darf hier der Erbe, von dem vorausgesetzt werden soll, daß er gegen den Erblasser eine Darlehnsforderung von 150 Mk. hatte, einem nachträglich mit einer ausgeschlossenen Forderung von 250 Mk. auftretenden Nachlaßgläubiger die Darlehensforderung in Rechnung stellen, so daß auf den ausgeschlossenen Gläubiger nur mehr 50 Mk. entfallen, oder ist bei der Ermittelung des Nachlaßüberschusses von dem erwähnten Darlehen gänzlich abzusehen, so daß dem Gläubiger 200 Mk. gebühren? Die Frage kann nur im ersten Sinne beantwortet werden. Denn sonst würde der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger über das Maß der aus dem Nachlaß erlangten Bereicherung hinaus haften und sogar noch ungünstiger gestellt sein, als er nach § 1990 in Verbindung mit § 1991 Abs. 2 einem nicht ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber gestellt sein würde. Vgl. übrigens auch die Ausführung unter a a. E. und *Strohal* II § 75 bei Anm. 15; anders auch hier *Herzfelder* S. 145, der übrigens insofern nicht konsequent ist, als er S. 146 (vorletzter Absatz) der Möglichkeit eines nachträglichen *Erwerbs* (vgl. hierzu die Ausführung unter γ a. E.) der Forderung eines nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers durch den Erben gedenkt

und sich in diesem Falle dafür entscheidet, daß der Erbe die von ihm erworbene Forderung dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber ihrem vollen Werte nach als Abzugsposten behandeln könne.

β) Die Forderungen der nicht ausgeschlossenen Gläubiger (§ 1973 Abs. 1 Satz 1), jedoch nicht ausnahmslos. Hinsichtlich der der Ausschließung im Wege des Aufgebotsverfahrens überhaupt nicht unterliegenden (§ 1972) Ansprüche aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen gilt nämlich die im § 1973 Abs. 1 Satz 2 bestimmte — auf einem Beschluß der Reichstagskommission beruhende — Besonderheit. Danach kann zwar der Erbe, solange der ausgeschlossene Gläubiger seine Forderung weder gerichtlich noch außergerichtlich geltend gemacht hat, selbst wenn er von der ausgeschlossenen Forderung Kenntnis hat, nicht ausgeschlossene Gläubiger aller Art, also auch Pflichtteilsansprüche, Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen aus dem Nachlaß befriedigen, ohne deswegen dem ausgeschlossenen Gläubiger verantwortlich zu werden. Soweit der ausgeschlossene Gläubiger hierdurch verkürzt ist, kann er übrigens noch immer auf Grund KO. § 222 und des AnfGes. § 3a (vgl. auch § 13 Abs. 4) im Wege der Anfechtung Befriedigung erhalten, da nach diesen Vorschriften die an den Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer oder Auflagenempfänger bewirkte Leistung in gleicher Weise anfechtbar ist wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben (KO. § 32 Nr. 1, § 37 Abs. 2, AnfGes. § 3 Nr. 3, § 7 Abs. 2).

Hat der Gläubiger dagegen seine ausgeschlossene Forderung bereits, wenn auch nur außergerichtlich geltend gemacht, so darf der Erbe den Nachlaßbestand nicht mehr durch Befriedigung oder Zulassung der Befriedigung eines Pflichtteils-, Vermächtnis-, Auflageanspruchs zum Nachteil des ausgeschlossenen Gläubigers mindern, widrigenfalls er diesem wegen des Ausfalls aufzukommen hat. Daneben greift übrigens auch hier die Anfechtung auf Grund von KO. § 222 und AnfGes. § 3a durch.

Wird zwischen dem Erben und dem ausgeschlossenen Gläubiger streitig, ob die Befriedigung eines Pflichtteils-, Vermächtnis-, Auflageanspruchs vor oder nach dem Zeitpunkte erfolgt ist, in welchem der ausgeschlossene Gläubiger seine Forderung geltend gemacht hat, so trifft hinsichtlich des Zeitpunktes der Geltendmachung der ausgeschlossenen Forderung den Gläubiger (Herzfelder S. 142 hält in dieser Beziehung mit Unrecht den Erben für beweispflichtig), hinsichtlich des Zeitpunktes, in welchem die Befriedigung des Pflichtteils-, Vermächtnis-, Auflageanspruchs erfolgt ist, dagegen den Erben die Beweislast.

γ) Dasjenige, was der Erbe einem anderen ausgeschlossenen Gläubiger bereits geleistet hat oder wozu er einem solchen gegenüber auch nur rechtskräftig verurteilt worden ist. Denn nach § 1973 Abs. 2 Satz 3 wirkt die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung.

Die von Herzfelder S. 146 in diesem Zusammenhange behandelte Frage, wie es sich verhalte, wenn der Erbe „die Forderung eines Gläubigers zu einem geringeren als dem Nominalbetrag erworben habe", ist hier im allgemeinen gegenstandslos, weil dem § 1973 der in KO. § 225 Abs. 2 (vgl. Vorbm. 7b zu §§ 1975ff. und Erl. 1 zu § 1979) zur Ausprägung gelangte Gedanke, daß der Erbe, indem er eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, unter der negativen Voraussetzung, daß nicht § 1979 eingreift, an die Stelle des Gläubigers trete und damit dessen Forderung erwerbe, fremd ist. Demgemäß versteht sich ohnedies von selbst, daß der Erbe grundsätzlich nur das in Ansatz bringen kann, was er zur Tilgung der Forderung eines anderen ausgeschlossenen Gläubigers wirklich geleistet hat. Eine andere Beurteilung würde jedoch eintreten müssen, wenn der Erbe eine ausgeschlossene Forderung etwa dadurch erworben hat, daß er einen ausgeschlossenen Gläubiger beerbt hat, oder wenn ein ausgeschlossener Gläubiger seine Forderung dem Erben, um diesem eine schenkweise Zuwendung zu machen, abgetreten hat. Denn hier dürfte zu sagen sein, daß der Erbe die von ihm erworbene Forderung einem anderen ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber voll als Abzugsposten in Rechnung stellen kann, und es ist nicht einzusehen, warum dies nur deshalb nicht gelten soll, weil die vom Erben erworbene Forderung eine ausgeschlossene war, während es auch nach Herzfelder gelten würde, wenn die erworbene Forderung eine nicht ausgeschlossene gewesen wäre.

δ) Die auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen in dem weiter unten noch festzustellenden Maße. Doch mag schon hier bemerkt werden, daß zu ihnen auch Prozeßkosten gehören können.

ε) Wegen seines Gebarens mit dem Nachlaß ist der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger in Ansehung der vor dem Zeitpunkt, in welchem dessen Anspruch rechtshängig ge-

worden ist (§ 818 Abs. 4), oder in welchem er von dem Vorhandensein des Anspruchs Kenntnis erlangt hat (§ 819), liegenden Zeit, nicht verantwortlich. Die Bestimmungen der §§ 1978 bis 1980 finden hier grundsätzlich (vgl. aber doch auch KO. § 228 Abs. 2) keine Anwendung. Wegen nicht gezogener Nutzungen kann der Erbe vom ausgeschlossenen Gläubiger nicht haftbar gemacht werden und wegen einer die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers beeinträchtigenden Veränderung, insbesondere Verminderung des Nachlaßbestandes (z. B. durch Verfügungen über Nachlaßgegenstände, durch Verbrauch von solchen), hat der Erbe nach Maßgabe von § 818 Abs. 2, 3 nur insoweit Ersatz zu leisten, als er bereichert ist. Demgemäß entfällt regelmäßig jede Ersatzpflicht des Erben, wenn er über Nachlaßgegenstände schenkweise verfügt hat. Anders nur dann, wenn und soweit sich der Erbe durch die Verfügung eine Aufwendung erspart hat, die er sonst aus seinem Eigenvermögen gemacht haben würde. Soweit dies nicht zutrifft, kommt aber doch dem ausgeschlossenen Gläubiger im Verhältnis zum Beschenkten die Vorschrift des § 822 zustatten. Bemerkenswert ist auch, daß den Erben wegen der Verwendung von Nachlaßmitteln zur Befriedigung von Nachlaßgläubigern dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber eine Ersatzpflicht auch insoweit nicht trifft, als er dabei Leistungen an nur vermeintliche Nachlaßgläubiger bewirkt hat. Soweit freilich in solchem Falle für den Erben eine condictio indebiti begründet ist, kann doch durch diese ein Nachlaßüberschuß im Sinne des § 1973 gegeben sein.

Was endlich die vom Erben aus seinem Eigenvermögen auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen betrifft, so kann er sie dem ausgeschlossenen Gläubiger voll als Abzugspost (vgl. Erl. 3b) in Rechnung stellen, selbst wenn sie gänzlich überflüssig waren (vgl. § 818 Abs. 3). Bestand die Aufwendung in einer an einen nur vermeintlichen Nachlaßgläubiger bewirkten Leistung, hinsichtlich deren die condictio indebiti begründet ist, so muß der Erbe freilich neben der von ihm gemachten Aufwendung auch das ihm in Gestalt der condictio indebiti erwachsene Aktivum in Ansatz bringen.

Eine über das soeben bezeichnete Maß hinausgehende (und der in den §§ 1978—1980 bestimmten Haftung sich annähernde) Haftung trifft jedoch den Erben von den aus den Entscheidungen des § 818 Abs. 4 und des § 819 sich ergebenden und bereits oben näher bezeichneten Zeitpunkten an. Dem Erben obliegt nunmehr dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber in Ansehung der Nachlaßgegenstände die im § 292 Abs. 1 (vgl. auch §§ 987, 989) bestimmte Diligenzpflicht und in Ansehung einer zum Nachlaß gehörenden bzw. zu ersetzenden Geldsumme die im § 291 bestimmte Verzinsungspflicht. Rücksichtlich der vom Erben auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen aber ist von jetzt ab Abs. 2 von § 292 bzw. § 994 maßgebend. Zur Befriedigung von anderen Nachlaßgläubigern bleibt der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger aber auch nach dem bezeichneten Zeitpunkte nach Maßgabe von § 1973 Abs. 1 Satz 2 berechtigt.

d) Unzutreffend ist die in der Literatur hier und da auftauchende Behauptung, daß die Frage, ob und welche Bereicherung des Erben aus dem Nachlaß vorliege, nur nach dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit (des vom Gläubiger geltend gemachten Leistungsanspruchs) zu beantworten sei (so insbesondere Herzfelder S. 146, 147). Die Bereicherung des Erben kann vielmehr auch nach dem bezeichneten Zeitpunkte sowohl eine Erweiterung (z. B. infolge der Werterhöhung der Nachlaßgegenstände, durch Früchte und sonstigen Zuwachs) als auch eine Verringerung (z. B. durch Wertminderung der Nachlaßgegenstände, durch sonstige Umstände, soweit sie der Erbe nach §§ 292, 989 nicht zu vertreten hat, sowie infolge des Eingreifens der Vorschrift des § 1973 Abs. 2 Satz 3) erfahren. Es darf eben auch bei dieser Frage nicht übersehen werden, daß es sich im Falle des § 1973 nicht um eine nach einem bestimmten Zeitpunkte sich bestimmende Haftung pro viribus, sondern um eine Haftung cum viribus handelt.

4. Die **Geltendmachung** der auf § 1973 beruhenden Haftungsbeschränkung kann, je nach der Lage der Umstände, zu verschiedenen Ergebnissen führen:

a) Ist der Nachlaß bereits **vollständig erschöpft**, und trifft den Erben deswegen auch keine Verantwortlichkeit (vgl. dazu Erl. 3c a. E.), so bleibt der ausgeschlossene Gläubiger, soweit ihm nicht etwa § 822 oder § 222 KO. bzw. § 3a AnfGes. zustatten kommen, gänzlich unbefriedigt. Bezüglich der Beweislast vgl. c.

b) Ist dagegen noch ein nach Maßgabe der in Erl. 3 entwickelten Grundsätze zu ermittelnder **Nachlaßüberschuß** vorhanden, so kann der Erbe den ausgeschlossenen Gläubiger auf diejenigen Gegenstände, aus welchen sich dieser Überschuß zusammensetzt, in der Art verweisen, daß er sie zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im **Wege der Zwangsvollstreckung** herausgibt (§ 1973 Abs. 2 Satz 1 und dazu Erl. 6), d. h. praktisch, sie, soweit an ihm

liegt, zu diesem Zwecke zur Verfügung stellt. Die hiermit bestimmte und dadurch eigenartige Haftung cum viribus hereditatis, daß sie ihre Begrenzung durch die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung erhält, erfährt aber eine weitere Abschwächung noch dadurch, daß der Erbe die „Herausgabe" der bezeichneten Gegenstände, das will sagen: die Führung der Zwangsvollstreckung in sie **durch Zahlung des Wertes abwenden kann** (§ 1973 Abs. 2 Satz 2). Indem der Erbe dieses Abfindungsrecht nur hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände ausübt, vermag er die Führung der Zwangsvollstreckung durch den noch nicht voll befriedigten Gläubiger auf die übrigen Nachlaßgegenstände zu beschränken; im übrigen steht jedoch dem Erben die Auswahl der Nachlaßgegenstände, aus denen die Befriedigung des Gläubigers erfolgen soll, nicht zu. Über die Zeit, nach welcher sich der vom Erben zu leistende Einlösungswert bestimmt, vgl. Erl. 5c δ. Als ausgeschlossen wird die Ausübung des Einlösungsrechtes hinsichtlich desjenigen Gegenstandes angesehen werden müssen, welcher dem ausgeschlossenen Gläubiger geschuldet wird.

c) Die **Beweislast** dafür, daß der Nachlaß gänzlich oder bis zu einem bestimmten Reste erschöpft ist, trifft den Erben, wie von der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 780, 781) abweichend vom E. I aus Billigkeitsrücksichten beschlossen und durch die Fassung des § 1973 Abs. 1 Satz 1 („der Erbe kann die Befriedigung . . . insoweit verweigern, als" usw.) zum Ausdruck gebracht ist; vgl. auch RG. 10. Juli 1905 in JW. 1905 S. 532; auch DJZ. 1905 S. 1011. Hat der Erbe rechtzeitig ein Inventar errichtet, so wird ihm die Führung des Beweises durch die im § 2009 bestimmte Vermutung erleichtert (vgl. aber auch Erl. 5c δ). Unzutreffend ist die von Jaeger in der Schrift über die Erbenhaftung S. 9 ausgesprochene Meinung, daß der Erbe sich nach eingetretener Erschöpfung des Nachlasses auf Prozesse der nachträglich auftretenden ausgeschlossenen Gläubiger überhaupt nicht mehr einzulassen brauche, da ihm die Passivlegitimation fehle; vgl. dagegen Eccius S. 618.

5. Über die **praktische Durchführung** der im § 1973 enthaltenen materiellen Rechtssätze ist folgendes zu bemerken:

Durch den Ausschluß im Aufgebotsverfahren verliert der betroffene Anspruch nicht seinen bisherigen Charakter (so auch die in Erl. 4c berufene RGE.), er geht nach wie vor auf Leistung des Geschuldeten (über den Fall, daß die Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers nicht auf Geld geht, vgl. unten c S. 117) und verwandelt sich nicht etwa, wie Binder II S. 123 mit Unrecht annimmt, in einen Anspruch auf „Herausgabe des Nachlaßüberschusses" (vgl. dagegen Strohal II § 75 bei Anm. 24). Spricht doch der Schlußsatz des § 1973 ausdrücklich von einer Verurteilung des Erben zur „Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers". Was durch den Ausschluß im Aufgebotsverfahren in Frage gestellt sein kann, ist nur, ob und in welchem Umfange noch ein Überschuß vorhanden ist, aus dem der ausgeschlossene Gläubiger seine Befriedigung zu gewinnen vermag. Der nach Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers verbleibende Rest kommt selbstverständlich dem Erben zu. Auf folgende Möglichkeiten mag besonders aufmerksam gemacht werden:

a) In nicht gerade seltenen Fällen wird der Erbe der Klage des ausgeschlossenen Gläubigers zuvorkommen, indem er diesen befriedigt; so bei Liquidität des Anspruchs des Gläubigers, und wenn zugleich ein hinreichender Nachlaßüberschuß vorhanden ist. Vermag dagegen der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber ohne Prozeß liquid zu stellen, daß nur mehr ein verhältnismäßig geringer Nachlaßüberschuß oder daß ein solcher überhaupt nicht mehr vorhanden ist, so wird der ausgeschlossene Gläubiger im zweiten Falle die Geltendmachung seines Anspruchs vernünftigerweise aufgeben und im ersten Falle sich damit begnügen, daß ihm zur Hereinbringung seiner nötigenfalls in Geld umzusetzenden Forderung die Führung der Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Nachlaßgegenständen ermöglicht (§ 794 CPO.), oder daß ihm der ganze Nachlaßüberschuß oder doch ein entsprechender Teil davon an Zahlungsstatt (vgl. auch Strohal II § 75 Anm. 32 und Dernburg V § 66 Anm. 19; ebenso OLG. Hamburg in Rspr. Bd. 11 S. 227) überlassen werde. Die zuletzt erwähnte Möglichkeit bestreiten mit Unrecht Hellwig, Civilpr. I § 33 Anm. 41; Herzfelder S. 144.

b) Erhebt der ausgeschlossene Gläubiger gegen den Erben die Klage auf Leistung, so wird der Erbe zur Sicherung der sich für ihn aus § 1973 ergebenden Rechtsvorteile darauf dringen müssen, daß die Forderung dem Gläubiger nur als eine bereits **ausgeschlossene** zugesprochen werde. Ist das Urteil in diesem Sinne ergangen, so dürfte ein darin außerdem noch enthaltener Vorbehalt der beschränkten Haftung (§ 780 CPO.) überflüssig sein (vgl. auch RG. in Rspr. 9 S. 385). Denn durch den Inhalt des Urteils ist ohnedies bereits festgestellt, daß

sich die Haftung des Erben nach § 1973 bestimmt. Hat sich der Erbe dagegen im Urteil lediglich die Beschränkung der Haftung vorbehalten lassen, so kann er die im früheren Prozesse versäumte Geltendmachung des bereits erfolgten Ausschlusses der klägerischen Forderung im Vollstreckungsstadium nicht mehr mit Erfolg vorbringen (CPO. § 767 Abs. 2); soweit die Voraussetzungen der gewöhnlichen Beschränkung der Haftung vorliegen, kann er aber diese selbstverständlich geltend machen. Die Richtigkeit dieser Auffassung tritt besonders in denjenigen Fällen deutlich hervor, in welchen die Aufnahme des gewöhnlichen Vorbehalts der Haftungsbeschränkung nach CPO. § 780 Abs. 2 nicht erforderlich ist. In diesen Fällen kann die Entbehrlichkeit des Vorbehalts der gewöhnlichen Haftungsbeschränkung doch offenbar daran nichts ändern, daß sich der Gläubiger die Behandlung nach § 1973 nicht gefallen zu lassen braucht, wenn sich der als gesetzlicher Erbe verklagte Fiskus bzw. der Nachlaßverwalter, der sonstige Nachlaßpfleger, der Testamentsvollstrecker auf den bereits erfolgten Ausschluß der klägerischen Forderung im Prozesse nicht berufen hat (so auch Strohal II § 75 bei Anm. 30, 31; während Weißler S. 342; Hagen S. 135; Herzfelder S. 141 und die Kommentare zur CPO. von Gaupp-Stein und Seuffert diesen Punkt nicht hinreichend berücksichtigen). Vgl. übrigens auch KG. in Rspr. 7 S. 134, wo es für genügend erachtet wird, wenn der bereits erfolgte Ausschluß der klägerischen Forderung aus den Gründen (also nicht aus der Formel) des ergangenen Urteils zu entnehmen ist. Die bei Erl. 4c berufene RGE. geht auf den eben berührten Punkt deshalb nicht ein, weil in dem entschiedenen Falle der strengeren Anforderung ohnedies genügt war; vgl. übrigens auch Erl. 6.

c) **Einwendungen des Erben gegen die vom Gläubiger geführte Zwangsvollstreckung.** Auf Grund des erlangten Titels zur Zwangsvollstreckung wird der ausgeschlossene Gläubiger nötigenfalls zu dieser selbst schreiten. In dieser Beziehung greift, soweit der Zwangsvollstreckungstitel nicht eine Beschränkung enthält (vgl. dazu Erl. 6), § 781 CPO. durch. Auch die nach § 1973 eintretende Beschränkung der Haftung bleibt also unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung vom Erben Einwendungen erhoben werden. Ein vorsichtiger Gläubiger wird freilich, bevor er zur Zwangsvollstreckung schreitet, sich Klarheit darüber zu verschaffen suchen, ob ein Nachlaßüberschuß im Sinne des § 1973 noch vorhanden ist, und woraus er besteht, und nach Maßgabe der hierüber erlangten Auskunft sein weiteres Vorgehen einrichten. Andernfalls läuft er Gefahr, der vom Erben auf Grund des § 1973 in Verbindung mit CPO. § 767 Abs. 1 (vgl. auch §§ 781, 785, 769, 770) erhobenen Vollstreckungsgegenklage gegenüber seine Zwangsvollstreckung gänzlich aufgeben oder doch einschränken zu müssen. Führt der Gläubiger seine Zwangsvollstreckung in einen nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstand, so wird ihm der Erbe zunächst schon durch Darlegung dieses Umstandes entgegentreten können. Der Gläubiger wird jedoch dem gegenüber wieder Auskunft über den ursprünglichen Nachlaßbestand und über die später eingetretenen Veränderungen, Rechenschaft über die geführte Verwaltung (wobei freilich zu beachten ist, daß der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftet) und eventuell die Leistung des Offenbarungseides verlangen können (§§ 259, 260). Stellt sich hierbei heraus, daß dem Erben eine aus seinem Eigenvermögen zu bewirkende Ersatzleistung an den Nachlaß obliegt (der Erbe hat z. B. mit Nachlaßmitteln Eigenverbindlichkeiten bezahlt), so muß er, dafern er die vorhandene Bereicherung nicht dem Gläubiger zu dessen Befriedigung zur Verfügung stellt, die Zwangsvollstreckung in sein Eigenvermögen (vgl. auch OLG. Dresden in Lobes CBl. 6 S. 416), soweit dieses bereichert ist, dulden. Führt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in zum Nachlaß gehörende Gegenstände, so kann der Erbe sie der Zwangsvollstreckung nur soweit entziehen, als er dartut, daß ein Nachlaßüberschuß im Sinne des § 1973 nicht mehr vorhanden ist. Hierzu bedarf es auch hier wieder der Auskunfterteilung, der Rechenschaftsablegung und eventuell der Leistung des Offenbarungseides in der bereits oben angegebenen Weise. Will der Gläubiger die Gefahr, der Vollstreckungsgegenklage des Erben gegenüber zu unterliegen, vermeiden, so kann er übrigens nach der, vom Herausgeber nicht geteilten, Auffassung des Bearbeiters des V. Buches noch vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung, sobald er erfährt, daß der Erbe ihm die Befriedigung mit Rücksicht auf § 1973 ganz oder teilweise verweigert, vom Erben nach §§ 259, 260 Auskunfterteilung und Rechenschaftsablegung verlangen. Der Unterschied zwischen beiden Auffassungen ist dieser: Nach der des Herausgebers hat der Gläubiger ein selbständiges Recht auf Auskunfterteilung gegen den Erben überhaupt nicht. Nur mittelbar kommt ihm ein solches Recht dadurch zu, daß der Erbe, um seine Einrede zu begründen, Auskunft über den Nachlaß und dessen Verbleib unter

Berücksichtigung der für die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltenden Grundsätze geben muß. Soweit dies nicht in hinreichender Weise geschieht, bestreitet der Gläubiger lediglich die Zulässigkeit der Einrede des Erben, ohne daß ihm daraus ein selbständiges Recht auf Auskunfterteilung erwächst (vgl. übrigens auch Erl. 2 c zu § 1991). Der Bearbeiter meint dagegen, daß man dem Gläubiger nicht zumuten könne, die Führung der Zwangsvollstreckung gegen den Erben auf die Gefahr hin zu beginnen, daß sie infolge der Einrede des Erben erfolglos sein werde, und daß dem Gläubiger deshalb, sobald feststeht, daß der Erbe unter Berufung auf § 1973 die Befriedigung der ausgeschlossenen Forderung ganz oder teilweise verweigert, ein Recht auf die Erteilung der bezeichneten Auskunft nicht versagt werden könne.

Auf einige Einzelheiten ist noch näher einzugehen:

α) Wie verhält es sich, wenn der Erbe aus seinem Eigenvermögen auf den Nachlaß zur Befriedigung von anderen Nachlaßgläubigern oder in anderer Weise **Aufwendungen** gemacht hat, die er dem ausgeschlossenen Gläubiger in Rechnung stellen darf? Soweit der Erbe, abgesehen von solchen Aufwendungen, nach § 818 einen Geldbetrag herauszugeben haben würde, kann er von diesem den Betrag seiner Aufwendungen ohne weiteres in Abzug bringen. Dem rücksichtlich seiner Aufwendungen auf diesem Wege noch nicht befriedigten Erben wird man aber mit Rücksicht auf § 1973 Abs. 2 Satz 2 auch das Recht zur Auswahl derjenigen Nachlaßgegenstände zuerkennen müssen, welche er zu ihrem Schätzwerte übernimmt, so daß der ausgeschlossene Gläubiger hierdurch auf die noch übrig bleibenden Nachlaßgegenstände verwiesen wird. Will der Erbe sich hierauf nicht einlassen, so kann er sicherlich darauf bestehen, daß aus dem bei der vom ausgeschlossenen Gläubiger geführten Zwangsvollstreckung erzielten Eingange zunächst sein (des Erben) Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen und erst nach diesem der Anspruch des Gläubigers zur Befriedigung gelange (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 773 und Strohal § 75 Anm. 40). Zu erörtern bleibt aber jetzt noch die meist zu summarisch behandelte Frage, ob der Erbe der vom Gläubiger in die vorhandenen Nachlaßgegenstände geführten Zwangsvollstreckung schon mit Berufung auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung sowie auf das im § 273 Abs. 2 bestimmte Zurückbehaltungsrecht entgegentreten und den Gläubiger hierdurch nötigen kann, sich die Fortführung der Zwangsvollstreckung dadurch zu ermöglichen, daß er den Erben hinsichtlich der gemachten Aufwendungen befriedige oder doch wenigstens nach § 273 Abs. 3 sicherstelle.

Diese Frage wurde in den bisherigen Auflagen dieses Werkes bejaht (vgl. auch Binder II S. 127), und der Herausgeber hält an dieser Entscheidung aus nachstehenden Gründen auch jetzt fest: Nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung ist der Erbe, wenn er Verwendungen gemacht hat, durch die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände nur nach Abzug der Verwendungen bereichert, und da ein direkter Abzug nicht möglich ist, soweit es sich nicht um Geld handelt, nur noch bereichert, wenn ihm Ersatz für seine Verwendungen geleistet wird. Es handelt sich dabei allerdings nicht um ein eigentliches Zurückbehaltungsrecht, sondern eben um den Wegfall der Bereicherung und der § 273 Abs. 2 findet daher keine direkte, sondern höchstens entsprechende Anwendung. Aus der einfachen Durchführung der Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung würde also mit den bisherigen Auflagen zu folgern sein, daß der Erbe die Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Nachlaßgegenstände nur gegen Ersatz seiner Verwendungen zu dulden braucht. Es fragt sich nun, ob diese Grundsätze durch die Vorschriften des § 1973 eine Modifikation erfahren. Man könnte aus dem Prinzip der Haftung cum viribus, das ja auch im § 1973 zum Ausdruck gelangt, folgern, daß die ausgeschlossenen Gläubiger ein unbedingtes Recht auf Realisierung des ganzen Nachlasses im Wege der Zwangsvollstreckung haben und sich nur gefallen lassen müssen, daß aus dem Erlöse zunächst die Verwendungen des Erben bezahlt werden. Jeder Gläubiger würde danach imstande sein, die Liquidation des ganzen Nachlasses im Wege der Zwangsvollstreckung zu der ihm beliebenden Zeit zu erwirken und zwar auch dann, wenn der Erbe etwa, um sich die vorhandenen Nachlaßgegenstände, z. B. ein Landgut oder Kostbarkeiten zu erhalten, die nicht ausgeschlossenen Gläubiger aus seinem sonstigen Vermögen befriedigt hätte, und die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände zur Deckung der für jenen Zweck gemachten Aufwendungen nicht ausreichen. Der Gläubiger würde auch in der Lage sein, für die Zwangsvollstreckung einen Zeitpunkt zu wählen, in welchem die Veräußerung der vorhandenen Gegenstände einen besonders niedrigen Ertrag in Aussicht stellt, so daß der Erbe dadurch außerordentlich beeinträchtigt würde. Dies alles dürfte mit dem Grundsatze, daß der Erbe den ausgeschlossenen Gläubigern nur mit dem nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger bzw. nach Ersatz seiner Verwendungen verbleibenden Überschusse haftet, nicht in Einklang zu bringen sein. Man

wird dem Erben daher wohl jedenfalls den Beweis gestatten müssen, daß ein Überschuß nicht vorhanden sei. Dieser Beweis läßt sich dann freilich, wenn man nicht die Realisierung des ganzen Nachlasses im Wege der Zwangsvollstreckung zulassen will, nur durch Schätzung des Wertes der vorhandenen Gegenstände führen. Ob eine solche Schätzung der Absicht des Gesetzes entspricht und zweckmäßig ist, erscheint aber doch sehr zweifelhaft. Weiter würde dann anzunehmen sein, daß, wenn die Schätzung noch einen Überschuß ergibt, der Erbe die Zwangsvollstreckung entweder in alle oder doch in so viele, wohl von ihm zu bezeichnenden Gegenstände dulden müßte, als deren Wert dem Überschuß entspricht. Die bezeichneten Wege führen also unter allen Umständen zu großen Härten für den Erben, der doch durch das Aufgebotsverfahren gegen die ausgeschlossenen Gläubiger tunlichst geschützt werden soll. Darauf, daß sich aus der von ihm vertretenen Auffassung Härten für den ausgeschlossenen Gläubiger ergeben können, legt der Herausgeber deshalb kein entscheidendes Gewicht, weil es sich eben um einen ausgeschlossenen Gläubiger handelt und dieser die mit seiner Ausschließung verbundenen Nachteile sich selbst zuzuschreiben hat.

Obschon der Bearbeiter die Schwierigkeit der Frage nicht verkennt, so glaubt er doch seine abweichende Ansicht nicht unterdrücken zu sollen, zumal er mit dieser nicht allein steht. Er vertritt folgenden Standpunkt: Die Erörterung setzt am besten mit der vorläufigen Annahme ein, daß der Erbe das Vorhandensein eines Überschusses im Sinne des § 1973 Abs. 2 Satz 1 selbst zugibt. In diesem Falle ist nicht abzusehen, mit welchem Rechte der Erbe, dafern er von dem ihm nach § 1973 Abs. 2 Satz 2 zustehenden Abfindungsrechte (vgl. dazu die Erl. unter δ) keinen Gebrauch macht, der Zwangsvollstreckung des Gläubigers solange soll entgegentreten können, als ihm dieser nicht den Betrag der Aufwendungen ersetzt. Auf § 273 Abs. 2 kann sich der Erbe nicht stützen, da er zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nur den Nachlaßüberschuß herauszugeben hat, und weil der Gläubiger infolge dieser beschränkten Herausgabe seine Befriedigung nur aus demjenigen erlangen kann, was von dem erzielten Eingange nach Deckung der Aufwendungen des Erben übrig bleibt. Aber auch aus den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung kann dem Erben das vorhin bezeichnete Widerspruchsrecht nicht erwachsen. Denn um den Überschuß ist der Erbe in der Tat bereichert, und eine Herausgabe, zufolge deren der Gläubiger mehr erhalten sollte, als aus dem Überschuß gedeckt werden kann, wird ihm nicht zugemutet (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 773; Strohal II § 75 Anm. 40; Hagen S. 162, 163; jetzt auch Herzfelder, Engländer S. 71). Fraglich bleibt also nur, ob darin, daß der ausgeschlossene Gläubiger den Überschuß im Wege der Zwangsvollstreckung realisiert, wirklich eine große Härte gegen den Erben gelegen ist. Dies scheint aus dem Grunde verneint werden zu müssen, weil der Erbe gegenüber dem ausgeschlossenen Gläubiger in der Lage ist, von dem in § 1973 Abs. 2 Satz 2 bestimmten Abfindungsrechte Gebrauch zu machen und auf diesem Wege diejenigen Nachlaßgegenstände, welche er zu ihrem Schätzwerte in Anrechnung auf seine Aufwendungen behalten will, der Zwangsvollstreckung des Gläubigers zu entziehen. Dabei ist zu beachten, daß der Erbe selbst darunter nicht zu leiden braucht, daß der Gläubiger für die Führung seiner Zwangsvollstreckung eine Zeit wählt, zu der für die Nachlaßgegenstände nur ein geringer Erlös erzielt werden kann. Denn dieser Umstand macht es dem Erben zugleich möglich, die in Frage kommenden Nachlaßgegenstände zu einem mäßigen Betrage zu übernehmen. Will der Erbe aber von seinem Abfindungsrechte keinen Gebrauch machen, sondern besteht er auf Ersatz seiner Aufwendungen, so hat er keinen gerechten Grund, sich über die hierdurch notwendig werdende Realisierung des Nachlaßüberschusses im Wege der Zwangsvollstreckung zu beklagen, und wird er daher auch das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Nachlaßüberschuß nicht durch die Zumutung illusorisch machen können, daß der Gläubiger, um wegen einer bescheidenen ausgeschlossenen Forderung Zwangsvollstreckung führen zu können, zum Zwecke des Ersatzes der vom Erben gemachten Aufwendungen den möglicherweise auf viele Tausende sich belaufenden Betrag derselben aufbringe. Auch die Erwägung, daß der Gläubiger gerade deshalb, weil er ausgeschlossen ist, keine Rücksicht verdiene, ist nicht durchschlagend. Denn, ganz abgesehen davon, daß der Erbe den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber ohnedies günstig genug gestellt ist, wiederholt sich die Frage, wie es bei der von einem Nachlaßgläubiger in Nachlaßgegenstände geführten Zwangsvollstreckung mit dem Ersatz der vom Erben aus dessen Eigenvermögen gemachten Aufwendungen gehalten werden soll, auch in Fällen, wo es sich nicht um einen ausgeschlossenen Gläubiger handelt (vgl. §§ 1990—1992); sie wird ganz besonders bedeutsam, wenn die grundsätzlich erst nach den ausgeschlossenen Gläubigern zu befriedigenden und der Ausschließung überhaupt nicht unterliegenden Vermächtnisgläubiger im Falle des § 1992 die Befriedigung aus dem Nachlaßüberschuß verlangen. Müßte sich hier ein

Vermächtnisgläubiger die Durchführung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß erst durch Bezahlung aller vom Erben aus dessen Eigenvermögen auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen erkaufen, so würde dies nicht selten einer vollständigen Rechtsverweigerung gleich kommen. Eine Abweichung von dem bisher Gesagten wird jedoch einzutreten haben, wenn mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der Wert der vorhandenen Nachlaßgegenstände durch den Gegenanspruch des Erben verschlungen werde und die Durchführung der Zwangsvollstreckung des Gläubigers somit zum Nachteil des Erben eine Minderung des Wertes der Nachlaßgegenstände um die Kosten der Zwangsvollstreckung zur Folge haben müßte (Hagen S. 162, 163). Will der Erbe der Zwangsvollstreckung des Gläubigers nicht durch Ausübung seines Abfindungsrechtes ein Ende bereiten (in welchem Falle es aber freilich wieder zu einem Streite über den Wert der Nachlaßgegenstände kommen kann), so wird er hier deren Fortführung allerdings nur zu dulden brauchen, wenn er vom Gläubiger hinsichtlich der Aufwendungen insoweit (noch weiter gehend Hagen a. a. O.) befriedigt oder sichergestellt wird, als er wegen der Fortführung der Zwangsvollstreckung der Gefahr einer Benachteiligung ausgesetzt ist.

β) Wie ist bei Vorhandensein noch nicht befriedigter, nicht ausgeschlossener Gläubiger vorzugehen, die (vgl. § 1973 Abs. 1 Satz 1) vor dem ausgeschlossenen Gläubiger zu befriedigen sind? In diesem Falle kann der Erbe die Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers insoweit verweigern, als durch sie die Befriedigung der vorerwähnten Gläubiger beeinträchtigt würde. Dem ausgeschlossenen Gläubiger bleibt demgegenüber eine zweifache Möglichkeit offen. Er kann den Widerstand des Erben dadurch brechen, daß er diesen hinsichtlich der bezeichneten Gläubiger befriedigt oder (wenn es sich um bedingte oder betagte oder sonst ungewisse oder bestrittene Ansprüche handelt) sicherstellt, oder er kann, zwar nicht nach der Auffassung des Herausgebers (vgl. oben S. 115), aber doch nach der des Bearbeiters, die Zwangsvollstreckung in der Weise führen, daß auf ihn von dem erzielten Eingange nur entfällt, was nach vollständiger Deckung der genannten Gläubiger übrig bleibt. Wird der Rechtsbestand einer gegen den Erben geltend gemachten Forderung, mit Rücksicht auf welche dieser dem ausgeschlossenen Gläubiger die Befriedigung verweigert, von dem letzteren bestritten, so obliegt nicht dem Erben der Beweis des Bestandes, sondern vielmehr dem ausgeschlossenen Gläubiger der Beweis des Nichtbestandes der Forderung. Macht der Erbe auch nur glaubhaft, daß die Durchführung der Zwangsvollstreckung des Gläubigers zu einer Gefährdung der von ihm zu befriedigenden nicht ausgeschlossenen Gläubiger führen könnte, so wird er die Fortführung der Zwangsvollstreckung nur zu dulden brauchen, wenn der Gläubiger die Gefahr einer Benachteiligung der vor ihm zu befriedigenden Gläubiger durch Befriedigung oder Sicherstellung ausschließt. Vgl. ferner RG. in JW. 1905 S. 532, wo ausgeführt ist, daß der Nachlaßverwalter, bevor ein Verteilungsplan aufgestellt sei, nicht gezwungen werden könne, jedem ausgeschlossenen Gläubiger mit einem Beweis zu begegnen, der eine schon vorhandene Übersicht der Masse voraussetzt.

γ) Besteht der ursprüngliche Gegenstand der Forderung nicht in Geld, so wird diese, damit zwecklose Weiterungen vermieden werden, wenigstens ev. auch nach ihrem Schätzwerte geltend zu machen sein (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 801). Die Möglichkeit einer auf die ursprüngliche Leistung sich richtenden Zwangsvollstreckung ist übrigens dann nicht ausgeschlossen, wenn sich der Gegenstand der Leistung im Nachlaß befindet oder doch aus dem (vielleicht sehr erheblichen) Nachlaßüberschuß beschafft werden kann. Doch ist auch hier zu beachten, daß sich die Haftung des Erben nur auf die vorhandene Bereicherung erstreckt, und daß der Gläubiger daher, wenn aus dem geschuldeten und im Nachlaß noch vorhandenen Gegenstand ein dem Erben gebührender Ersatz zu decken ist, seinen Leistungsanspruch nur durchsetzen kann, wenn er den Erben hinsichtlich des Ersatzbetrages befriedigt.

δ) Macht der Erbe von dem ihm nach § 1973 Abs. 2 Satz 2 zustehenden Abfindungsrechte Gebrauch, so bestimmt sich der zu leistende Wert nach dem Zeitpunkte, in welchem dieses Recht (facultas alternativa) ausgeübt wird (Strohal II § 75 Anm. 21a; Engländer S. 74 Anm. 1). Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Anspruchs des ausgeschlossenen Gläubigers (so Herzfelder S. 147) kann nicht maßgebend sein. Denn die Ausübung des Abfindungsrechtes setzt nicht voraus, daß der ausgeschlossene Gläubiger gegen den Erben bereits Klage erhoben hat, und selbst wenn es zur Erhebung der Klage kommt, so geht doch diese nur auf Leistung und nicht auf Herausgabe des Nachlaßüberschusses. Es ist insbesondere wohl zu beachten, daß der Erbe das ihm zustehende Abfindungsrecht auch noch ausüben kann, nachdem er zur Befriedigung der eingeklagten Forderung als einer ausgeschlossenen bereits verurteilt worden ist. Unterbleibt die Ausübung des Abfindungsrechtes, so befriedigt sich der Gläubiger

aus den vorhandenen Nachlaßgegenständen (mit Einschluß desjenigen, um was sich die Haftung des Erben nach § 818 Abs. 4 oder nach § 819 erweitert hat). Wird es aber nunmehr ausgeübt, so werden hierdurch diejenigen Nachlaßgegenstände, hinsichtlich welcher die Ausübung stattfindet, der Zwangsvollstreckung des Gläubigers entzogen. Die Festsetzung des Wertes der vom Erben eingelösten Nachlaßgegenstände erfolgt ev. im Wege des Prozesses, wobei auf die Angaben des Inventars (§ 2001 Abs. 2) gebührende Rücksicht zu nehmen sein wird. Eine bindende Kraft oder auch nur eine Vermutung der Richtigkeit kommt jedoch diesen Angaben nicht zu, wie die zweite Kommission unter Ablehnung eines gegenteiligen Antrags anerkannt hat (P. II Bd. 5 S. 782, 783).

α) Sind mehrere ausgeschlossene Gläubiger vorhanden, so ist der Erbe nicht verpflichtet, bei deren Befriedigung eine gewisse Rangordnung oder Reihenfolge zu beobachten. Dieser im E. I besonders ausgesprochene Satz ergibt sich aus dem Schweigen des Gesetzes von selbst (P. II Bd. 5 S. 771, 781). Der Erbe darf die mehreren ausgeschlossenen Gläubiger befriedigen, wie sie sich melden; er braucht weder Vorrechte einzelner Forderungen zu berücksichtigen, noch unter mehreren Forderungen eine Verteilung vorzunehmen. Auch die Zeitfolge der Meldung, ja selbst die Klagerhebung begründet nicht ein Vorrecht der früher erhobenen vor der später geltend gemachten Forderung (vgl. auch Rspr. 5 S. 230). Die nach Abs. 2 Satz 1 anwendbare Vorschrift des § 818 Abs. 4 steht dem nicht entgegen. Denn die Berichtigung einer liquiden Verbindlichkeit nach der klagweisen Geltendmachung einer illiquiden Forderung ist kein Verschulden des Erben gegenüber dem Gläubiger der illiquiden Forderung. Der mit dieser Zahlung eingetretene Wegfall der Bereicherung kann daher dem letzteren nicht nur auf Grund des § 818 Abs. 3, sondern auch gemäß den im § 818 Abs. 4 angezogenen „allgemeinen Vorschriften" der §§ 292, 989 entgegen gehalten werden. Diese Auffassung findet eine Bestätigung in dem Satz 3 des § 1973 Abs. 2, nach welchem die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers — also noch nicht die Rechtshängigkeit, geschweige denn die außergerichtliche Geltendmachung des Anspruchs — einem anderen ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber wie die vollzogene Befriedigung wirkt.

Daß hiernach der Erbe in der Lage ist, den einen Gläubiger vor dem anderen zu bevorzugen, läßt sich nicht verkennen (vgl. M. V S. 641). Diesen Nachteil müssen die ausgeschlossenen Gläubiger in den Kauf nehmen. Ein Regreß derselben untereinander besteht nicht (M. V S. 641).

ζ) Unter c ist vorausgesetzt worden, daß die Frage, ob ein Nachlaßüberschuß im Sinne des § 1973 noch vorhanden ist und woraus er besteht, erst im Stadium der Zwangsvollstreckung zur Verhandlung kommt (vgl. KG. in Rspr. 9 S. 385 und RG. an dem oben S. 113 a. O.). Es wird aber die Möglichkeit nicht in Abrede zu stellen sein, daß der auf Befriedigung einer ausgeschlossenen Forderung verklagte Erbe schon im Stadium dieses Prozesses die Erschöpfung des Nachlasses liquid stellt und mit Rücksicht hierauf kostenpflichtige Abweisung des Klägers durchsetzt. Man denke z. B. an den Fall, daß der nach Beendigung des Nachlaßkonkurses von einem noch unbefriedigten Gläubiger (vgl. dazu § 1989) verklagte Erbe durch Vorlage der Konkursakten die vollständige Erschöpfung des Nachlasses liquid stellt. Vgl. besonders Eccius S. 617, 630; Strohal II § 75 bei Anm. 27, 28 und dazu auch die weiter oben angegebenen Entscheidungen.

Gibt der Erbe das Vorhandensein eines Nachlaßüberschusses zu, vermag er liquid zu stellen, woraus er besteht, und ist er bereit, dem ausgeschlossenen Gläubiger den Wert dieses Überschusses herauszugeben, so wird auf Antrag des Erben im verurteilenden Erkenntnisse auch ausgesprochen werden können, daß der Erbe die Führung der Zwangsvollstreckung durch Zahlung des festgestellten Wertes abwenden könne. Die Beweislast hinsichtlich des Wertes trifft den Erben. Bei Vorhandensein eines Nachlaßüberschusses wäre auch ein Urteil möglich, das die vom Gläubiger hinsichtlich der ihm zugesprochenen Forderung zu führende Zwangsvollstreckung auf die den Nachlaßüberschuß bildenden und genau bezeichneten Gegenstände beschränkt (vgl. auch RG. an dem S. 113 a. a. O. und Rspr. 11 S. 229). Allein mit Rücksicht auf die Veränderungen, welche hinsichtlich dieser Gegenstände in der Zeit bis zum Beginn der Zwangsvollstreckung leicht eintreten können, werden sich einem solchen Verfahren meist überwiegende Bedenken entgegenstellen. Genaueres hierüber unter Ziff. 6.

6. Auf Grund der bisherigen Darlegungen über den Inhalt des § 1973 dürften sich nunmehr auch die Schwierigkeiten überwinden lassen, welche sich aus der eigenartigen Fassung von Satz 1 in Abs. 2 zu ergeben scheinen. Das Gesetz bedient sich hier der Wendung, daß der (die Haftungsbeschränkung des § 1973 Abs. 1 geltend machende) Erbe den noch vorhandenen Nach-

laßüberschuß „zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben habe". Wie hat man sich diese „Herausgabe" zu denken? Gewiß nicht als eine Herausgabe in dem Sinne, wie sie etwa dem Erbschaftsverkäufer gegenüber dem Erbschaftskäufer nach § 2374 obliegt. Schon der Wortlaut des Gesetzes schließt solche Auslegung aus. Denn die im § 1973 erwähnte Herausgabe soll ja lediglich „zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung" erfolgen. Die Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung" sind nämlich offenbar auf die Art, in welcher der Gläubiger sich aus dem Nachlaßüberschuß zu befriedigen hat, und nicht auf die Art der Herausgabe zu beziehen. Der gegen das „Herausgeben im Wege der Zwangsvollstreckung" sich richtende Spott Hellwigs, Civilprozeßr. I § 33 Anm. 41, und Dernburgs, V § 166 bei Anm. 10, kann also das Gesetz nicht treffen. Da die Herausgabe des Überschusses nur zu dem Zwecke zu erfolgen hat, damit der Gläubiger in die Lage komme, sich aus dem Überschuß im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen, so muß auch der in der Literatur hier und da (Hachenburg S. 683) auftauchende Gedanke zurückgewiesen werden, daß es sich bei dieser Herausgabe um eine völlige Preisgabe des Nachlasses zugunsten des Gläubigers handle.

Die vom Gesetz gewählte Ausdrucksweise erklärt sich aus zwei Erwägungen. Im Gegensatz zum E. I, nach dem die beschränkte Haftung des Erben, abgesehen vom Falle des Nachlaßkonkurses, als eine Haftung pro viribus hereditatis gestaltet war (vgl. die Ausführung über die grundsätzliche Gestaltung der Erbenhaftung S. 92), stellt sich das BGB. in allen Fällen beschränkter Haftung auf den Standpunkt der Haftung cum viribus hereditatis. Dieser Standpunkt sollte nach der Absicht der zweiten Kommission im Falle des § 1973 durch Satz 1 von Abs. 2 und im Falle des § 1990 durch Satz 2 von Abs. 1 zu unzweideutigem Ausdruck gebracht werden (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 771, 782, 799). Dem entsprechend ist daher auch in der obigen Darstellung die praktische Bedeutung der nach Maßgabe des § 1973 eintretenden Haftungsbeschränkung darin gefunden worden, daß der Gläubiger gegenüber dem sein Recht wahrenden Erben die Zwangsvollstreckung mit Erfolg nur auf die den Nachlaßüberschuß bildenden Gegenstände richten kann. Hiermit ist jedoch die hier in Frage kommende Vorschrift von § 1973 Abs. 2 Satz 1 noch nicht vollständig erklärt und ihre Bedeutung noch nicht erschöpft (anders freilich Dernburg V §§ 166, 170).

Wenn der ausgeschlossene Gläubiger auf Grund des von ihm erlangten Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung führen will, so entsteht für ihn die Frage, in welche Gegenstände er sie mit Erfolg (d. h. ohne begründeten Widerspruch des Erben besorgen zu müssen) führen kann. Ihn trifft in dieser Beziehung zwar nicht die Beweislast, das Gesetz legt diese vielmehr dem Erben auf (vgl. oben Erl. 4c). Trotzdem ergeben sich für ihn, wenn er seine Zwangsvollstreckung auf den Nachlaßüberschuß beschränken soll, Schwierigkeiten, die er ohne Beihilfe des Erben in aller Regel nicht überwinden kann. Selbst wenn der Erbe ein Inventar errichtet hat, so gibt dieses dem Gläubiger doch keinen Aufschluß darüber, ob die verzeichneten Gegenstände zur Zeit der Zwangsvollstreckung noch zum Nachlaß gehören, und noch weniger darüber, ob und welcher Nachlaßüberschuß im Sinne des § 1973 vorhanden ist und woraus er besteht. Der Erbe wird daher dem Gläubiger die Führung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßüberschuß regelmäßig durch Auskunfterteilung und Rechnungslegung erst ermöglichen müssen. Erst durch diesen (von Dernburg a. a. O. nicht beachteten) Gesichtspunkt gewinnt die Fassung des Gesetzes ihre befriedigende Erklärung. Indem das Gesetz dem Erben die Verpflichtung auferlegt, daß er den Nachlaßüberschuß dem ausschlossenen Gläubiger zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung „herausgebe", erklärt es damit die §§ 259, 260 für anwendbar (vgl. bc S. 114 und die daselbst hervorgehobene Verschiedenheit zwischen der Auffassung des Herausgebers und der des Bearbeiters) und spricht es zugleich aus, daß der Erbe der vom Gläubiger in Gegenstände, die nicht zum Nachlaßüberschuß gehören, geführten Zwangsvollstreckung (vgl. auch § 781 CPO.) ihren Lauf lassen muß, wenn er weder dartut, daß ein Nachlaßüberschuß überhaupt nicht vorhanden ist, noch bei Vorhandensein eines solchen die zur Führung der Zwangsvollstreckung in denselben erforderliche Auskunft erteilt (vgl. auch RG. Bd. 34 S. 279).

Hiermit hängt noch ein weiterer Punkt zusammen: Obschon § 1973 von der Voraussetzung ausgeht, daß die daselbst bestimmte Beschränkung der Haftung dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber erst vom Erben geltend gemacht wird, so wird es doch häufig genug vorkommen, daß der ausgeschlossene Gläubiger, weil er sich der erfolgten Ausschließung und der damit verbundenen Rechtsfolgen bewußt ist, schon von vornherein nicht mehr will, als daß ihm die Möglichkeit der Führung der Zwangsvollstreckung in die den Nachlaßüberschuß bildenden Gegenstände ermöglicht

werde. Trotzdem dürfte der Kläger nicht gut tun, sich in solchem Falle mit einem Urteil zu begnügen, laut dessen der Erbe zur Zahlung, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest verurteilt wird. Denn hierdurch würde sich die Stellung des Gläubigers im Verhältnis zu der ihm durch § 1973 gewährten insofern verschlechtern, als er auf Grund des erlangten Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung in das Eigenvermögen des Erben selbst dann nicht führen könnte, wenn ihm der Erbe hinsichtlich des Nachlaßüberschusses keine hinreichende Auskunft erteilt. Besonders schwierig kann sich die Lage des Gläubigers aber dann gestalten, wenn er die Gegenstände, aus denen sich der Nachlaßüberschuß zusammensetzt, im Urteil speziell bezeichnet wissen will (dafür Dernburg V § 166; Engländer S. 85 hält diese Bezeichnung sogar für wesentlich und notwendig). Denn die Prozeßführung wird hierdurch unter Umständen übermäßig kompliziert und die Erlangung eines rechtskräftigen Urteils dementsprechend verlangsamt. Damit aber ist wieder die Gefahr verbunden, daß andere ausgeschlossene Gläubiger, die praktischer vorgehen, die rechtskräftige Verurteilung des Erben früher durchsetzen und hierdurch zum Nachteil des zuerst auftretenden Gläubigers das im § 1973 Abs. 2 Satz 3 bestimmte Vorrecht erlangen, oder daß der Erbe inzwischen aus freien Stücken einen anderen ausgeschlossenen Gläubiger befriedigt und den Nachlaß hierdurch erschöpft. Die Festlegung der Objekte der künftigen Zwangsvollstreckung im Urteil kann zu einer Quelle weiterer Schwierigkeiten werden, wenn sich dieselben zur Zeit der zu führenden Zwangsvollstreckung nicht mehr vorfinden. Aus diesen Gründen wird der Gläubiger an einer solchen schon im voraus erfolgenden Festlegung regelmäßig kein Interesse haben, und sie sich, soweit sein berechtigtes Interesse dadurch gefährdet würde, gegen seinen Willen auch nicht gefallen zu lassen brauchen.

Die soeben hervorgehobenen Bedenken entfallen jedoch dann, wenn der Nachlaßüberschuß in einem Geldbetrage besteht und wenn in dem die Verurteilung des Erben aussprechenden Urteil bestimmt ist, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Erben nur bis zur Höhe jenes Betrages führen könne (vgl. auch RG. Bd. 54 S. 413). Denn ein so beschaffener Vollstreckungstitel ermöglicht dem Gläubiger innerhalb der ihm gezogenen Schranke die Führung der Zwangsvollstreckung in das Eigenvermögen des Erben. Unbedenklich ist es ferner, wenn der Erbe gegenüber dem auf Leistung klagenden Gläubiger im Wege der Widerklage auf Feststellung dringt, daß sich seine Herausgabepflicht (im Sinne des § 1973 Abs. 2 Satz 1) auf gewisse speziell bezeichnete Gegenstände beschränke. Denn durch eine solche Feststellung wird dem Gläubiger die erfolgreiche Führung der Zwangsvollstreckung in das Eigenvermögen des Erben bis zur Höhe des Wertes der bezeichneten Gegenstände dann nicht abgeschnitten, wenn diese beim Beginn der Zwangsvollstreckung nicht mehr vorfindig sind, und der Erbe eine ihn in dieser Beziehung entlastende Auskunft nicht zu erteilen vermag. Mit der Gefahr, daß der Nachlaßüberschuß ihm doch nicht mehr zustatten kommt, müßte der Gläubiger freilich schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit rechnen, daß ein anderer ausgeschlossener Gläubiger die rechtskräftige Verurteilung des Erben etwas früher durchsetzt und daß der Nachlaßüberschuß infolgedessen (vgl. § 1973 Abs. 2 Satz 3) bereits erschöpft ist.

7. Beruht die ausgeschlossene Forderung auf einem gegenseitigen Vertrag, so kann auf sie doch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 322 gegründet werden. Denn bei ihr handelt es sich nicht um die selbständige Geltendmachung der Forderung, sondern um eine aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags folgende Verteidigung gegen den Anspruch des anderen Teiles. Auch ein dem Gläubiger der ausgeschlossenen Forderung vor der Ausschließung zustehendes Recht zur Aufrechnung gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung wird durch die Ausschließung nicht berührt. Die Vorschrift des § 390 Satz 1 kommt hier nicht in Betracht. Denn das von einem Nachlaßgläubiger einmal erworbene Aufrechnungsrecht bleibt selbst durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses unberührt (KO. §§ 53 ff.) und kann ihm daher um so weniger durch die Ausschließung im Aufgebotsverfahren entzogen werden. Vgl. auch Strohal II § 75 Anm. 49; Herzfelder S. 149; Dernburg V § 166 Anm. 7; Engländer S. 92 Anm. 3; ferner die auch für das heutige Recht zutreffende RGE. in Bd. 42 S. 142.

8. Zweifelhaft ist, ob der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Nachlaßgläubiger den Antrag auf Bestimmung einer Inventarfrist zu stellen befugt ist. In der zweiten Kommission (P. II Bd. 6 S. 396) ist seitens des Redaktionsausschusses ohne Widerspruch die Ansicht vertreten worden, daß das Nachlaßgericht dem Antrag eines ausgeschlossenen Gläubigers nicht stattgeben solle, daß der gleichwohl erfolgten Fristbestimmung aber zugunsten der übrigen Nachlaßgläubiger Wirksamkeit zukomme. Letzteres muß mit Rücksicht auf § 1994 Abs. 2 Satz 2 unbedenklich angenommen werden, es läßt sich aber dem ausgeschlossenen Gläubiger auch nicht

§. 1974. Ein Nachlaßgläubiger, der seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfalle dem Erben gegenüber geltend macht, steht einem ausgeschlossenen Gläubiger gleich, es sei denn, daß die Forderung dem Erben vor dem Ablaufe der fünf Jahre bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist. Wird der Erblasser für todt erklärt, so beginnt die Frist nicht vor der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urtheils.

Die dem Erben nach §. 1973 Abs. 1 Satz 2 obliegende Verpflichtung tritt im Verhältnisse von Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu einander nur insoweit ein, als der Gläubiger im Falle des Nachlaßkonkurses im Range vorgehen würde.

Soweit ein Gläubiger nach §. 1971 von dem Aufgebote nicht betroffen wird, finden die Vorschriften des Abs. 1 auf ihn keine Anwendung.

---

die Befugnis zur Stellung des Antrags absprechen. Zwar scheint hiergegen zu sprechen, daß die Versäumung der Frist seitens des Erben nach § 2013 Abs. 1 Satz 2 eine Änderung in der Haftung des Erben gegenüber dem ausgeschlossenen Gläubiger nicht zur Folge haben würde (vgl. auch § 2000 Satz 3 und die dortige Erl. 2). Allein der Zweck der Fristbestimmung ist nicht, den Erben der beschränkten Haftung verlustig zu machen, sondern die Errichtung des Inventars zu erzwingen. An dieser hat aber auch der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger ein Interesse und in dem Antrag auf die Fristbestimmung steht im Hinblick auf die Folgen, welche die Fristversäumung für den Erben den übrigen Gläubigern gegenüber nach sich zieht, auch ihm ein wirksames Mittel zur Erreichung seines Zweckes zu Gebote. Überdies wäre es auffallend, wenn das BGB. eine solche praktisch wichtige Ausnahme von der Regel, daß jeder Nachlaßgläubiger die Bestimmung einer Inventarfrist verlangen kann, nicht ausdrücklich festgesetzt hätte. So auch die jetzt herrschende Meinung; a. A. jedoch Hachenburg S. 691.

Zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist der ausgeschlossene Gläubiger nur berechtigt, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist, dafern aber eine Ehefrau die Erbin ist und der Nachlaß zum Gesamtgut gehört, nur dann, wenn über das Vermögen des Ehemanns Konkurs eröffnet ist. Vgl. KO. § 219 Abs. 1, in betreff des Rechtes auf Befriedigung im Konkurse § 226 Abs. 4, § 228 Abs. 2 und über die Behandlung im Falle eines Zwangsvergleichs § 230 Abs. 2. Ist die in KO. § 219 Abs. 1 für das Antragsrecht eines ausgeschlossenen Gläubigers bestimmte Voraussetzung gegeben, so steht der Umstand, daß die meisten oder sogar alle nicht ausgeschlossenen Gläubiger bereits befriedigt sind, der Eröffnung des Nachlaßkonkurses — denn nur um einen solchen kann es sich handeln (vgl. Jaeger KO. Anm. 15 zu §§ 217—220) — nicht entgegen. Vgl. auch die Vorbm. zu diesem Titel auf S. 95. Anderer Ansicht Herzfelder S. 146, 147, der anzunehmen scheint, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses Intaktheit des Nachlasses voraussetze; allein die §§ 1978—1980 beweisen das Gegenteil.

Die Stellung des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung ist dem ausgeschlossenen Gläubiger nirgends versagt. Unter der Voraussetzung des § 1981 Abs. 2 scheint daher wie jedem anderen Nachlaßgläubiger so auch ihm das Antragsrecht zugesprochen werden zu müssen. Daß der Anspruch des ausgesprochenen Gläubigers der Einschränkung des § 1973 unterliegt, steht der getroffenen Entscheidung nicht entgegen. Denn auch im Falle der Nachlaßverwaltung erhält der ausgeschlossene Gläubiger seine Befriedigung nur nach Maßgabe des § 1973. Übereinstimmend Strohal II § 75 Anm. 50; Jaeger, Erbenhaftung S. 42 Anm. 21; Wilke Erl. 3 zu § 1981; Herzfelder S. 148; Binder II S. 128 Anm. 87.

9. Die Vorschriften des § 1973 finden entsprechende Anwendung im Falle des § 1989, vgl. auch §§ 1990—1992.

10. Wegen der Wirkungen des Ausschlußurteils im Falle der Erbenmehrheit vgl. die Vorbm. vor § 1970 Nr. 3c.

§ 1974.

E. II § 1849 rev. § 1951; III § 1949. P. II Bd. 5 S. 795 f. RV. S. 2100 f.

v. Jacubezky, Bemerkungen zu dem E. eines BGB. (1892) S. 336 ff.

1. Die Vorschrift des § 1974 war dem E. I unbekannt, sie ist auf die Anregung einer Bundesregierung (Zstlg. d. BR. I S. 199; vgl. Jacubezky S. 337) von der zweiten Kom-

mission aufgenommen, in der Reichstagskommission aber nach mehreren Richtungen hin umgestaltet worden.

Über **Grund und Zweck** der Vorschrift wurde in der zweiten Kommission folgendes ausgeführt: Der Erbe müsse in ähnlicher Weise wie gegenüber den im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossenen Gläubigern auch gegenüber solchen Gläubigern geschützt werden, die sich erst lange Zeit nach dem Erbfall melden und von deren Forderungen der Erbe vorher auch keine Kenntnis gehabt hatte. Es sei nicht unbillig, wenn die Haftung des Erben gegenüber solchen Gläubigern auf das Maß der noch vorhandenen Bereicherung eingeschränkt werde; jedenfalls füge man diesen Gläubigern hierdurch kein größeres Unrecht zu, als man ohne diese Vorschrift dem Erben antun würde.

2. Der **maßgebende Zeitraum** ist auf fünf Jahre festgesetzt, die in der Regel von dem Erbfall an gerechnet werden. Für den Fall der Todeserklärung des Erblassers ist jedoch (auf Grund eines Beschlusses der Reichstagskommission) im Abs. 1 Satz 2 vorgeschrieben, daß die Frist nicht vor der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils beginnt. Diese Abweichung von den Grundsätzen des § 18 rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß in Gemäßheit des § 18 der Erblasser unter Umständen als zu einem Zeitpunkte gestorben gelten könnte, der schon fünf Jahre oder noch längere Zeit zurückliegt, und daher für den Gläubiger in einem solchen Falle gar nicht die Möglichkeit bestehen würde, seine Forderung binnen fünf Jahren nach dem Erbfalle gegen den Erben geltend zu machen. Daß die Gläubiger während der Verschollenheit des Erblassers die Bestellung eines Abwesenheitspflegers nach § 1911 veranlassen konnten, ist von der Reichstagskommission für den Fall der Todeserklärung nicht als genügende Abhilfe angesehen worden. Dagegen müssen sich die Gläubiger, wenn es zu einer Todeserklärung nicht kommt, weil im Laufe des Verfahrens der wirkliche Tod des Erblassers und dessen schon über fünf Jahre zurückliegender Zeitpunkt ermittelt wird, mit der Haftung des Erben auf die Bereicherung gemäß § 1973 zufrieden geben, wobei eine Milderung darin liegt, daß sie sämtlich einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichstehen, mithin — von den nach § 1971 bevorrechtigten Gläubigern (vgl. Abs. 3) abgesehen — keiner vor dem anderen einen Vorsprung hat. Vgl. hierüber Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 834, 835, und Hellmann, Krit. Viert. Bd. 39 S. 241.

3. Die nach § 1971 bevorrechteten Nachlaßgläubiger bleiben in Ansehung ihres Vorrechtes durch § 1974 ebenso unberührt wie durch § 1973. Trotzdem kommt der Vorschrift des § 1974 **praktische Bedeutung** nicht nur dann zu, wenn ein Aufgebotsverfahren ganz unterblieben ist, sondern auch, wenn ein solches stattgefunden hat. Im ersten Falle kommt sie dem Erben nicht nur gegenüber solchen Ansprüchen zustatten, welche im Aufgebotsverfahren hätten ausgeschlossen werden können, sondern auch gegenüber solchen nicht bevorrechteten Ansprüchen, welche durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen werden (vgl. § 1972). Im zweiten Falle (d. h. wenn ein Aufgebotsverfahren stattgefunden hat) kann sich dagegen ein Schutz des Erben nur gegenüber der zuletzt bezeichneten Gruppe von Ansprüchen ergeben. Zu ihr gehören insbesondere die nach § 1972 der Ausschließung im Aufgebotsverfahren nicht unterliegenden Pflichtteils-, Vermächtnis- und Auflageansprüche (vgl. § 1972), aber doch nicht, wie meist angenommen wird, sie allein. Man denke z. B. an gegen den Nachlaß sich richtende Ansprüche, deren Entstehung vollständig in die Zeit nach dem Ausschlußurteil fällt (vgl. auch Vorbm. 3c zu §§ 1971, 1972).

4. Auch die Gläubiger **noch nicht fälliger, ja selbst bedingter Forderungen** werden durch § 1974 betroffen, was — ganz abgesehen davon, daß nach CPO. §§ 257—259 die Klage auf künftige Leistung in weitem Umfange zugelassen ist — schon deshalb unbedenklich ist, weil zur Wahrung der fünfjährigen Frist auch außergerichtliche Geltendmachung genügt. Nicht unzweifelhaft ist die Entscheidung in dem von Strohal II S. 253 vorgelegten Falle, wo sich erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit dem Erbfalle herausstellt, daß der Erbe aus einem vom Erblasser abgeschlossenen Kaufvertrag dem Käufer wegen eines Mangels im Rechte auf Schadensersatz zu haften hat. Kann sich der Erbe auch hier auf § 1974 berufen? Die praktische Tendenz der Vorschrift scheint in der Tat für die Bejahung zu sprechen.

5. Der Eintritt der im § 1974 bestimmten nachteiligen Folge **setzt voraus**, daß der Gläubiger die Forderung vor dem Ablaufe der nach Maßgabe von Erl. 2 zu berechnenden fünf Jahre **weder gerichtlich noch außergerichtlich** „gegen den Erben" **geltend macht**. Als „gegen den Erben" geltend gemacht ist die Forderung aber sicherlich auch dann anzusehen, wenn die Geltendmachung gegenüber dem Nachlaßpfleger, dem Testamentsvollstrecker, dem Nachlaß- oder Konkursverwalter oder gegenüber dem vorläufigen Erben, der später ausgeschlagen hat (§ 1959

Abs. 3), erfolgt ist. Selbst das Unterbleiben der rechtzeitigen Geltendmachung der Forderung in dem eben dargelegten Sinne bleibt aber für den Gläubiger **unschädlich**:

a) wenn die Forderung dem „Erben" noch vor dem Ablaufe der fünf Jahre bekannt geworden ist. Der vom Erben erlangten Kenntnis muß übrigens auch hier die vom Nachlaßpfleger, verwaltenden Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter während der Dauer der Nachlaßpflegschaft, Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung erlangte Kenntnis gleichgestellt werden;

b) wenn die Forderung in einem stattgefundenen Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist (Abs. 1 Satz 1). Dies ist auch für die im § 1972 bezeichneten Ansprüche von Bedeutung. Obschon sie durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen werden, so können sie auf das Aufgebot hin doch angemeldet werden, und sind die Anspruchsberechtigten im Falle der Anmeldung vor dem Eintritt der im § 1974 bestimmten Rechtsfolge geschützt;

c) wenn und soweit der Gläubiger gemäß § 1971 von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen wird (Abs. 3);

d) wenn der Erbe vor dem Ablaufe der fünfjährigen Frist, sei es allgemein, sei es gegenüber dem Gläubiger, dessen Beschränkung zufolge verspäteter Geltendmachung seiner Forderung in Frage steht, das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren hat (§ 2013 Abs. 1).

Die Beweislast für das Vorliegen eines dieser Ausnahmefälle trifft den Gläubiger, wie für die Fälle zu a und b aus der Fassung „es sei denn" hervorgeht. Im Falle a ist die fahrlässige Unkenntnis (das Kennenmüssen) der Kenntnis nicht gleichgestellt, wie Wendt (S. 391) zutreffend bemerkt. Unrichtig ist jedoch Wendts Annahme, daß fahrlässige Unkenntnis von der Forderung den Erben nach § 1980 Abs. 2 verantwortlich machen könne. Denn die Haftung des Erben bestimmt sich auch im Falle des § 1974 nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (vgl. § 1973 Abs. 2) und nicht nach den strengeren Vorschriften der §§ 1978 ff. (vgl. auch Erl. 3c zu § 1973). Für den Fall des Nachlaßkonkurses ist dies in der KO. § 228 Abs. 2 auch hinsichtlich der von § 1974 betroffenen Gläubiger ausdrücklich hervorgehoben (vgl. D. z. KO. S. 48).

6. Die nach § 1974 mit der verspäteten Geltendmachung einer gegen den Nachlaß sich richtenden Forderung verknüpfte **Wirkung** ist wesentlich dieselbe wie die im Falle der Ausschließung im Aufgebotsverfahren nach § 1973 eintretende. Eine Besonderheit ergibt sich jedoch daraus, daß zu den nach § 1974 den ausgeschlossenen Forderungen gleichgestellten Forderungen auch Pflichtteils-, Vermächtnis- und Auflageansprüche gehören können, während diese Ansprüche durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen werden. Die im § 1973 Abs. 1 Satz 2 dem Erben auferlegte Verpflichtung konnte daher im § 1974 nicht ungeändert festgehalten werden. Nach dessen Abs. 2 muß man vielmehr also unterscheiden:

a) Ist der verspätet geltend gemachte und deshalb nach § 1974 zu behandelnde Anspruch kein Pflichtteils-, Vermächtnis- oder Auflageanspruch, so bewendet es dabei (§ 1973 Abs. 1 Satz 2), daß der Erbe diesen bereits geltend gemachten Anspruch vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen hat.

b) Ist der betreffende Anspruch ein Pflichtteilsanspruch, so beschränkt sich die Verpflichtung des Erben gegenüber diesem Pflichtteilsgläubiger darauf, daß er dessen Pflichtteilsanspruch vor den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen zu befriedigen hat. Sind aber gegen den Erben mehrere Pflichtteilsansprüche begründet, so hat er den durch die Ausschlußwirkung des § 1974 nicht betroffenen Pflichtteilsanspruch vor dem als ausgeschlossen zu behandelnden und mehrere als ausgeschlossen zu behandelnde aber doch geltend gemachte Pflichtteilsansprüche verhältnismäßig zu befriedigen. Vgl. hierzu den im Abs. 2 von § 1974 indirekt berufenen § 226 KO. (dessen Abs. 3, 4 übrigens noch einige Einzelheiten enthalten, die hier übergangen werden).

c) Handelt es sich endlich um einen nach § 1974 zu beurteilenden Vermächtnis- oder Auflageanspruch, so hat ihn der Erbe erst nach einem nach § 1974 zu behandelnden aber doch schon geltend gemachten Pflichtteilsanspruch zu befriedigen. Bestehen außer einem nach § 1974 zu beurteilenden Vermächtnis- oder Auflageanspruch noch weitere dieser Beurteilung nicht unterliegende Ansprüche aus Vermächtnissen oder Auflagen, so hat der Erbe diese vor jenem zu befriedigen, und sind gegen den Erben mehrere nach § 1974 zu beurteilende Vermächtnis- bzw. Auflageansprüche geltend gemacht worden, so hat der Erbe für ihre verhältnismäßige Befriedigung Sorge zu tragen. Vgl. auch hier KO. § 226 (und die in dessen Abs. 3, 4 bestimmten Einzelheiten).

Soweit der Erbe die Befriedigung des nach § 1974 zu beurteilenden Gläubigers, nachdem dieser seine Forderung bereits geltend gemacht hat, durch Nichtbeachtung der dargelegten

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

Vorschriften des § 1974 beeinträchtigt, haftet er dem Gläubiger mit seinem Eigenvermögen. Soweit aber zum Nachteil des Gläubigers ein Pflichtteilsanspruch, ein Vermächtnis oder eine Auflage erfüllt worden ist, kommt dem Gläubiger auch das Anfechtungsrecht nach § 3a AnfGes. zustatten. Beachtenswert ist noch, daß die Schlußbestimmung des § 1973, laut deren die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung wirkt, auf die Fälle des § 1974 nicht vollständig übertragen werden kann. Soweit nämlich der Erbe verpflichtet ist, unter mehreren nach § 1974 zu beurteilenden Gläubigern eine bestimmte Rangordnung einzuhalten, wird an dieser Verpflichtung selbst dadurch nichts geändert, daß z. B. ein nach § 1974 zu beurteilender Vermächtnisnehmer bereits die rechtskräftige Verurteilung des Erben erwirkt hat, während ein nach § 1974 zu beurteilender Darlehensgläubiger noch nicht soweit gelangt ist. Hier ist der Erbe diesem Gläubiger gegenüber (unter der Voraussetzung, daß der letztere seine Forderung bereits geltend gemacht hat) verpflichtet, dafür zu sorgen, daß sich der Vermächtnisgläubiger nicht zum Nachteil des Darlehensgläubigers aus dem Nachlaßüberschuß befriedige.

7. Zur Wahrung der im § 1974 bestimmten Haftungsbeschränkung wird der Erbe gegenüber der Klage des nach Maßgabe dieser Bestimmung zu behandelnden Gläubigers darauf dringen müssen, daß die Forderung dem Kläger nur als eine, einer ausgeschlossenen Forderung gleichstehende zugesprochen werde. Was in dieser Beziehung in Erl. 5b zu § 1973 bemerkt worden ist, gilt entsprechend auch hier.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

Literatur s. auf S. 90, 91.

1. Inhaltsübersicht. Der dritte Unterabschnitt bestimmt die **Voraussetzungen**, unter welchen sich die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränkt. Regelmäßige Voraussetzung dafür ist die Nachlaßabsonderung durch Nachlaßverwaltung oder im Wege des Nachlaßkonkurses. Unter besonderen Verhältnissen ist aber dem Erben die Möglichkeit der Beschränkung der Haftung eröffnet, obschon es zur amtlichen Nachlaßabsonderung nicht gekommen ist. Die §§ 1975—1980 enthalten Vorschriften, die für die Nachlaßverwaltung und für den Nachlaßkonkurs gelten, die §§ 1981—1988 beziehen sich ausschließlich auf die Nachlaßverwaltung, die §§ 1989—1992 beziehen sich auf besondere Fälle. Vgl. auch die Ausführung über die grundsätzliche Gestaltung der Erbenhaftung S. 94.

Der § 1975 bestimmt den Begriff der Nachlaßverwaltung und stellt den Grundsatz auf, daß die Haftung des Erben durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs auf den Nachlaß beschränkt wird. Die §§ 1976, 1977 regeln die mit der Nachlaßverwaltung oder dem Nachlaßkonkurs eintretende Absonderung des Nachlasses, und zwar betrifft § 1976 den Fortbestand der durch Vereinigung (Konfusion oder Konsolidation) erloschenen Rechtsverhältnisse, während § 1977 über die Aufhebung einer erfolgten Aufrechnung Bestimmung trifft. Im Anschlusse daran wird im § 1978 die dem Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern obliegende Verwaltungspflicht geregelt und im § 1979 eine besondere Bestimmung hinsichtlich der Berichtigung einzelner Nachlaßverbindlichkeiten getroffen. Der § 1980 betrifft die Verpflichtung des Erben zur Beantragung des Nachlaßkonkurses; er findet nach § 1985 Abs. 2 auch auf den Nachlaßverwalter Anwendung.

Die Vorschriften über die Nachlaßverwaltung sind in der Weise geordnet, daß in den §§ 1981, 1982 die Voraussetzungen der Anordnung bestimmt werden. Der § 1983 enthält eine Verfahrensvorschrift. Der § 1984 bestimmt die Wirkungen der Anordnung betreffs der Verwaltung und der Verfügung über den Nachlaß, der Legitimation zur Prozeßführung und der Ausschließung der eigenen Gläubiger des Erben vom Nachlasse. Die §§ 1985, 1986 betreffen die Obliegenheiten und die Verantwortlichkeit des Nachlaßverwalters, § 1987 dessen Anspruch auf Vergütung, § 1988 die Beendigung der Nachlaßverwaltung.

Der § 1989 regelt die Haftung des Erben für den Fall, daß der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt ist, die §§ 1990, 1991 für den Fall, daß Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs wegen Geringfügigkeit der Masse nicht tunlich sind; der § 1992 betrifft die Haftung für Vermächtnisse und Auflagen.

2. Gestaltung der beschränkten Haftung. Wenn und soweit die Beschränkung der Haftung des Erben eintritt, haftet dieser den Nachlaßgläubigern überhaupt oder doch denjenigen Nachlaßgläubigern, welchen gegenüber die Beschränkung der Haftung in Frage kommt (vgl. § 1992),

nur mit dem Nachlaß, nur cum viribus hereditatis. Diese Beschränkung wird nicht nur wichtig im Falle der Überschuldung des Nachlasses, sondern auch, wenn dieser zur Befriedigung der vorhandenen Nachlaßgläubiger vollkommen ausreicht. Ihre praktische Bedeutung besteht auch in diesem Falle darin, daß die Nachlaßgläubiger ihre Befriedigung nur aus den Nachlaßgegenständen gewinnen können. Eine Abschwächung des Prinzips der Haftung cum viribus hereditatis liegt darin, daß in einzelnen Fällen (§ 1973 Abs. 2 Satz 2, § 1989, § 1992 Satz 2) dem Erben gestattet ist, die Führung der Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände durch die Zahlung des Wertes abzuwenden. Der Erbe behält in diesen Fällen alle Vorteile, die ihm die gegenständlich beschränkte Haftung bietet, und wird vor den Unbequemlichkeiten und Schäden geschützt, die mit der Absonderung des Nachlasses von seinem Vermögen zumal nach Ablauf längerer Zeit verbunden sein können.

3. **Verantwortlichkeit des Erben wegen der Verwaltung des Nachlasses.** Durch die gegenständlich beschränkte Haftung des Erben würde das berechtigte Interesse der Nachlaßgläubiger offenbar verletzt werden, wenn das Gesetz nicht dafür Sorge trüge, daß den Nachlaßgläubigern die Befriedigung aus dem ungeminderten Nachlaß gesichert bleibt. Wesentlich aus diesem Grunde ist die amtliche Nachlaßabsonderung im Wege der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses, wodurch der Nachlaß der Verwaltung und Verfügung des Erben entzogen ist, zur regelmäßigen Voraussetzung der Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß gemacht (vgl. hierzu die Ausführung auf S. 94). Solange es zur amtlichen Nachlaßabsonderung noch nicht gekommen ist, steht die Verwaltung des Nachlasses freilich dem Erben zu und kann dieser über die Nachlaßgegenstände frei verfügen. Verwirklicht sich aber später eine der Voraussetzungen, vermöge welcher sich die Haftung des Erben auf den Nachlaß beschränkt, so ist er den Nachlaßgläubigern gegenüber wegen der Verwaltung des Nachlasses so verantwortlich, wie wenn er diese von der Annahme der Erbschaft an als Beauftragter der Nachlaßgläubiger zu führen gehabt hätte (§ 1978 Abs. 1 Satz 1; Satz 2 bezieht sich auf die Verantwortlichkeit des Erben hinsichtlich der Zeit vor der Annahme der Erbschaft). Infolge dieser Verantwortlichkeit trifft den Erben als Begleitfolge der auf die Nachlaßgegenstände sich beschränkenden Haftung eine persönliche Haftung insoweit, als der Nachlaß durch Verletzung der dem Erben nach Maßgabe des Gesagten obliegenden Pflichten eine Verminderung erfahren hat, so daß sich hierdurch die Haftung des Erben cum viribus hereditatis einer Haftung pro viribus annähern kann. Diese schon im bisherigen Rechte anerkannte Auffassung hat im BGB. eine scharfe Ausprägung erhalten. Daß den Erben die bezeichnete Verantwortlichkeit gegenüber einem ausgeschlossenen Gläubiger oder einem Gläubiger, der einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichgestellt ist, nicht trifft, ist schon oben Erl. 2, 3 zu § 1973 hervorgehoben worden.

4. Zur **Verwirklichung der Haftungsbeschränkung** ist unter Umständen eine besondere Geltendmachung durch den Erben (so z. B. in den Fällen der §§ 1990, 1992; vgl. auch §§ 1973, 1974) oder doch eine Tätigkeit des Erben (Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses, dafern dieser Antrag von anderer Seite nicht gestellt werden will oder nicht gestellt werden kann) erforderlich. Allein es gibt auch Fälle, in denen sich die Haftungsbeschränkung ohne jedes Zutun des Erben verwirklicht: so, wenn es, noch bevor die unbeschränkte Haftung eingetreten ist, auf Antrag eines Nachlaßgläubigers zur Anordnung der Nachlaßverwaltung oder zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses kommt, hinsichtlich der während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses auftretenden Nachlaßgläubiger. Vgl. Erl. 3 zu § 1975.

5. Obschon die Versäumung der Inventarfrist sowie die grobe Verfehlung bei der Inventarerrichtung die unbeschränkte Haftung des Erben zur Folge hat, so ist doch **die Errichtung des Inventars nicht positive Voraussetzung zur Verwirklichung der beschränkten Haftung.** Vgl. Vorbm. 2b zu §§ 1993 ff.

6. **Was die einzelnen Fälle** anbelangt, in welchen die Beschränkung der Haftung zur Verwirklichung gelangt (vgl. auch die Ausführung auf S. 93 ff.), so ist zunächst über die **Nachlaßverwaltung** folgendes zu sagen:

a) Der E. I gewährte als einzige Form der amtlichen Liquidation des Nachlasses den Nachlaßkonkurs. Die von der zweiten Kommission eingesetzte Subkommission hatte hieran festgehalten, jedoch den Nachlaßkonkurs auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Nachlasses ausgedehnt (s. den § 203 d. KO. in der Vorlage P. II Bd. 5 S. 750). Bei der Beratung in der Hauptkommission wurde der letztgedachte Beschluß verworfen und als zweite Form der amtlichen

Nachlaßliquidation die Nachlaßverwaltung aufgenommen, die übrigens diese Bezeichnung erst bei der Revision des E. II erhalten hat.

Der Grund für die Aufnahme des Instituts liegt darin, daß der Nachlaßkonkurs auch mit der Erweiterung auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit nicht für ausreichend und für geeignet erachtet wurde, in allen Fällen als das Mittel zur Auseinandersetzung zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern zu dienen. Wie in der Rechtsprechung anerkannt ist, liegt Zahlungsunfähigkeit nur vor, wenn eine allgemeine Unfähigkeit besteht, die fälligen Schulden aus bereiten Mitteln zu zahlen. Hiernach würde, wenn nur der Nachlaßkonkurs bestände, eine amtliche Liquidation des Nachlasses und demgemäß nach der Beseitigung der allgemeinen Abzugseinrede des E. I überhaupt die Geltendmachung der beschränkten Haftung nicht möglich sein, wenn nur vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten bestehen, die besonders in schwerer Verwertbarkeit des Nachlasses ihren Grund haben können. In solchen Fällen schützt die Nachlaßverwaltung den Erben vor dem Zugriffe der Nachlaßgläubiger auf sein eigenes Vermögen. Ferner erscheint die Nachlaßverwaltung als das geeignete Mittel, dem Bedürfnisse nach der Entlastung des Erben von der Verwaltung und Bereinigung des Nachlasses abzuhelfen, das in solchen Fällen hervortritt, in denen die Zulänglichkeit des Nachlasses außer Zweifel steht, die Verhältnisse desselben aber besonders weitläufig oder verwickelt sind, z. B. wenn der Nachlaß sich im Auslande befindet oder in Vermögensstücken besteht, deren Verwaltung und Verwertung besondere Schwierigkeiten bietet. Ein weiterer Grund für die Zulassung der Nachlaßverwaltung liegt darin, daß der Konkurs in der allgemeinen Anschauung mit einem gewissen Makel behaftet ist, der dazu führt, daß der Erbe, wenn die Überschuldung des Nachlasses nicht auf der Hand liegt, aus Rücksicht gegen den Erblasser sich schwer zur sofortigen Beantragung des Nachlaßkonkurses entschließt. In der dadurch verursachten Zögerung und den Versuchen des Erben, den Nachlaß selbst zu bereinigen, liegt aber eine Gefahr für den Erben und für die Nachlaßgläubiger. Endlich bietet die Nachlaßverwaltung den Gläubigern ein geeignetes Mittel, ihr Separationsrecht durchzusetzen, auch wenn die Voraussetzung für den Nachlaßkonkurs nicht gegeben und der Konkurs über das Vermögen des Erben nicht eröffnet ist.

Der Nachlaßverwaltung verwandte Rechtsbildungen finden sich auch im bisherigen Rechte; so namentlich der abandon des franz. Rechtes (code civ. art. 802 Nr. 1) und der erbschaftliche Liquidationsprozeß des älteren preuß. Rechtes (AGO. I 51 Abschn. 2; s. dazu Eccius IV § 270 Nr. II).

b) Die Nachlaßverwaltung ist nach § 1975 eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger. Hieraus ergibt sich, daß auf sie die allgemeinen Vorschriften über die Pflegschaft (§§ 1915 ff.), mithin die Grundsätze des Vormundschaftsrechts zur Anwendung kommen (vgl. auch Erl. zu § 1985). Es besteht jedoch wegen der Ähnlichkeit des Zweckes eine innere Verwandtschaft zwischen der Nachlaßverwaltung und dem Konkurse, dessen Regeln teils im Gesetze selbst auf die Nachlaßverwaltung übertragen sind, teils zur Entscheidung der vielfachen im Gesetze nicht entschiedenen Einzelfragen herangezogen werden müssen.

Was insbesondere die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters (im Gegensatz zum gewöhnlichen Nachlaßpfleger) betrifft, so wird sie grundsätzlich ebenso aufzufassen sein, wie die des Konkursverwalters (so auch RGE. vom 10. Juli 1905 in JW. 1905 S. 533). Auf die konstruktive Frage aber, ob der Konkursverwalter (und somit auch der Nachlaßverwalter) überhaupt jemandes Vertreter und im bejahenden Falle, wessen Vertreter er ist, kann hier nicht eingegangen werden. Die Ansichten gehen bekanntlich auseinander. Nach der, besonders in der Entsch. vom 30. März 1892 Bd. 29 S. 37 niedergelegten Auffassung des RG. entnimmt der Konkursverwalter seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz (also ohne daß dabei mit dem Begriff der Vertretung operiert zu werden brauchte). Vgl. auch Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 112 ff.; Hagen S. 73 ff., besonders S. 78; bezüglich des Nachlaßverwalters Strohal II § 79 Anm. 25; Liebe im Sächs. Arch. Bd. 11 S. 544 und die in Warneyers Jahrb. 4 zu § 1975 mitgeteilte Entsch. (Nürnberg). Mit dieser Auffassung deckt sich wenigstens praktisch die Hellwigs (Anspruch S. 248; Rechtskraft S. 60, 61; Civilpr. I S. 295, 296), der zufolge der Konkurs- und ebenso der Nachlaßverwalter als Vertreter eines als juristische Person zu denkenden Sondervermögens anzusehen sind. Verbreitet ist aber auch die Lehre, daß der Konkursverwalter (Nachlaßverwalter), soweit nicht die Geltendmachung von Rechten in Frage kommt, die lediglich im Interesse der Konkursgläubiger (Nachlaßgläubiger) begründet sind, Vertreter des Gemeinschuldners (Erben), in Ansehung der Geltend-

machung der genannten Rechte dagegen Vertreter der Gläubigerschaft sei. Vgl. besonders Jaeger KO. Anm. 5ff. zu § 6; wieder anders Herzfelder S. 160, 161, der den Nachlaßverwalter allseitig (auch soweit er Ansprüche aus § 1978 gegen den Erben geltend macht) als Vertreter des Erben auffaßt.

Abgesehen von dem Nachlaßgericht ist der Verwalter das einzige Organ der Nachlaßverwaltung, eine Organisation der Gläubigerschaft wie im Konkursverfahren durch Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung findet nicht statt, ebensowenig besteht ein förmliches Anmeldungs- und Prüfungsverfahren. Die Aufgaben des Nachlaßverwalters ergeben sich aus dem Zwecke der Verwaltung und sind in den §§ 1985, 1986 (s. auch § 2012) näher bezeichnet; zur Verteilung des Nachlasses unter Miterben ist der Nachlaßverwalter nicht berufen (P. II Bd. 5 S. 816). Die Befugnisse des Nachlaßverwalters sind außer im BGB. in den Prozeßgesetzen bestimmt; er ist nach CPO. § 991 Abs. 2 zum Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger, nach ZVG. § 175 Abs. 1 zum Antrag auf die Zwangsversteigerung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks, nach KO. § 217 Abs. 1 zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses befugt (vgl. auch CPO. § 780 Abs. 2, § 784 Abs. 2). Eine Verpflichtung zur Stellung der betreffenden Anträge kann nach § 1980, § 1985 Abs. 2 bestehen. Nach §§ 1837ff., 1962 hat das Nachlaßgericht über die Tätigkeit des Verwalters die Aufsicht zu führen; es hat unter Umständen durch seine Genehmigung mitzuwirken und im übrigen wie bei einer Vormundschaft gegen Pflichtwidrigkeiten einzuschreiten. Eine Abweichung von den Grundsätzen des Vormundschaftsrechts liegt darin, daß eine Verpflichtung zur Übernahme der Nachlaßverwaltung nicht besteht (§ 1981 Abs. 3), auch darin, daß der Nachlaßverwalter stets eine Vergütung beanspruchen kann (§ 1987).

Mit dem Nachlaßkonkurse hat die Nachlaßverwaltung gemein, daß sie sowohl von dem Erben als auch von einem Nachlaßgläubiger, von letzterem jedoch nur binnen zwei Jahren nach der Annahme der Erbschaft beantragt werden kann (§ 1981, KO. § 217 Abs. 1, § 220). Eine Verschiedenheit liegt darin, daß zu dem Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch der unbeschränkt haftende Erbe befugt ist, zu dem Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung dagegen nur der Erbe, der das Recht auf Beschränkung der Haftung noch nicht verloren hat (§ 2013, KO. § 216 Abs. 1, § 217 Abs. 1). Sind mehrere Erben vorhanden, so kann der Antrag auf Nachlaßverwaltung von den Erben nur gemeinschaftlich, der Antrag auf Nachlaßkonkurs dagegen von jedem einzelnen Erben gestellt werden; nach der Teilung des Nachlasses ist eine Nachlaßverwaltung ausgeschlossen, der Nachlaßkonkurs jedoch noch zulässig (vgl. auch Rspr. 2 S. 50ff.); über einen Erbteil findet weder Nachlaßverwaltung noch Nachlaßkonkurs statt (§ 2062, KO. § 216 Abs. 2, § 235). Die Unzulässigkeit des Verfahrens über einen Erbteil ist zwar nur bezüglich des Nachlaßkonkurses ausdrücklich anerkannt, weil sie hier eine Abweichung vom geltenden Rechte darstellt, sie entspricht jedoch auch bei der Nachlaßverwaltung der Absicht des Gesetzes (vgl. P. II Bd. 6 S. 343; s. auch Knitschky, Arch. f. civ. Pr. Bd. 91 S. 288ff.).

7. Die Vorschriften über den **Nachlaßkonkurs** sind, abweichend vom E. I (§§ 2109—2119), vollständig in die KO. verwiesen worden, in der die einschlägigen Bestimmungen der bisherigen §§ 202—206 in den neuen §§ 214—235 eine beträchtliche Erweiterung erfahren haben. Es soll daher hier, vorbehaltlich der näheren Erörterung einzelner Vorschriften bei den mit ihnen im Zusammenhange stehenden Paragraphen des BGB., nur eine Darstellung der Grundzüge gegeben werden:

a) Voraussetzung für die Eröffnung des Verfahrens ist wie bisher die **Überschuldung** des Nachlasses (KO. § 215), gleichviel, ob diese schon zur Zeit des Erbfalls vorhanden war oder erst später (z. B. infolge zufälligen Untergangs von Nachlaßgegenständen) eingetreten ist. Die Vorschrift, daß die Eröffnung nicht dadurch gehindert wird, daß der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat (§ 216 Abs. 1) gibt in einer dem BGB. angepaßten, veränderten Fassung die bisherige Bestimmung wieder, nach welcher das Verfahren schon während der Überlegungsfrist eröffnet werden konnte. Neu ist dagegen, daß der Nachlaßkonkurs auch zulässig ist, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, d. h. das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren hat (§ 216 Abs. 1). Der Grund für diese Abweichung vom bisherigen Rechte liegt darin, daß das BGB. das den Nachlaßgläubigern nach Maßgabe der Landesgesetze zustehende, durch den bisherigen § 43 der KO. anerkannte Absonderungsrecht im Konkurse des Erben als solches beseitigt hat. Den Nachlaßgläubigern muß daher auf anderem Wege die Möglichkeit gesichert werden, unter allen Umständen im Verhältnisse zu den Gläubigern

des Erben abgesonderte Befriedigung aus dem Nachlasse zu suchen. Zugleich wird der Vorteil erreicht, daß eine Erörterung und Entscheidung der vielfach schwierigen Frage, ob dem Erben das Recht auf beschränkte Haftung noch zusteht, in dem für eine solche Aufgabe wenig geeigneten Konkursverfahren vermieden wird (D. z. KO. S. 25, 39). Antragsberechtigt ist einerseits jeder Erbe (auch der unbeschränkt haftende), der Nachlaßverwalter sowie ein nach §§ 1960, 1961 bestellter Nachlaßpfleger und ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, andererseits ein Nachlaßgläubiger (§ 217 Abs. 1). Das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger ist auf die ersten zwei Jahre nach der Annahme der Erbschaft beschränkt (§ 220). Ein Gläubiger, der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist oder nach BGB. § 1974 einem ausgeschlossenen gleichsteht, ein Vermächtnisnehmer und derjenige, welcher berechtigt ist, die Vollziehung einer Auflage zu fordern (BGB. § 2194), können die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nur beantragen, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist (KO. § 219 Abs. 1). Dies entspricht der in den §§ 1973, 1992 des BGB. geregelten Stellung jener Gläubiger und bezüglich der Vermächtnisse und Auflagen auch dem vermutlichen Willen des Erblassers.

Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört der Nachlaß zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute, so kann jeder Ehegatte ohne die Zustimmung des anderen Teiles das Konkursverfahren beantragen (§ 218).

b) In dem Verfahren kann abweichend von KO. § 63 **jede Nachlaßverbindlichkeit** geltend gemacht werden (§ 226 Abs. 1); gewisse Verbindlichkeiten kommen aber erst nach allen übrigen zur Berichtigung. Es sind dies zunächst die nach § 63 sonst von der Geltendmachung im Konkurs ausgeschlossenen Ansprüche (laufende Zinsen, Geldstrafen, Forderungen aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden), sodann die Verbindlichkeiten gegenüber Pflichtteilsberechtigten und an letzter Stelle die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen (§ 226 Abs. 2). Gläubiger, die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind oder nach BGB. § 1974 die Stellung eines ausgeschlossenen Gläubigers haben, kommen zwischen den im § 63 bezeichneten Ansprüchen und den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen zum Ansatze, sofern sie jedoch selbst zu der letztgedachten Klasse gehören, erst nach den Verbindlichkeiten, mit denen sie ohne die erlittene Beschränkung gleichen Rang haben würden (§ 226 Abs. 4, vgl. § 1974 Abs. 2 und die dortige Erl. Nr. 6). Pflichtteilsberechtigte und Vermächtnisnehmer haben keinen Anspruch auf dasjenige, was infolge der Anfechtung einer von dem Erblasser oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtshandlung zur Konkursmasse zurückgewährt wird (§ 228 Abs. 1), ausgeschlossene Gläubiger haben auf das, was der Erbe gemäß den §§ 1978—1980 des BGB. zur Masse zu ersetzen hat, nur insoweit Anspruch, als der Erbe auch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ersatzpflichtig sein würde (§ 228 Abs. 2, vgl. BGB. § 1973 Abs. 2 Satz 1). Masseschulden sind außer den im § 59 der KO. bezeichneten noch eine Anzahl anderer Verbindlichkeiten, bei denen teils der Gesichtspunkt einer Verwendung auf den Nachlaß zutrifft, teils Rücksichten der Billigkeit und der öffentlichen Moral die vorzugsweise Befriedigung rechtfertigen (§ 224). Der Erbe kann, da der Nachlaßkonkurs die eingetretene Vermögensvereinigung aufhebt, die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen, und zwar ohne Unterschied, ob er beschränkt oder unbeschränkt haftet. Hat der Erbe eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt, so tritt er an die Stelle des Gläubigers (vgl. auch Erl. 1, 5 zu § 1979), sofern nicht entweder die Voraussetzung des § 1979 des BGB. vorliegt und demgemäß die Berichtigung als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt oder aber der Erbe unbeschränkt haftet und damit der Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung dem befriedigten gleich- oder nachstehenden Gläubiger entfällt (§ 225 Abs. 1, 2, D. z. KO. S. 45). Wegen der ihm nach §§ 1978, 1979 des BGB. zu ersetzenden Aufwendungen steht dem Erben ein Zurückbehaltungsrecht am Nachlasse nicht zu, doch begründet der Ersatzanspruch eine Masseschuld (§ 223, § 224 Nr. 1). Für das Absonderungsrecht besteht die Beschränkung, daß ein Nachlaßgläubiger oder ein persönlicher Gläubiger des Erben auf Grund einer nach dem Eintritte des Erbfalls gegen den Nachlaß erwirkten Maßregel der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung abgesonderte Befriedigung nicht verlangen kann und daß eine nach jenem Zeitpunkt im Wege der einstweiligen Verfügung erwirkte Vormerkung (im Grundbuch oder Schiffsregister) unwirksam ist (§ 221). Die Anfechtung ist durch die Vorschrift erweitert, daß, wenn der Erbe vor der Eröffnung des Verfahrens aus dem Nachlasse Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse oder Auflagen erfüllt hat, die Leistung in gleicher Weise anfechtbar ist, wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben (§ 222, vgl. § 32 Nr. 1, § 37 Abs. 2; s. auch die entsprechende Vorschrift im § 3a des AnfGes.). Die Vorschrift ist namentlich für den Fall des § 1979 des BGB.

von Wichtigkeit (vgl. Erl. 6 zu § 1979). Bezüglich der Frage, ob im Falle des Nachlaßkonkurses der Anspruch auf die vom Erblasser ausbedungene Lebensversicherungssumme zur Masse gehört, vgl. Vorbm. auf S. 5. Über den Fall der Ausschlagung einer zum Nachlaß gehörenden Erbschaft oder eines zu ihr gehörenden Vermächtnisses durch den Erben vgl. Erl. 6 zu § 1952 und Erl. 2b a. E. zu § 1978.

c) An einem **Zwangsvergleiche** nehmen diejenigen Nachlaßgläubiger, deren Forderungen erst nach den laufenden Zinsen der gewöhnlichen Konkursforderungen Berücksichtigung finden (vgl. KO. § 226 Abs. 2 u. Abs. 4 und dazu das weiter oben unter b Gesagte), nicht teil. Da sie durch den Vergleich nur berührt werden, wenn bei der Durchführung des Konkurses nach vollständiger Befriedigung der ihnen vorgehenden Gläubiger ein Überschuß verbleibt, so würde es im Hinblick auf die Seltenheit dieses Falles unbillig gegen den Erben und die vorgehenden Gläubiger sein, wenn jene Gläubiger durch einen unbegründeten und vielleicht böswilligen Widerspruch das Zustandekommen des Vergleichs vereiteln könnten. Die Rechte der bezeichneten Gläubiger werden durch die Vorschrift gewahrt, daß sie vor der Bestätigung des Zwangsvergleichs zu hören sind und daß auf den Antrag eines von ihnen der Vergleich zu verwerfen ist, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er das berechtigte Interesse des Antragstellers verletzt (KO. § 230 Abs. 2, D. z. KO. S. 49, 50). Vgl. dazu Strohal II § 80 Anm. 18a.

d) Wegen des Falles, daß **mehrere Erben** vorhanden sind (KO. § 216 Abs. 2, § 217 Abs. 2, § 230 Abs. 1, § 235) s. oben Nr. 6b a. E.; für den Fall der **Nacherbschaft** sind im § 231, für den Fall eines Erbschaftskaufs oder verwandten Vertrags in den §§ 232, 233 besondere Vorschriften gegeben. Der Einfluß des Nachlaßkonkurses auf das **Aufgebot der Nachlaßgläubiger** ist im § 993 der CPO. (vgl. auch KO. § 229) geregelt. Entsprechende Vorschriften hinsichtlich der vom Erben beantragten **Zwangsversteigerung** eines Nachlaßgrundstücks sind im ZVG. § 178 enthalten. Aufgebot und Zwangsversteigerung sollen nicht angeordnet werden, wenn die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt ist; ist jedoch das Verfahren schon im Gange, so wird durch die Konkurseröffnung das Aufgebot beendigt, während die Zwangsversteigerung ihren Fortgang nimmt. Endlich sind im § 234 der KO. für den Fall des Zusammentreffens des Nachlaßkonkurses mit dem Konkurs über das Vermögen des Erben Vorschriften gegeben; die Nachlaßgläubiger, denen der Erbe unbeschränkt haftet, haben im Konkurse des Erben die Stellung von Absonderungsberechtigten.

e) Die von der zweiten Kommission für die KO. vorgeschlagenen Vorschriften (nach der Anlage der D. z. BGB.) sind von L. **Seuffert** kritisch besprochen in der Z. f. CP. Bd. 22 S. 475—526. Den im RJA. aufgestellten E. eines Ges., b. Änderungen der KO., behandelt der Aufsatz von **Kleinfeller**, Der Nachlaßkonkurs nach dem BGB. und der KO. in der Monatsschr. f. Handelsrecht und Bankwesen Bd. 7 S. 61 ff. Vgl. ferner **Jaeger**, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs und Komm. z. KO. 2. Aufl. 1904; **Binder** II § 24; **Seuffert**, Konkursprozeß (1899); **Rosenheimer**, Die Rechtsstellung der Nachlaßgläubiger im Konkurse über das Vermögen des Erben einschließlich des Nachlasses in Buschs Z. Bd. 32 S. 263.

8. **Ausnahmsweise Geltendmachung der beschränkten Haftung ohne amtliche Nachlaßabsonderung.** Wenn die Nachlaßverwaltung oder der Nachlaßkonkurs nicht eröffnet oder nicht durchgeführt werden können, **weil es an einer zur Deckung der Kosten des Verfahrens ausreichenden Masse gebricht** (§§ 1982, 1988 Abs. 2, KO. §§ 107, 204) so wird die Geltendmachung der beschränkten Haftung dem Erben auf dem durch die §§ 1990, 1991 vorgezeichneten Wege ermöglicht. In ähnlicher Weise kann, obschon die genannte Voraussetzung nicht vorliegt, ohne amtliche Nachlaßabsonderung die Geltendmachung der beschränkten Haftung gegenüber den **Ansprüchen aus Vermächtnissen oder Auflagen** erfolgen. (§ 1992).

Über die eigenartige Beschränkung der Haftung in den Fällen der §§ 1973, 1974, 1989 vgl. die Erl. zu diesen Paragraphen.

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß der Erbe **die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern kann, als der Nachlaß nicht ausreicht, dafür aber das vom Nachlasse noch Vorhandene derart herausgeben** (vgl. dazu Erl. 6 zu § 1973 und Erl. 2c zu § 1991) **muß**, daß daraus die **Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung** erfolgen kann. Eine Verschiedenheit besteht insofern, als für Art und Umfang der Herausgabepflicht in einzelnen Fällen (§§ 1973, 1974, 1989) die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung maßgebend sind, während in den anderen Fällen (§§ 1990, 1992) eine Verantwortlichkeit des Erben für die Verwaltung des Nachlasses wie bei der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurse besteht. Außerdem ist in den

Fällen der §§ 1973, 1974, 1989 und im Falle des § 1992 der Erbe befugt, die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden, in den Fällen des § 1990 dagegen besteht ein derartiges Recht nicht.

9. **Rechte auf abgesonderte Befriedigung und auf Aussonderung.** Die Beschränkung der Haftung des Erben ist nur von Bedeutung für persönliche Ansprüche bzw. Verbindlichkeiten. Wenn der persönliche Anspruch *dinglich gesichert* ist, kann sich der Verpflichtete — sei es der Erbe selbst oder ein Dritter —, soweit es sich um das dingliche Recht handelt, nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet. Dies ist im § 1137 Abs. 1 Satz 2 bezüglich der Hypothek und im § 1211 Abs. 1 Satz 2 bezüglich des Pfandrechts ausgesprochen. Ist zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechtes eine *Vormerkung* im Grundbuch oder im Schiffsregister eingetragen, so kann nach § 884 (vgl. §§ 100, 123 des FGG., § 18 der GBO., § 895 der CPO.), soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, der Erbe des Verpflichteten sich nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen. Denn die Vormerkung hat, wie dies auch in der Vorschrift des § 24 der KO. hervortritt, die Bedeutung, daß der durch sie gesicherte Anspruch, soweit der dingliche Schutz reicht, von der Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners nicht berührt wird (P. II Bd. 5 S. 779, 780). Ob das dingliche Recht *vor oder nach* dem Eintritte des Erbfalls erlangt ist, *hat im allgemeinen keinen Einfluß*. Nur *in einzelnen Beziehungen* greift die Beschränkung der Haftung durch, wenn das Pfandrecht oder die Hypothek des Nachlaßgläubigers erst *nach* dem Eintritte des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erlangt oder die Vormerkung *nach* jenem Zeitpunkt im *Wege der einstweiligen Verfügung* erworben ist (§ 1990 Abs. 2, § 2016 Abs. 2, KO. § 221).

Findet auf Antrag des Erben die *Zwangsversteigerung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks* statt, so kann nach ZVG. § 179 ein Nachlaßgläubiger, dem ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke zusteht, vor die Wahl zwischen den in Erl. 3 zu § 1971 bezeichneten Möglichkeiten gestellt werden.

Aus dem Zwecke der *Bürgschaft* folgt, daß nach dem Tode des Hauptschuldners der Bürge sich nicht darauf berufen kann, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet (§ 768 Abs. 1 Satz 2).

10. Im E. I § 2093 war ausgesprochen, daß eine *Anordnung des Erblassers*, nach der dem Erben das Inventarrecht *nicht zustehen* solle und ein *zwischen dem Erblasser und dem Erben geschlossener Vertrag*, durch den der Erbe sich verpflichtet, das Inventarrecht *nicht geltend zu machen*, unwirksam seien. Die zweite Kommission hat die Vorschrift als entbehrlich gestrichen. Daß dem Erben das ihm gesetzlich zustehende Recht auf Beschränkung der Haftung nicht durch eine Verfügung des Erblassers entzogen werden kann, entspricht der schon für das bisherige Recht in neuerer Zeit überwiegend vertretenen Ansicht (vgl. M. V S. 606) und ergibt sich für das BGB. aus dem gesamten Charakter der in den §§ 1975 ff. enthaltenen Vorschriften. Was aber die Ausschließung des Rechtes auf Beschränkung der Haftung durch einen zwischen dem Erblasser und dem Erben geschlossenen Vertrag anbelangt, so war für die Streichung des § 2093 des E. I die Erwägung maßgebend, daß der E. I eine besondere Art des Erbvertrags vor Augen habe, deren Ungültigkeit sich schon daraus ergebe, daß das BGB. den zulässigen Inhalt des Erbvertrags anderweitig bestimme. Hierbei wurde jedoch hervorgehoben, daß ein Vertrag jenes Inhalts unter Umständen als ein Vertrag zugunsten eines Dritten anzusehen und alsdann für rechtswirksam zu erachten sein werde (P. II Bd. 5 S. 732, P. der Subkommission S. 101, 102).

11. Die der Beschränkung der Haftung des Erben hinsichtlich der **Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten** zukommende Bedeutung bedarf einer besonderen Würdigung. Da der Pflichtteil in der Hälfte des Reinwerts des gesetzlichen Erbteils besteht (§ 2303 Abs. 1 Satz 2), so kann von einem Pflichtteilsanspruche nur die Rede sein, wenn nach der Berichtigung der (dem Pflichtteilsberechtigten vorgehenden) Nachlaßverbindlichkeiten noch etwas vom Nachlaß übrig bleibt. Indessen macht sich die Beschränkung der Haftung doch zunächst insofern geltend, als der Erbe für die danach bestehende Verbindlichkeit auch nur mit dem Nachlasse (*cum viribus hereditatis*), nicht mit seinem eigenen Vermögen haftet. Außerdem aber wird durch die Vorschrift des § 2311, nach welcher der Berechnung des Pflichtteils der Bestand und Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalles zugrunde gelegt wird, die Möglichkeit geschaffen, daß der Pflichtteilsanspruch im Falle einer späteren — infolge eines vom Erben nicht zu vertretenden Umstandes eingetretenen — Verringerung der Erbmasse auf mehr geht, als vom Nachlasse (mit Einschluß des-

§. 1975. Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist.

---

jenigen, was der Erbe an diesen etwa zu ersetzen hat) noch vorhanden ist und daß hiernach die Beschränkung der Haftung auch der Höhe des Anspruchs entgegentritt.

12. Über CPO. §§ 780, 781 vgl. die Ausführung über die grundsätzliche Gestaltung der Erbenhaftung auf S. 93; ferner Erl. 5b zu § 1973, Erl. 2b zu § 1991 und Vorbm. Nr. 6 zu §§ 1993 ff.

Hier ist noch des besonderen Falles zu gedenken, daß der Erbe auf **Abgabe einer Willenserklärung** verklagt ist. Da § 780 CPO. nicht voraussetzt, daß der gegen den Erben sich richtende Anspruch auf Geld geht, so steht der Aufnahme des Vorbehalts der beschränkten Haftung in das gegen den Erben zu erlassende Urteil auch in dem vorhin bezeichneten Falle nichts entgegen. Zugleich ist aber klar, daß durch die Aufnahme dieses Vorbehalts in das Urteil der Eintritt der in CPO. § 894 Abs. 1 Satz 1 (wonach die Willenserklärung als abgegeben gilt, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat) bestimmten Wirkung ausgeschlossen wird. Denn sonst würde die Aufnahme des Vorbehalts zur Bedeutungslosigkeit herabgedrückt sein. Ob der Kläger das ihm zuerkannte Recht auf Abgabe der Willenserklärung gegenüber der vom Erben geltend gemachten Haftungsbeschränkung durchzusetzen vermag, kann sich vielmehr erst im Stadium der Zwangsvollstreckung herausstellen (vgl. hierzu RG. Bd. 49 S. 415). Unklarheiten können sich jedoch ergeben, wenn zugleich einer der Fälle vorliegt, in denen nach CPO. § 780 Abs. 2 die Aufnahme des erwähnten Vorbehalts zur Wahrung des Rechtes auf Beschränkung der Haftung nicht erforderlich ist. Dann kann möglicherweise zweifelhaft sein, ob das ergehende Urteil ein solches sein soll, mit dessen Rechtskraft die in CPO. § 894 Abs. 1 Satz 1 bestimmte Wirkung einzutreten hat (man denke z. B. daran, daß gegen den Nachlaßverwalter bei, wie von diesem selbst zugegeben wird, offenbar zureichendem Nachlaß auf Abgabe einer Zessionserklärung geklagt ist), oder ob der späteren Geltendmachung der beschränkten Haftung durch das Urteil nicht vorgegriffen sein soll. Es dürfte sich hier deshalb empfehlen, die Entstehung einer solchen Unsicherheit durch eine der konkreten Lage entsprechende Fassung des Urteils auszuschließen.

§ 1975.

E. I § 2110 Abs. 1; II § 1850 rev. § 1952; III § 1950. P. I S. 10935 ff., 10954, 10983 f., 10995 ff., 11406, 12278; M. V S. 623 ff. P. II Bd. 5 S. 437 ff., 758 ff., 764 f., 807 ff. D. S. 722 f.

Amtliche Nachlaßabsonderung. Über das Wesen der beschränkten Haftung des Erben, die Voraussetzungen ihres Eintritts im allgemeinen und über ihre regelmäßige Verwirklichung durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist bereits in der Ausführung S. 94 und in der Vorbm. S. 125 ff. gehandelt worden. Hier ist nur mehr folgendes hervorzuheben:

1. Indem § 1975 bestimmt, daß sich die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränkt, wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, spricht er zugleich indirekt aber doch unzweideutig aus, daß, soweit nicht besondere Vorschriften eingreifen (vgl. §§ 1973, 1974, 1989, 1990, 1992), die Nachlaßabsonderung im Wege der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses im Falle der Erbfolge eines Alleinerben die **regelmäßige Voraussetzung für die Verwirklichung der Haftungsbeschränkung** ist (vgl. auch RG. Bd. 59 S. 303 und OLG. Dresden in Lobes ZB. Bd. 6 S. 410). Gegen die abweichende Ansicht von Binder II S. 52 ff. vgl. die Ausführung S. 95.

2. **Amtliche Nachlaßabsonderung bei unbeschränkter Haftung des Erben.** Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs führen zur Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß nicht unter allen Umständen, sondern nur unter der Voraussetzung, daß dem Erben die rechtliche Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nicht bereits vorher nach § 1994 oder nach § 2005 Abs. 1 verloren gegangen ist. Dadurch zwar, daß der Erbe bereits unbeschränkt haftet, ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses noch nicht ausgeschlossen. Kommt es aber hierzu, so wird durch die Nachlaßverwaltung, den Nachlaßkonkurs die Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß nicht mehr herbei-

§. 1976. Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so gelten die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.

---

geführt (vgl. § 2013 Abs. 1 und Erl. hierzu). Die lediglich einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber eingetretene unbeschränkte Haftung steht jedoch dem Eintritt der im § 1975 bestimmten Haftungsbeschränkung gegenüber allen übrigen Nachlaßgläubigern nicht entgegen.

3. Möglichkeit der amtlichen Nachlaßabsonderung ohne Zutun des Erben. Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs werden nicht selten als die regelmäßigen Mittel bezeichnet, deren sich der Erbe zur Herbeiführung der beschränkten Haftung bedienen muß. Dies ist insofern richtig, als der Erbe, dafern es nicht ohnedies schon ohne sein Zutun zur amtlichen Nachlaßabsonderung gekommen ist, diese beantragen und hierdurch die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeiführen kann. Allein Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs dienen nicht nur dem Interesse des Erben, sondern auch den Interessen der Nachlaßgläubiger. Demgemäß ist zum Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung unter den im § 1981 angegebenen Voraussetzungen auch jeder Nachlaßgläubiger und sind zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses außer dem Erben nach Maßgabe der §§ 217—220 KO. auch andere Personen berechtigt. Die auf den Antrag eines vom Erben verschiedenen Antragsberechtigten erfolgte amtliche Nachlaßabsonderung hat aber, dafern nur der Erbe nicht bereits unbeschränkt haftet, die Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß nicht weniger zur Folge, als wenn sie vom Erben beantragt gewesen wäre.

4. Gestaltung der Haftung des Erben während der Dauer der amtlichen Nachlaßabsonderung. Die nach Maßgabe von § 1975 eintretende Beschränkung der Haftung ist so beschaffen, daß der Erbe den Nachlaßgläubigern im allgemeinen (mit Ausnahme derjenigen, welchen gegenüber seine Haftung aus besonderen Gründen zu einer bereits unbeschränkten geworden ist) während der Dauer der Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses (in betreff der späteren Zeit vgl. Erl. 3 zu § 1986 und Erl. zu § 1989) schon **von Rechts wegen** nur mit dem Nachlaß haftet. Unzutreffend ist daher die Meinung, daß dem Erben in den Fällen des § 1975 grundsätzlich nur eine Beschränkungseinrede gegenüber den Ansprüchen der Nachlaßgläubiger erwachse (so insbesondere Herzfelder S. 153). Bei dieser Auffassung wird verkannt, daß die Nachlaßgläubiger während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses ihre gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüche überhaupt nur gegen den Nachlaß- bzw. Konkursverwalter geltend machen können, und daß der Erbe, wenn solche Ansprüche ihm gegenüber geltend gemacht werden wollen, sich nicht etwa durch eine Einrede im technischen Sinne schützt, sondern einfach seine Passivlegitimation (vgl. Herzfelder selbst S. 184) bestreitet (vgl. auch Erl. 3 zu § 1984). Eine gegen den Erben sich richtende Klage eines Nachlaßgläubigers kann mit Erfolg nur durchgeführt werden, wenn der Kläger behauptet und eventuell beweist, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt oder doch für die eingeklagte Forderung unbeschränkt haftet. Etwas anders gestaltet sich die Lage nur dann, wenn ein Nachlaßgläubiger schon vor der amtlichen Nachlaßabsonderung einen gegen die Person des Erben sich richtenden Vollstreckungstitel erlangt hat und auf Grund desselben nach der Nachlaßabsonderung Zwangsvollstreckung in das Eigenvermögen des Erben führen oder fortsetzen will (vgl. hierzu § 784 CPO. und Erl. 3 zu § 1984).

5. Das Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers steht der Anordnung der Nachlaßverwaltung, der Eröffnung des Nachlaßkonkurses **nicht entgegen** (so auch die in Lobes ZB. Bd. 2 S. 485 mitgeteilte Entsch.). Über die sich hierbei ergebenden Fragen vgl. Vorbm. zu § 2197.

§ 1976.

E. I § 2114 Satz 1; II § 1851 rev. § 1953; III § 1951. P. I S. 10953 f., 10957, 10981 ff., 11134 ff., 11809 ff.; M. V S. 631. P. II Bd. 5 S. 768, 813.

Schwebler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürg. Recht (1897); Kretschmar, Die Theorie der Konfusion (1899); Strohal II S. 78; Binder II S. 85 ff.

1. Einfluß der amtlichen Nachlaßabsonderung auf die durch Konfusion oder Konsolidation erloschenen Rechtsverhältnisse. Eine notwendige Folge der mit der Nachlaßverwaltung oder dem

§. 1977. Hat ein Nachlaßgläubiger vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses seine Forderung gegen eine nicht zum Nachlasse gehörende Forderung des Erben ohne dessen Zustimmung aufgerechnet, so ist nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Aufrechnung als nicht erfolgt anzusehen.

Das Gleiche gilt, wenn ein Gläubiger, der nicht Nachlaßgläubiger ist, die ihm gegen den Erben zustehende Forderung gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung aufgerechnet hat.

Nachlaßkonkurs eintretenden Absonderung des Nachlasses von dem Vermögen des Erben ist, daß die durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (Konfusion, vgl. die Vorbm. zum dritten Abschnitte des zweiten Buches, Bd. II S. 207) oder von Recht und Belastung (Konsolidation, §§ 1063, 1072, 1256, vgl. §§ 889, 1163, 1177, andererseits § 1178, EG. Art. 194) erloschenen Rechtsverhältnisse tunlichst wiederhergestellt werden. Zu diesem Zwecke behandelt das Gesetz wie im Falle des § 2143 so auch hier die durch Konfusion und Konsolidation eingetretene Erlöschung allseitig (anders in den Fällen der §§ 1991, 2377, in denen die erloschenen Rechtsverhältnisse nur im Verhältnis der daselbst bezeichneten Personen als nicht erloschen zu gelten haben) und mit rückwirkender Kraft als nicht erloschen. Für die zwischen dem Erblasser und dem Erben bestehenden Forderungen hat § 1976 die Folge, daß mit der als nicht erloschen geltenden Forderung auch deren Sicherung durch Bürgschaft oder Pfand fortbesteht (anders Kretschmar S. 224; z. T. auch Binder S. 91 Anm. 113). Eine Folgerung aus § 1976 ist in der KO. § 225 Abs. 1 in der Vorschrift gezogen, daß der Erbe im Nachlaßkonkurse die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen kann.

2. Wegen der Geltung des § 1976 auch bei unbeschränkter Haftung des Erben vgl. Erl. 2b zu § 2013.

3. Die praktische Durchführung des der Vorschrift des § 1976 zugrunde liegenden Gedankens kann unter Umständen Schwierigkeiten bereiten. Man denke etwa daran, daß der Erblasser dem Erben gegen einen von diesem bereits bezahlten Kaufpreis ein Pferd verkauft hatte, und daß es, nachdem das im Nachlaß vorhanden gewesene Pferd vom Erben an einen Dritten veräußert worden ist, zur Anordnung der Nachlaßverwaltung kommt. Welche Bedeutung soll es hier haben, daß der zunächst erloschene Anspruch des Erben gegen den Erblasser auf Leistung des Pferdes als nicht erloschen gilt? Es wird zu sagen sein, daß der Erbe, weil er in seiner Eigenschaft als Gläubiger des Erblassers Leistung des Pferdes hätte fordern können und unter der Voraussetzung, daß er zur Befriedigung dieser Forderung berechtigt war (vgl. besonders § 1979), wegen der Veräußerung des Pferdes den Nachlaßgläubigern nicht verantwortlich ist und auch das infolge dieser Veräußerung Erlangte an den Nachlaßverwalter nicht herauszugeben braucht. Ein anderes Beispiel: Würde der Erbe eine ihm gehörende, aber mit einem Pfandrecht zugunsten des Erblassers belastet gewesene Sache vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung pfandfrei an einen Dritten veräußert haben, so würde er nunmehr den Nachlaßgläubigern wegen der Verminderung des Nachlasses um das vorhanden gewesene Pfandrecht verantwortlich sein.

4. Über das Eingreifen von § 185 Abs. 2 vgl. Strohal II S. 80.

§ 1977.

E. I § 2116; II § 1852 rev. § 1954; III § 1952. M. I S. 10945 f., 10964, 10989 ff.; M. V S. 634 ff. P. II Bd. 5 S. 769, 792 ff., 813.

Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899) S. 104—107, 116, 141; Binder II S. 151 ff.

1. **Amtliche Nachlaßabsonderung und Aufrechnung.** Die Vorschrift des § 1977 ist wie die des § 1976 eine Folge der Vermögensabsonderung, die mit der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs eintritt.

Durch die Vereinigung des Nachlasses mit dem persönlichen Vermögen des Erben eröffnet sich für diesen wie für den Gläubiger die Möglichkeit, eine gegen den Nachlaß gerichtete Forderung mit einer Forderung des Erben und umgekehrt eine gegen den Erben gerichtete Forderung mit einer zum Nachlasse gehörenden Forderung aufzurechnen (§ 387).

Ist die Aufrechnung von dem Erben ausgegangen (vgl. § 388), so behält es auch nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bei ihr sein Bewenden, da die Verfügungen des Erben über Nachlaßgegenstände gleich denen über sein eigenes Vermögen in Kraft bleiben. Der Erbe ist nur, wenn er durch die Aufrechnung über eine Nachlaßforderung in seinem Interesse verfügt hat, den Nachlaßgläubigern gemäß § 1978 Abs. 1 ersatzpflichtig und kann andererseits, wenn er zur Tilgung einer Nachlaßverbindlichkeit eine eigene Forderung geopfert hat, nach Maßgabe des § 1979 oder doch nach Maßgabe der auf seine Kosten herbeigeführten Bereicherung des Nachlasses und im Falle des Nachlaßkonkurses nach Maßgabe des § 225 Abs. 2 der KO. aus dem Nachlaß Ersatz verlangen.

Hat dagegen der Gläubiger die Aufrechnung erklärt, ohne daß ihr der Erbe zugestimmt hat (vgl. Erl. 2), so würde bei Fortbestand der Aufrechnung (§ 389), wenn es sich um die Aufrechnung der Forderung eines Nachlaßgläubigers gegen eine nicht zum Nachlasse gehörende Forderung des Erben handelt, der Erbe des Vorteils der beschränkten Haftung verlustig gehen (vgl. M. V S. 635 unter III), wenn jedoch ein Nachlaßschuldner die ihm gegen den Erben zustehende Forderung gegen die Nachlaßforderung aufgerechnet hat, eine Verkürzung des Nachlasses und damit unter Umständen eine Schädigung der Nachlaßgläubiger eintreten. Der § 1977 bestimmt daher im Abs. 1 für den ersteren und im Abs. 2 für den letzteren Fall, daß nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Aufrechnung als nicht erfolgt anzusehen ist. Der Fall des Abs. 2 war im E. I § 2116 nicht berührt und in den M. (V S. 625 unter II) im entgegengesetzten Sinne entschieden. Der Erbe sollte auch nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses von seiner Schuld befreit bleiben und nur gehalten sein, der Konkursmasse Ersatz zu leisten. Die zweite Kommission hat dies im Interesse der Nachlaßgläubiger geändert.

2. Die Unwirksamkeit der Aufrechnung ist im Falle des Abs. 1 an die Voraussetzung geknüpft, daß die Aufrechnung seitens des Gläubigers **ohne Zustimmung des Erben** erfolgt ist. Hat der Erbe zugestimmt, so hat er seinerseits über die ihm zustehende Forderung verfügt. Dasselbe muß aber aus dem gleichen Grunde auch für den Abs. 2 gelten. Daß die Worte „ohne dessen Zustimmung" im Abs. 2 nicht wiederholt sind, kommt nicht in Betracht; der Abs. 2 ist auch hinsichtlich des Zeitpunktes der Aufrechnung aus dem Abs. 1 zu ergänzen. Vgl. auch Eccius S. 638, Strohal II § 78 Anm. 5; teilweise abweichend Herzfelder S. 167 und Binder II S. 161. Beide vertreten die Ansicht, daß der im Abs. 2 ausgesprochene Rechtssatz auch für den Fall gelte, daß die Aufrechnung mit Zustimmung des Erben erfolgt ist. Dem gegenüber ist auf die Eingangsworte des Abs. 2: „Das gleiche gilt" hinzuweisen, welche die Ergänzung aus Abs. 1 hinreichend rechtfertigen. Sachlich aber kommt folgendes in Betracht: Rechnet ein Gläubiger, der nicht Nachlaßgläubiger ist, mit Zustimmung des Erben gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung auf, so kann keine andere Beurteilung eintreten, als welche eintreten würde, wenn der Erbe die Aufrechnung selbst erklärt und dadurch noch vor der Nachlaßabsonderung wirksam verfügt hätte. Wenn Herzfelder aber geltend macht, daß die Bestimmung des Abs. 2 bei solcher Auslegung jeder praktischen Bedeutung entbehre, weil eine Aufrechnung der im Abs. 2 bezeichenten Art ohne Zustimmung des Erben kaum denkbar sei, so ist einfach zu widersprechen. Warum soll es undenkbar sein, daß der Erbe der vom Gläubiger erklärten Aufrechnung gegenüber schweigt (worin selbstverständlich Zustimmung noch nicht gelegen ist) oder sie mit der Bemerkung beantwortet, daß diese Aufrechnung mit Rücksicht auf die bevorstehende Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht zum Ziele führen könne?

3. Da die Aufrechnung als nicht erfolgt, die im § 389 bestimmte Wirkung mithin als nicht eingetreten anzusehen ist, so bleiben die für eine der Forderungen bestellten Bürgen und Pfänder (vgl. §§ 768, 1252) verhaftet.

4. Die Vorschrift des § 1977 hat eine gewisse Rechtsähnlichkeit mit den Bestimmungen der CPO. § 784 und der KO. § 221 über die Unwirksamkeit bzw. Aufhebung von Maßregeln der Zwangsvollstreckung, die zugunsten eines Nachlaßgläubigers in das eigene Vermögen des Erben oder zugunsten eines Privatgläubigers des letzteren in den Nachlaß erfolgt sind. Es ist jedoch hervorzuheben, daß es zur Verwirklichung der im § 1977 bestimmten Rechtsfolge nicht eines Widerspruchs des Erben bzw. des Nachlaß- oder Konkursverwalters gegen die Aufrechnung oder einer Aufhebungserklärung bedarf. — Ohne Bedeutung ist, ob die Aufrechnung kürzere oder längere Zeit vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses erfolgt ist.

§. 1978. Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so ist der Erbe den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses so verantwortlich, wie wenn er von der Annahme der Erbschaft an die Verwaltung für sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte. Auf die vor der Annahme der Erbschaft von dem Erben besorgten erbschaftlichen Geschäfte finden die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechende Anwendung.

Die den Nachlaßgläubigern nach Abs. 1 zustehenden Ansprüche gelten als zum Nachlasse gehörend.

Aufwendungen sind dem Erben aus dem Nachlasse zu ersetzen, soweit er nach den Vorschriften über den Auftrag oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen könnte.

---

5. Nach dem im Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkte kann der Erbe eine Nachlaßforderung nicht mehr gegen eine ihm obliegende Verbindlichkeit aufrechnen (§ 1984 Abs. 1 Satz 1, KO. § 6), die Aufrechnung kann auch nicht seitens des Gläubigers vorgenommen werden (vgl. § 1984 Abs. 2, KO. § 3 Abs. 1). Ebensowenig kann nunmehr ein Nachlaßgläubiger seine Forderung gegen eine dem Erben persönlich zustehende Forderung aufrechnen, § 1975, § 1984 Abs. 1 Satz 3). Dagegen kann in dem letztgedachten Falle der Erbe allerdings seine Forderung gegen die des Nachlaßgläubigers wirksam aufrechnen, er kann aber, von der Bereicherung abgesehen, nicht Ersatz aus dem Nachlasse verlangen (§ 1984 Abs. 1 Satz 2, KO. § 7).

6. Der § 1977 (Abs. 1 und 2) gilt nicht, wenn der Erbe unbeschränkt haftet; vgl. hierüber Erl. 2b zu § 2013.

§ 1978.

E. I § 2112 Satz 1, 2; II § 1953 rev. § 1955; III § 1953. P. I E. 10794 ff., 10805 f., 10953 ff., 10960, 10966 ff., 11437; M. V E. 626 ff. P. II Bd. 5 E. 765 f., 813 f. D. E. 723.

Hagen in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 44 ff.; Binder II S. 133 ff.

Verantwortlichkeit des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses.

1. Da der Erbe in den Fällen der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses nur mit dem Nachlasse (cum viribus hereditatis) haftet, so muß im Interesse der Gläubiger auch schon hinsichtlich der Zeit bis zum Eintritte jener Maßnahmen dafür Sorge getragen werden, daß ihnen der Nachlaß ungeschmälert zu ihrer Befriedigung verbleibt (s. die Vorbm. vor § 1975 S. 125). Der Nachlaß ist zwar mit dem Erbfall und endgültig mit der Annahme der Erbschaft Vermögen des Erben geworden; die Verfügungen, die der Erbe vor der Nachlaßverwaltung oder der Konkurseröffnung getroffen hat, sind und bleiben gültig. Allein im Hinblick auf die Zweckbestimmung der Nachlaßgegenstände, die zunächst zur Befriedigung der Gläubiger dienen, hat der Erbe, der die Beschränkung der Haftung geltend machen will, den Nachlaß gewissermaßen als fremdes Gut zu behandeln und mit ihm so umzugehen, daß die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Mittel nicht verkürzt werden (M. V S. 626). Der hierauf beruhende Gedanke einer Geschäftsbesorgung des Erben für die Nachlaßgläubiger hatte bereits im früheren Rechte Anerkennung gefunden (vgl. für gem. und preuß. Recht Dernburg, Preuß. Priv.R. Bd. III § 223, insbesondere Anm. 11—13, auch Eccius Bd. IV § 270 Anm. 41, 42). Das BGB. gibt diesem Gedanken im § 1978 Abs. 1 eine scharfe Ausprägung, indem es den Erben den Nachlaßgläubigern gegenüber nach den Grundsätzen des Auftrags bzw. der Geschäftsführung ohne Auftrag verantwortlich macht. Bis zur Annahme der Erbschaft ist der Erbe nicht gehalten, sich um den Nachlaß zu kümmern; er ist daher, wenn er dies unterläßt, den Gläubigern ebensowenig haftbar, wie dem nach ihm zur Erbschaft Berufenen (vgl. Erl. 3 zu § 1959). Besorgt er während dieser Zeit erbschaftliche Geschäfte, so ist er für diese, wie im Falle der Ausschlagung dem an seiner Stelle eintretenden Erben (§ 1959 Abs. 1), so im Falle der Annahme den Gläubigern (§§ 1978 Abs. 1 Satz 2) nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verantwortlich. Nach der Annahme dagegen ist der Erbe nicht mehr befugt, sich dem Nachlasse gegenüber passiv zu verhalten, er überkommt nunmehr den Gläubigern gegenüber eine positive Verwaltungspflicht, die vom Gesetze (§ 1978 Abs. 1 Satz 1) der Sachlage entsprechend durch die Fiktion eines Auftragsverhältnisses geregelt ist.

2. Die Verantwortlichkeit des Erben im einzelnen.

a) Nach Abs. 1 Satz 2 finden auf die vom Erben **vor der Annahme der Erbschaft** besorgten erbschaftlichen Geschäfte die **Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag** (§§ 677 ff.) nicht buchstäbliche, sondern nur entsprechende Anwendung (vgl. übrigens auch Erl. 3 zu § 1959). Mit Rücksicht auf die Eigenart des vorliegenden Falles kann dem Erben selbstverständlich nicht zugemutet werden, bei seinem Eingreifen auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen der einzelnen Nachlaßgläubiger Rücksicht zu nehmen, sondern es muß genügen, wenn er die erbschaftlichen Geschäfte so führt, daß hierdurch das objektive Interesse der Gläubiger gewahrt wird. Für völlig bedeutungslos wird man übrigens den Willen der einzelnen Nachlaßgläubiger doch nicht erklären dürfen. Richtet der Erbe z. B. sein Verhalten hinsichtlich eines einzelnen Schuldverhältnisses nach dem ihm bekannten Willen des betreffenden Gläubigers ein, so wird ihn diesem gegenüber eine Verantwortlichkeit nach § 1978 doch wohl nicht treffen können. Wegen der Anwendung des § 685 Abs. 1 vgl. unten Erl. 5.

Die Motive V S. 632 wollen nach der Vorschrift des § 1978 Abs. 1 Satz 2 auch den Fall beurteilt wissen, daß eine vom späteren Erben bei Lebzeiten des Erblassers über einen diesem gehörenden Gegenstand getroffene Verfügung nach § 185 Abs. 2 wirksam wird. Dieser Auffassung dürfte nicht beizustimmen sein. Denn es ist bedenklich, den Erben wegen einer solchen, von ihm vielleicht optima fide vorgenommenen Verfügung in gleicher Weise verantwortlich zu machen, wie wenn er sie nach dem Erbfall und im Bewußtsein seiner Verantwortlichkeit den Nachlaßgläubigern gegenüber getroffen hätte. Die Billigkeit scheint vielmehr dafür zu sprechen, daß der Erbe, soweit gegen ihn nicht aus besonderem Grunde ein Schadensersatzanspruch begründet ist, den Nachlaßgläubigern gegenüber nur für die Bereicherung haftet, die ihm infolge des Wirksamwerdens der Verfügung erwachsen ist.

Duldet der Erbe wissentlich eine Zwangsvollstreckung, die entgegen von CPO. § 778 Abs. 2 wegen einer Eigenverbindlichkeit des Erben vor der Annahme der Erbschaft in den Nachlaß erfolgt ist, so wird darin regelmäßig eine pro herede gestio zu erblicken sein, so daß sich also die Haftung des Erben nach Maßgabe des unter b Gesagten bestimmt. Auch wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft und die Annahme der Erbschaft also erst hinterher stattfindet, so wird der Erbe aber doch die ihm dadurch, daß seine Eigenverbindlichkeit auf Kosten des Nachlasses befriedigt worden ist, erwachsene Bereicherung an den Nachlaß zu ersetzen haben.

b) Auch die nach Abs. 1 Satz 1 hinsichtlich der Zeit seit **der Annahme der Erbschaft** anwendbaren Vorschriften über den **Auftrag** sind nicht ausnahmslos übertragbar. Zur Anwendung ungeeignet sind abgesehen von §§ 663, 671 ff. jedenfalls § 664 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, §§ 665, 669. Anwendbar sind dagegen insbesondere § 664 Abs. 1 Satz 2, 3 und die §§ 666—668, letztere mit der Maßgabe, daß die Verpflichtungen des Beauftragten für den Erben erst mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses eintreten (vgl. M. V S. 627). Wegen der Anwendung des § 674 vgl. Erl. zu § 1984 Nr. 1 a. E. Der Erbe ist hiernach den Gläubigern zur Auskunft und zur Rechenschaft und demgemäß nach §§ 259, 260 zur Rechnungslegung und Erteilung von Belegen, zur Vorlegung eines Nachlaßverzeichnisses und eventuell zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet. Er hat ferner die Erbschaft mit allen vorhandenen Nutzungen herauszugeben und für die verbrauchten Ersatz zu leisten. Surrogate von Erbschaftsgegenständen sind jedenfalls insoweit herauszugeben, als sie aus dem Nachlasse heraus gewonnen sind (z. B. auch der Gewinn auf ein im Nachlasse befindliches Los), während bei rechtsgeschäftlichem Erwerbe des Erben, sei es auch mit Mitteln des Nachlasses, dessen Willensrichtung entscheidet (vgl. Eccius IV S. 555, 556).

Zum Nachlaß gehörendes Geld, das der Erbe im eigenen Interesse verwendet hat, ist von ihm unbeschadet einer weitergehenden Haftung auf Schadensersatz vom Zeitpunkte der Verwendung an (§ 668) zu verzinsen. Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 637 will diese Verzinsungspflicht mit Rücksicht darauf, daß § 668 eine Pflicht des Beauftragten, das Geld dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden, voraussetze, und daß eine Pflicht des Erben zur Herausgabe vor eingetretener pflegschaftlicher Verwaltung des Nachlasses nicht bestehe, nur dann eintreten lassen, wenn zur Zeit der im eigenen Interesse erfolgenden Verwendung des Geldes in Geld zahlbare Nachlaßverbindlichkeiten fällig und dem Erben als solche bekannt waren. Dieser Ausführung dürfte nicht beizustimmen sein. Denn die Vorschrift des § 668 greift ohne alle Rücksicht darauf, ob sich der Beauftragte bei der Verwendung des dem Auftraggeber gebührenden Geldes in einem Verschulden befindet, und ob dem Auftraggeber durch diese Verwendung ein Schaden erwachsen ist, durch, und sie trifft auch denjenigen Beauftragten, dessen Herausgabe- und

Verwendungspflicht eine nur eventuelle ist. Vgl. auch M. V S. 539, 540. Doch ist zu beachten, daß die besprochene Verzinsungspflicht des Erben praktisch insoweit entfällt, als die Heranziehung der Zinsen zur Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger nicht erforderlich ist. Bezüglich der ausgeschlossenen Gläubiger und der diesen gleichstehenden Gläubiger vgl. Erl. 3c zu § 1973.

Die Verantwortlichkeit des Erben erhält aber dadurch noch einen weitergehenden Inhalt, daß ihm eine Verwaltungspflicht in Ansehung des Nachlasses auferlegt wird. Die Verwaltung umfaßt die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über den Nachlaß. Der Erbe haftet daher zunächst für die Erhaltung des Nachlasses und zwar ebenso wegen positiver Schädigung wie wegen schuldhafter Versäumung notwendiger Erhaltungsmaßregeln, z. B. von Ausbesserungen oder der Zahlung von Versicherungsbeiträgen. Er haftet ferner für die ordnungsmäßige Nutzung des Nachlasses, ist also, soweit ihn ein Verschulden trifft, ersatzpflichtig, wenn er Nutzungen nicht zieht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte (vgl. § 987 Abs. 2).

Eine nach Abs. 1 Satz 1 zu beurteilende Verpflichtung des Erben zur Befriedigung einzelner Nachlaßgläubiger ist nur insoweit anzuerkennen, als andernfalls die betreffenden Verbindlichkeiten infolge des Verzugs anwachsen oder verschärft werden würden und entweder der Nachlaß zur Tilgung aller Verbindlichkeiten offenbar ausreicht oder es sich um solche Verbindlichkeiten handelt, die im Nachlaßkonkurse Masseschulden sein würden. Die Befugnis des Erben, Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen, bemißt sich nach § 1979. Zu beachten ist, daß der Erbe unter den in den §§ 2014, 2015 bestimmten Voraussetzungen gegenüber den ihre Befriedigung verlangenden Nachlaßgläubigern zur Geltendmachung der sogenannten „aufschiebenden Einreden" und gegenüber seinen eigenen Gläubigern, dafern diese die Zwangsvollstreckung in Nachlaßgegenstände betreiben, zur Durchsetzung der in CPO. § 783 bestimmten Beschränkung der Zwangsvollstreckung befugt ist. Soweit es zur Wahrung des Interesses der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger erforderlich ist, ist der Erbe ihr gegenüber zur Geltendmachung der bezeichneten Rechtsbehelfe auch verpflichtet.

Daß der Erbe (abweichend vom E. I § 2112 Satz 4) wegen der Ausschlagung einer zum Nachlasse gehörenden Erbschaft oder eines dazu gehörenden Vermächtnisses (§ 1952 Abs. 1, § 2180 Abs. 3) den Nachlaßgläubigern nicht verantwortlich ist, ergibt sich aus KO. § 9 (vgl. Erl. 6 zu § 1952).

Der Maßstab für die vom Erben anzuwendende Sorgfalt ist der objektive (§ 276). Der Erbe haftet nicht etwa nur für diligentia quam suis.

3. Bei Vorhandensein eines nach den §§ 1960, 1961 bestellten **Nachlaßpflegers** wird die bereits in Vorbm. III 5 zu §§ 1942 ff. S. 45, 46 behandelte Frage und die bezüglich ihrer zwischen dem Herausgeber und dem Bearbeiter bestehende Meinungsverschiedenheit praktisch. Der Herausgeber lehnt in Konsequenz seines a. a. O. bezeichneten Standpunktes die Annahme einer unmittelbaren Haftung des Nachlaßpflegers gegenüber den Nachlaßgläubigern ungeachtet der Bemerkung der P. II Bd. 5 S. 669 ab. Es wurde damals der Redaktionskommission überlassen, zu prüfen, ob die von der Mehrheit der Kommission vertretene gegenteilige Meinung im Gesetze besonders zum Ausdruck gebracht werden solle. Daraus, daß dieser Anregung keine Folge gegeben und nur in Ansehung des Nachlaßverwalters besonderes bestimmt worden ist (§ 1985 Abs. 2 Satz 1), glaubt der H. schließen zu dürfen, daß die Kommission ihre vorerwähnte Auffassung später selbst aufgegeben habe. Auch der Umstand, daß die Bestimmung des § 1958 dem Nachlaßpfleger gegenüber keine Anwendung findet, vermag nach der Ansicht des Herausgebers an der prinzipiellen Beurteilung des Sachverhalts nichts zu ändern. Danach ist der Nachlaßpfleger gesetzlicher Vertreter des definitiven Erben. Solange dieser die Erbschaft nicht angenommen hat, wird er somit insbesondere auch den Nachlaßgläubigern gegenüber in der Erfüllung der ihm nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag obliegenden Verpflichtungen vom Nachlaßpfleger vertreten. Diese Verpflichtungen nehmen zwar im Falle der Nachlaßpflegschaft eine besondere Gestalt an, aber das Prinzip, zufolgedessen der Erbe für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters wie für sein eigenes Verschulden und somit unbeschränkt haftet (§ 278), eine unmittelbare Haftung des Nachlaßpflegers gegenüber den Nachlaßgläubigern dagegen nicht eintritt, bleibt dasselbe.

Nach der Auffassung des Bearbeiters ist aus den oben S. 46 entwickelten Gründen anzunehmen, daß der Nachlaßpfleger wegen seines Gebarens nicht nur dem Erben, sondern auch unmittelbar den Nachlaßgläubigern haftet und daß deren Ansprüche nach Analogie des § 1978 Abs. 2 als zum Nachlaß gehörend zu behandeln sind. Dabei ist nach der Ansicht des

Bearbeiters insbesondere zu beachten, daß den (in aller Regel vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben bestellten) Nachlaßpfleger Verpflichtungen gegenüber den Nachlaßgläubigern treffen, die den Erben, welcher noch nicht angenommen hat und dessen Berufung zur Zeit vielleicht sogar noch das Vorhandensein eines erst später ausschlagenden Vorberufenen entgegensteht, persönlich noch nicht treffen konnten. Denn während die gerichtliche Geltendmachung von gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüchen gegenüber der Person des Erben solange ausgeschlossen ist, als dieser die Erbschaft noch nicht angenommen hat, steht dieser Umstand der Verfolgung der bezeichneten Ansprüche gegen den Nachlaßpfleger nicht entgegen (§ 1960 Abs. 3). Der Nachlaßpfleger kann sich daher auch insbesondere dadurch verantwortlich machen, daß er die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden (vgl. dazu § 2017) versäumt und zum Nachteil der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger die Befriedigung einzelner Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß im Wege der Zwangsvollstreckung zuläßt (vgl. übrigens auch § 1980).

Hat neben dem Nachlaßpfleger auch der Erbe erbschaftliche Geschäfte geführt, so trifft ihn in Ansehung dieser die volle Verantwortlichkeit nach § 1978 Abs. 1.

Hinsichtlich der Zeit nach der Anordnung der **Nachlaßverwaltung** oder der Eröffnung des **Nachlaßkonkurses** ist der Erbe zu erbschaftlichen Geschäften weder berechtigt noch verpflichtet und kann ihn eine Haftung nach § 1978 Abs. 1 grundsätzlich nicht mehr treffen. In betreff der den Nachlaßgläubigern gegenüber eintretenden Verantwortlichkeit des Nachlaßverwalters vgl. § 1985 Abs. 2. Über den Fall, wo der überschuldete Nachlaß der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt, vgl. Erl. zu § 2219 und über den Fall des Erbenkonkurses, wo zur Masse eine überschuldete Erbschaft gehört, vgl. Jaeger KO. Erl. 8 zu § 9.

4. Die den Nachlaßgläubigern nach Abs. 1 zustehenden Ansprüche sind von dem Nachlaßverwalter oder dem Konkursverwalter gegen den Erben geltend zu machen. Sie sind nach Abs. 2 als Bestandteil des Nachlasses anzusehen, was namentlich für die Frage von Bedeutung ist, ob genügende Masse vorhanden (§§ 1982, 1988, 1990, KO. §§ 107, 204). Vgl. die verwandten Vorschriften im § 2144 Abs. 1 Halbs. 2 und im § 2383 Abs. 1 Satz 3.

5. Die im Abs. 3 wegen des Ersatzanspruchs des Erben für **Aufwendungen** in Bezug genommenen Vorschriften finden sich für die Zeit nach der Annahme der Erbschaft (Auftragsverhältnis) im § 670 und für die Zeit vor der Annahme (Geschäftsführung ohne Auftrag) in den §§ 683, 684. Hiernach kann der Erbe Ersatz derjenigen Aufwendungen beanspruchen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Nur hinsichtlich der in der Zeit vor der Annahme besorgten Geschäfte ist sein Anspruch nach § 684 beschränkter, wenn die Übernahme der Geschäftsführung, d. h. die Inangriffnahme der besorgten Geschäfte, nicht dem Interesse der Gläubiger entsprach. In diesem Falle kann er nur Herausgabe dessen beanspruchen, um was der Nachlaß bereichert ist. Die Vorschrift des § 685 Abs. 1 ist in der Weise anzuwenden, daß dem Erben ein Ersatzanspruch nicht zusteht, wenn er Aufwendungen, die dem Nachlasse zur Last fallen, aus seinem Vermögen bestreiten wollte, was z. B. bei der Verauslagung der Beerdigungskosten oder der Setzung eines Grabsteins für den Erblasser denkbar ist.

Wegen der Verzinsung des dem Erben zu ersetzenden Betrags s. § 256, wegen der Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten § 257. Letztere Vorschrift ist hier von erheblicher praktischer Bedeutung, da der Erbe für die Verbindlichkeiten, die er für Rechnung des Nachlasses eingeht, namentlich auch für Prozeßkosten, dem Dritten gegenüber persönlich haftbar wird. Vgl. Erl. 6 zu § 1967. Soweit die Aufwendung in der Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit besteht, greift § 1979 ein.

Ein **Zurückbehaltungsrecht** wegen seiner auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen ist dem Erben im Falle des Nachlaßkonkurses durch § 223 KO. ausdrücklich versagt. Dafür wird aber sein Ersatzanspruch als Masseschuld behandelt. Allein auch im Falle der Nachlaßverwaltung muß, obschon eine dies besonders aussprechende Bestimmung fehlt, dem Erben ein auf § 273 Abs. 2 BGB. sich stützendes und dem Nachlaßverwalter gegenüber wirksames Zurückbehaltungsrecht **abgesprochen werden.** Denn es würde mit dem praktischen Zwecke der Nachlaßverwaltung im Widerspruch stehen, wenn dem Erben ein Recht zuerkannt würde, durch dessen Ausübung dem Nachlaßverwalter die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben wesentlich erschwert, ja unter Umständen sogar unmöglich gemacht würde. Vgl. auch Strohal II § 78 Anm. 16; Jaeger, Erbenhaftung S. 85 und KO. Anm. 4 zu § 223; Endemann III § 92 Anm. 29; Liebe, Sächs. Arch. Bd. 11 S. 550. Anders noch die früheren Aufl. dieses Werkes und Herzfelder, der sich wenigstens S. 172 für ein Zurückbehaltungsrecht des Erben gegenüber dem Nachlaßverwalter, S. 185 aber freilich wieder dagegen ausspricht.

§. 1979. Die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit durch den Erben müssen die Nachlaßgläubiger als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche.

Eine Vergütung hat der Erbe für die Verwaltung des Nachlasses nicht zu beanspruchen, selbst wenn nach der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten für ihn nichts übrig bleiben sollte (§ 662).

6. Die Haftung des Erben nach § 1978, die eine notwendige Ergänzung der Haftung cum viribus hereditatis bildet, tritt nach § 2013 nicht ein, wenn der Erbe allgemein unbeschränkt haftet. Sie besteht auch nicht gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen oder den gleichstehenden Gläubigern (s. Erl. 3c zu § 1973).

7. Über die rechtliche Beurteilung der von dem später für erbunwürdig erklärten Erben geführten Verwaltung der Erbschaft vgl. Erl. zu § 2344.

§ 1979.

E. II § 1854 Abs. 1 verb. § 1956; III § 1954. P. II Bd. 5 S. 765 f. D. S. 723.

Binder II S. 138 ff.

Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten durch den Erben vor der amtlichen Nachlaßabsonderung.

1. Nach dem E. I konnte der Erbe, wenn der Nachlaß überschuldet war, in keinem Falle eine Nachlaßverbindlichkeit mit der Wirkung voll auszahlen, daß die Zahlung als für Rechnung des Nachlasses erfolgt angesehen wurde. Er sollte vielmehr nach § 2115 Abs. 2 im Nachlaßkonkurs an die Stelle des befriedigten Gläubigers treten und nach § 2133 Abs. 2 den ihm hiernach gebührenden Betrag auch bei der Geltendmachung der Abzugseinrede gegenüber einem einzelnen Nachlaßgläubiger für sich in Rechnung stellen dürfen. Die zweite Kommission hat diese Regelung nicht (wie die M. V S. 633) für ausreichend erachtet, „um den Erben gegen Härten und Unbilligkeiten zu schützen". Sie erblickte vielmehr in der Beschränkung des Erben auf die Konkursdividende eine Unbilligkeit für den Fall, daß die Unzulänglichkeit des Nachlasses erst nach der Befriedigung des Gläubigers infolge der Vernichtung oder Wertminderung von Nachlaßgegenständen ꝛc. eingetreten oder auch nur dem Erben ohne sein Verschulden nicht bekannt gewesen sei (vgl. Zfstlg. Bd. V S. 188, 189).

Auf diesen Erwägungen beruht die Vorschrift des § 1979. Die Nachlaßgläubiger müssen die vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses durch den Erben bewirkte Befriedigung einer Nachlaßverbindlichkeit als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen (vgl. die Einleitung Bd. I S. 29), wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller (vgl. aber doch auch § 1980 Abs. 1 Satz 2) Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche. Hat der Erbe die Zahlung aus Mitteln des Nachlasses geleistet, so darf er den vollen Betrag als Ausgabe in Rechnung stellen; hat er eigene Mittel aufgewendet, so kann er vollen Ersatz beanspruchen, er ist im Falle des Nachlaßkonkurses Massegläubiger (KO. § 224 Nr. 1). Ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 2) steht ihm jedoch weder im Nachlaßkonkurse (§ 223 KO.) noch im Falle der Nachlaßverwaltung zu (vgl. Erl. 5 zu § 1978).

Ob der befriedigte Gläubiger im Nachlaßkonkurs ein Vorrecht hatte, oder ob ihm andere Gläubiger gleichstanden oder vorgingen, ist ohne Bedeutung. Den Beweis für das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzung, an welche die Rechtsfolge des § 1979 geknüpft ist, hat der Erbe zu führen.

Die für das preuß. Recht bestrittene Frage, ob der Erbe den Nominalbetrag einer Forderung ersetzt verlangen kann, wenn er den Gläubiger aus eigenen Mitteln mit einem geringeren Betrag abgefunden hat (vgl. Dernburg III § 224 Anm. 16; Eccius IV § 270 Anm. 58), ist für den Fall des § 1979 des BGB., welches keinen dem ALR. I 16 § 46 entsprechenden allgemeinen Rechtssatz kennt, und mit Rücksicht darauf, daß die vom Erben vorgenommene Berichtigung nach § 1979 als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten soll, zweifellos zu verneinen, für den wesentlich anders gearteten Fall von KO. § 225 Abs. 2 (vgl. dazu Erl. 5), wo die Berichtigung nicht als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt, dagegen zu bejahen (so auch Jaeger KO. Anm. 7 zu § 225).

2. Der § 1979 enthält hinsichtlich der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten eine Modifikation des § 1978 Abs. 3. Nach dem gemäß letzterer Vorschrift anwendbaren § 670 würde der Erbe Ersatz für die zum Zwecke der Schuldentilgung gemachten Aufwendungen verlangen können, wenn er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Es kann zweifelhaft sein, ob der Verwalter eines Vermögens die Berichtigung einer fälligen Verbindlichkeit, deren Erfüllung aus dem Vermögen verlangt werden kann, nicht immer für erforderlich halten darf. Bejaht man diese Frage im allgemeinen, so entsteht doch für den vorliegenden Fall daraus ein Zweifel, daß der Erbe nach § 1978 Abs. 1 behandelt wird, wie wenn er die Verwaltung im Auftrage der Gläubiger führte. Hieraus kann gefolgert werden, daß der Erbe besondere Umstände nachweisen müßte, infolge deren er annehmen durfte, daß die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers im Interesse seiner fingierten Auftraggeber erforderlich sei. Um diese Zweifel abzuschneiden, bestimmt § 1979, daß die Befriedigung eines Gläubigers stets, aber auch nur dann, als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt (der Erbe also, falls die Berichtigung aus seinem Vermögen erfolgt ist, einen Ersatzanspruch hat), wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche. Ferner gilt § 1979 auch für die vor der Annahme der Erbschaft erfolgte Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten, für die der Erbe nach § 1978 Abs. 3, § 683 jedenfalls dann keinen Ersatz würde beanspruchen können, wenn seine Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten überhaupt nicht dem Interesse der gesamten Nachlaßgläubiger entspricht.

3. Ob der Erbe zu der im § 1979 bezeichneten Annahme befugt war, ist im allgemeinen Tatfrage (vgl. die Ausführung in der Erl. 1). Aus § 1880 Abs. 2 ergibt sich aber, daß die Unterlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger unter der dort bezeichneten näheren Voraussetzung als Fahrlässigkeit anzusehen ist. Auch die Versäumung der Inventarisierung des Nachlasses wird als ein die Anwendung des § 1979 ausschließendes Verschulden gelten müssen, wenn sie zur Folge hatte, daß der Erbe über Bestand und Wert des Nachlasses eine irrige Vorstellung hatte oder im Unklaren war. Anderer Meinung anscheinend Wendt, Haftung S. 404.

4. Der § 1979 gilt auch, wenn die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit auf Grund eines rechtskräftigen Urteils erfolgt. Denn die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Nachlaßgläubigers ist im § 1979, abweichend von § 1973 Abs. 2, § 1989, § 1991 Abs. 3, nicht der Befriedigung gleichgestellt (D. S. 724). Der Erbe darf also, wenn nach dem Eintritte der Rechtskraft die Zulänglichkeit des Nachlasses zweifelhaft wird, dem Urteile nicht entsprechen und es auch nicht zur Zwangsvollstreckung kommen lassen (so auch Hachenburg S. 679, 680). Er muß vielmehr die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen (vgl. § 1980), mit welchem die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nach KO. § 14 unzulässig und eine etwa schon erfolgte Vollstreckungsmaßregel nach KO. § 221 unschädlich wird. Solange das Urteil noch nicht rechtskräftig, aber vorläufig vollstreckbar ist, muß der Erbe, wenn er den Antrag auf Konkurseröffnung wegen der Zweifelhaftigkeit der Überschuldung des Nachlasses noch nicht stellen will, der Zwangsvollstreckung mit den in der CPO. §§ 719, 707 und §§ 718, 712 ihm an die Hand gegebenen Behelfen vorbeugen. Bezüglich der aufschiebenden Einreden vgl. Erl. 2b a. E. zu § 1978.

5. Trifft die Voraussetzung des § 1979 (vgl. aber auch hier § 1980 Abs. 1 Satz 2) nicht zu, so ist der Erbe für die an einen einzelnen Nachlaßgläubiger aus Mitteln des Nachlasses bewirkte Leistung der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger nach § 1980 ersatzpflichtig (unverständlich ist die gegenteilige Ausführung bei Herzfelder Erl. 3 zu § 1980) und hat er, wenn er die Leistung aus eigenen Mitteln bewirkt hat, den im § 1979 bestimmten Ersatzanspruch nicht. Dafür tritt aber der des Rechtes zur Haftungsbeschränkung noch teilhaftige Erbe im Nachlaßkonkurs nach KO. § 225 Abs. 2 auf Grund des Umstandes, daß er den Nachlaßgläubiger aus seinem Eigenvermögen befriedigt oder doch wenigstens für die aus dem Nachlaß geleistete Befriedigung aus seinem Eigenvermögen Ersatz geleistet hat, hinsichtlich der Forderung samt Nebenrechten (in betreff der Hypothek vgl. RG. Bd. 55 S. 157) an die Stelle des befriedigten Gläubigers und kann er somit dessen auf ihn übergegangene Forderung nach Maßgabe des ihr zukommenden Ranges im Nachlaßkonkurs geltend machen. Über den Fall des Abs. 3 von § 225 KO. vgl. Erl. 3 zu § 2013.

6. Auch wenn der Erbe wegen der an einen einzelnen Nachlaßgläubiger aus Mitteln des Nachlasses bewirkten Leistung nach § 1979 gesichert ist, kann doch dem Gläubiger das Geleistete unter Umständen zugunsten der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger oder auch eines einzelnen besser berechtigten Nachlaßgläubigers im Wege der Anfechtung wieder abgenommen werden. Ist

§. 1980. Beantragt der Erbe nicht unverzüglich, nachdem er von der Ueberschuldung des Nachlasses Kenntniß erlangt hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, so ist er den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses bleiben die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen außer Betracht.

Der Kenntniß der Ueberschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntniß gleich. Als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt, obwohl er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen; das Aufgebot ist nicht erforderlich, wenn die Kosten des Verfahrens dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnißmäßig groß sind.

---

der Nachlaßkonkurs eröffnet, so ist die Anfechtung zunächst nach den allgemeinen Vorschriften der KO. § 30 zulässig. Handelt es sich aber um die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen, so besteht nach KO. § 222 ein erweitertes Anfechtungsrecht. Die Leistung ist in diesem Falle anfechtbar wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben, also gemäß KO. § 32 Nr. 1 mit Erstreckung auf ein volles Jahr vor der Konkurseröffnung, aber mit der Beschränkung aus § 37 Abs. 2, wonach der gutgläubige Empfänger nur auf die Bereicherung haftet. Ein dem § 222 der KO. entsprechendes Anfechtungsrecht besteht auch außerhalb des Nachlaßkonkurses. Denn nach § 3a des AnfGes. v. 21. Juli 1879 (in der Fassung der Bekanntmachung v. 20. Mai 1898) kann die seitens des Erben mit Nachlaßmitteln bewirkte Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen, Vermächtnissen und Auflagen von einem Nachlaßgläubiger gleich einer unentgeltlichen Verfügung des Erben (vgl. § 3 Nr. 3, § 4, § 7 Abs. 2 des Gesetzes) angefochten werden, wenn der Gläubiger im Konkursverfahren über den Nachlaß dem Empfänger der Leistung im Range vorgehen oder gleichstehen würde. Übrigens besteht das Anfechtungsrecht gegenüber dem befriedigten Gläubiger nach KO. §§ 30, 222 und AnfGes. § 3a auch neben der Haftung des Erben nach BGB. § 1979, was für die Nachlaßgläubiger namentlich bei Zahlungsunfähigkeit des Erben von Bedeutung ist. Im Falle der Nachlaßverwaltung ist übrigens der Nachlaßverwalter als solcher (wegen Mangels der unentbehrlichen gesetzlichen Grundlage) zur Geltendmachung des im § 3a AnfGes. bestimmten Anfechtungsrechtes nicht legitimiert (vgl. Jaeger, Gläubigeranfechtung Anm. 10 zu § 3a).

7. Der § 1979 findet nach § 2013 keine Anwendung, wenn der Erbe allgemein unbeschränkt haftet. Das gleiche gilt nach KO. § 225 Abs. 2 für das dort bestimmte Eintrittsrecht des Erben an die Stelle des befriedigten Gläubigers (vgl. oben Erl. 5).

§ 1980.

E. II § 1854 Abs. 2, 3 rev. § 1957; III § 1955. P. II Bd. 5 S. 765 f. D. S. 723.

Binder II S. 138 ff.

1. Durch § 1980 wird dem Erben zur Pflicht gemacht, bei Vermeidung der Haftung auf Schadensersatz den Antrag auf **Eröffnung des Nachlaßkonkurses** zu stellen, sobald er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt oder sie auch nur kennen muß.

Hinsichtlich der **Voraussetzungen** der Haftung des Erben ist zu bemerken:

a) Die Überschuldung ist eine Vermögenslage, deren Vorhandensein sich erst aus mehreren Tatsachen durch eine Denkoperation, nämlich durch eine Vergleichung der vorhandenen Aktiven mit den bekannten Passiven des Nachlasses gewinnen läßt. Es kann aber nicht darauf ankommen, wann dem Erben das Vorliegen der Überschuldung zum Bewußtsein kommt, sondern nur darauf, wann er die Tatsache erfährt, die in Verbindung mit anderen ihm schon bekannten Tatsachen ihn zu der Überzeugung bringen muß, daß der Nachlaß überschuldet ist.

b) Bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses sollen nach Abs. 1 Satz 2 die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen außer Betracht bleiben. Dies hängt damit zusammen, daß der Erbe im Falle einer auf Vermächtnissen oder Auflagen beruhenden Überschuldung des Nachlasses den Vermächtnisnehmern und Auflageempfangsberechtigten gegenüber grundsätzlich zur Selbstliquidierung des Nachlasses berechtigt ist, und daß somit ihnen gegenüber die amtliche Nachlaßabsonderung nicht eine Voraussetzung zur Verwirklichung der beschränkten Haftung bildet. Vgl. auch § 1992 und KO. § 219 Abs. 1 Satz 2.

c) Der Erbe haftet wegen der Unterlassung des Antrags auch dann, wenn er die Überschuldung zwar nicht kannte, seine Unkenntnis aber auf Fahrlässigkeit beruhte (vgl. § 276 Abs. 1 Satz 2). Nicht jeder Zweifel an der Zulänglichkeit des Nachlasses macht den Erben haftbar; wenn aber der Zweifel oder der Grund zum Zweifel so erheblich war, daß er den Erben bei gewissenhafter Erwägung zu einer näheren Prüfung veranlassen mußte, und diese unterblieb, so tritt die Ersatzpflicht ein.

Als ein Mittel für den Erben, sich Klarheit zu verschaffen, ist im Abs. 2 Satz 2 das Aufgebot der Nachlaßgläubiger hervorgehoben. Entsprechend dem eben entwickelten Gedanken wird die Beantragung des Aufgebots dem Erben nicht schlechthin zur Pflicht gemacht, sondern nur wenn er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen, und selbst in diesem Falle wird ihm gestattet, von dem Aufgebot abzusehen, wenn dessen Kosten dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismäßig groß sein würden (vgl. § 1965 Abs. 1 Satz 2). Der Beweis für letztgedachte Tatsache ist zutreffendenfalls von dem Erben zu erbringen, während die Darlegung und Nachweisung der Gründe, die das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten vermuten ließen, dem Gegner obliegt. Dabei können übrigens nur solche Verbindlichkeiten in Betracht kommen, welche möglicherweise die Überschuldung herbeizuführen geeignet sind, nicht also Verbindlichkeiten von so geringem Betrage, daß sie im Vergleiche mit den Aktiven des Nachlasses für die Frage der Überschuldung ohne Bedeutung sind. In der zur Vorberatung der Vorschriften über das Inventarrecht von der zweiten Kommission eingesetzten Subkommission (vgl. deren Protokolle S. 93) ist als eine Voraussetzung der Haftpflicht des Erben bezeichnet worden, daß die unbekannte Nachlaßverbindlichkeit durch das Aufgebotsverfahren bekannt geworden sein würde; anderenfalls fehle der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Erben und dem eingetretenen Schaden. Dieser Gedanke hat im Gesetz insofern Ausdruck gefunden, als nach Abs. 2 Satz 1 die Unkenntnis des Erben auf seiner Fahrlässigkeit beruhen muß. Man wird aber doch die Beweislast so verteilen müssen, daß nicht dem Kläger der Nachweis dafür aufgebürdet wird, daß der unbekannte Gläubiger sich im Aufgebotsverfahren gemeldet haben würde, vielmehr nur dem beklagten Erben die Darlegung von Gründen gestattet ist, welche die entgegengesetzte Annahme rechtfertigen. Dies erscheint um so mehr begründet, als doch für die Anwendung des Abs. 2 vorausgesetzt wird, daß die unbekannte Nachlaßschuld später, wenn auch auf anderem Wege, bekannt geworden ist.

Das Aufgebot ist aber für den Erben nicht das einzige Mittel, dessen Benutzung durch die Sachlage geboten sein und dessen Versäumung daher die Ersatzpflicht begründen kann. Auch die Unterlassung der Inventarisierung des Nachlasses und der Abschätzung einzelner Gegenstände durch Sachverständige kann sich als Verschulden darstellen (vgl. Erl. 3 zu § 1979 und Wendt, Haftung S. 396). Wenn die Kosten des gerichtlichen Aufgebotsverfahrens zu hoch sind, so kann doch eine vom Erben ausgehende Aufforderung der Nachlaßgläubiger (vgl. § 2061) in geeigneten Blättern am Platze sein.

2. Ihrem Inhalte nach geht die Verpflichtung des Erben dahin, unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, braucht er sich um den Nachlaß nicht zu bekümmern (vgl. Erl. 3 zu § 1959); von einem schuldhaften Zögern kann daher, auch wenn ihm die Überschuldung schon vorher bekannt geworden ist, erst von der Annahme ab die Rede sein. Abweichend Herzfelder S. 176 Erl. 2, wo aber unberücksichtigt bleibt, daß die Nachlaßgläubiger ihre Forderungen gegenüber einem Erben, der noch nicht angenommen hat, nicht gerichtlich geltend machen können (§ 1958). Befriedigt freilich der Erbe vor der Annahme in Kenntnis der Überschuldung oder in fahrlässiger Nichtkenntnis derselben einzelne Nachlaßgläubiger aus Nachlaßmitteln, oder verschleudert er Nachlaßgegenstände, so wird er den Nachlaßgläubigern aus diesem Grunde nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1978 Abs. 1 Satz 2) haftbar. Andererseits tritt die im § 1980 bestimmte Verpflichtung des Erben, obschon er die Erbschaft bereits angenommen hat, nicht ein, wenn ihm die Überschuldung erst nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung bekannt wird bzw. bekannt werden mußte; denn mit dieser Maßnahme wird der Erbe von der Sorge für den Nachlaß entlastet und beginnt die entsprechende Verpflichtung des Nachlaßverwalters (§ 1985 Abs. 2).

Zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses bleibt aber der Erbe auch nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung noch berechtigt (vgl. KO. § 217 Abs. 3, aus dem sich ergibt, daß das Antragsrecht des Erben nicht dadurch bedingt ist, daß ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht; vgl. auch Jaeger KO. Anm. 11 zu § 217, Herzfelder S. 177). Verschweigt

§. 1981. Die Nachlaßverwaltung ist von dem Nachlaßgericht anzuordnen, wenn der Erbe die Anordnung beantragt.

Auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ist die Nachlaßverwaltung anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. Der Antrag kann nicht mehr gestellt werden, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind.

Die Vorschriften des §. 1785 finden keine Anwendung.

---

der Erbe nach erfolgter Anordnung der Nachlaßverwaltung die ihm bekannt gewordene Überschuldung des Nachlasses, so kann ihn, obschon ihm eine Haftung nach § 1980 nicht mehr aufgebürdet werden kann (anders Herzfelder S. 176 unten), doch eine Haftung nach § 826 treffen.

In betreff der Verpflichtungen des nach den §§ 1960, 1961 bestellten Nachlaßpflegers vgl. Erl. 3 zu § 1978.

3. Die Folge der Versäumung des Antrags ist, daß der Erbe den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich wird. Hierbei ist freilich zu beachten, daß die Nachlaßgläubiger dadurch allein, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses unterblieben ist, einen Nachteil noch nicht erleiden können. Dieser kann sich vielmehr erst daraus ergeben, daß infolge der Unterlassung des Antrags auf Konkurseröffnung weitere Umstände eingetreten sind, deren nachteilige Wirkung auf den Nachlaß im Falle rechtzeitiger Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung ausgeschlossen gewesen wäre. Ein solcher Umstand kann aber z. B. darin bestehen, daß einzelne Nachlaßgläubiger im Wege der von ihnen geführten Zwangsvollstreckung auf Kosten der übrigen Nachlaßgläubiger zur vollen Befriedigung aus dem Nachlaß gelangt sind (vgl. auch Erl. 4 u. 5 zu § 1979), oder in der Verursachung von nutzlosen Prozeß- und Vollstreckungskosten, in Verfügungen und Maßnahmen, die mit Rücksicht auf die vorhandene Überschuldung nicht hätten getroffen werden sollen. Der Schadensersatz ist gemäß § 251 durch Entschädigung in Geld zu leisten, da die Herstellung des früheren Zustandes (§ 249) in der Regel ausgeschlossen sein wird.

Miterben haften, wenn keiner von ihnen rechtzeitig den Antrag auf Konkurseröffnung stellt oder durch die Nichtbeteiligung einzelner das Verfahren verzögert wird (vgl. KO. § 217 Abs. 2), soweit ihnen ein Verschulden zur Last fällt, für den entstehenden Schaden als Gesamtschuldner (§§ 421 ff.). Dies folgt aus § 840 Abs. 1 i. V. m. § 823 Abs. 2; vgl. die von der Haftung mehrerer Vorstandsmitglieder, Liquidatoren, Vormünder und Testamentsvollstrecker handelnden Vorschriften des § 42 Abs. 2, § 53, § 1833 Abs. 2, § 2219 Abs. 2. Die Vorschriften der §§ 2059 ff. finden jedoch auf diese Gesamthaftung der Miterben keine Anwendung.

Der Schadensersatzanspruch der Gläubiger aus § 1980 gehört zur Konkursmasse (vgl. KO. § 228 Abs. 2). Die Geltendmachung des Anspruchs erfolgt durch den Konkursverwalter. Wegen der Frage, ob im Falle des § 1990 auch ein einzelner Nachlaßgläubiger befugt ist, Ansprüche aus § 1980 gegen den Erben geltend zu machen, vgl. Erl. 1a (Abs. 2) zu § 1991.

§ 1981.

E. II § 1855 rev. § 1958; III § 1956. M. II Bd. 5 S. 810 f., 872. P. S. 723.

Liebe, Stellung und Befugnisse des Nachlaßverwalters im Sächs. Arch. Bd. 11 S. 544 ff., Binder II S. 189 ff.

1. Der § 1981 bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen die als **Nachlaßverwaltung** bezeichnete Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger eintritt. Sie ist im Gegensatze zu der Sicherungspflegschaft des § 1960 nur auf Antrag (vom Nachlaßgericht) anzuordnen. Das **Antragsrecht** steht nach Abs. 1 **ohne weiteres dem Erben** und nach Abs. 2 in gewissen Fällen auch **einem Nachlaßgläubiger** zu.

2. Zum Abs. 1 ist zu bemerken:

a) Der **Erbe** hat nach § 2013 das Antragsrecht nicht, wenn er den Nachlaßgläubigern überhaupt gegenüber unbeschränkt haftet. Hierin liegt eine Verschiedenheit zwischen der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurse (s. KO. §§ 216 Abs. 1, 217 Abs. 1). Eine Verpflichtung des Nachlaßgerichts zu prüfen, ob dem Erben das Recht auf Beschränkung seiner Haftung noch zusteht, wird im allgemeinen nicht anzunehmen sein. Wenn jedoch das Gericht

dem Erben eine Inventarfrist gesetzt hat und diese verstrichen ist, muß es den Nachweis der rechtzeitigen Inventarerrichtung oder der Hinderungsgründe (§ 1996) verlangen. Wird die Nachlaßverwaltung vom Gericht in Unkenntnis des bereits eingetretenen Verlustes der beschränkten Haftung angeordnet, so kann sich der Erbe nicht auf die Anordnung berufen, während die Wirkungen der Nachlaßverwaltung eintreten, soweit diese zum Schutze der Nachlaßgläubiger bestimmt ist. Der Erbe kann übrigens in dem vorausgesetzten Falle die Wiederaufhebung der Nachlaßverwaltung verlangen, sofern diese nicht etwa zugleich auf Antrag eines Gläubigers angeordnet ist.

Ist eine Ehefrau die Erbin und liegen hinsichtlich der Erbschaft die Voraussetzungen des § 2008 vor, so ist zur Stellung des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung auch der Ehemann legitimiert (vgl. auch KO. § 218 Abs. 1 und dazu Bd. IV dieses Werkes S. 186). Die Frau bedarf zur Stellung des Antrags nicht der Zustimmung des Ehemanns.

b) **Miterben** können nach § 2062 die Anordnung der Nachlaßverwaltung nur gemeinschaftlich und nur so lange beantragen, als der Nachlaß noch nicht geteilt ist.

c) Hat der Erbe die Erbschaft verkauft, so steht das Antragsrecht an seiner Stelle dem Käufer zu (§§ 2382, 2383). Mit Rücksicht darauf jedoch, daß die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten fortdauert (§ 2382 Abs. 1 Satz 1) und dem Erben ein Mittel an die Hand gegeben sein muß, auch außer dem Falle der Überschuldung des Nachlasses (KO. § 232 Abs. 2) die beschränkte Haftung geltend zu machen, muß dem Erben nach dem Abschlusse des Kaufes das Recht, die Nachlaßverwaltung zu beantragen, in entsprechender Weise zugestanden werden, wie ihm in dem gleichen Falle nach KO. § 232 Abs. 2 der Antrag auf Konkurseröffnung zusteht, d. h. in derselben Weise wie einem Nachlaßgläubiger. Hiernach hat der Erbe das Antragsrecht unter den im § 1981 Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen, und zwar wegen einer Nachlaßverbindlichkeit, die im Verhältnisse zwischen ihm und dem Käufer diesem zur Last fällt, ohne Rücksicht auf beschränkte oder unbeschränkte Haftung, wegen einer anderen Nachlaßverbindlichkeit aber, sofern er nicht unbeschränkt haftet. Die Richtigkeit dieser Sätze ist von der zweiten Kommission anerkannt worden, die von der Aufnahme entsprechender Vorschriften nur deshalb abgesehen hat, weil es bei der geringen praktischen Bedeutung des Falles genüge, daß jene Sätze im Wege der Analogie aus der Vorschrift der KO. § 232 Abs. 2 gewonnen werden können (P. II Bd. 5 S. 826; D. z. KO. S. 51).

Das Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers schließt den Antrag des Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht aus (vgl. auch Entsch. in Lobes CBl. 2 S. 485); genaueres hierüber in Vorbm. zu §§ 2197 ff.

3. Unter Umständen steht das Antragsrecht auch einem einzelnen **Nachlaßgläubiger** zu:

a) **Wesentliche Voraussetzung** für die Zulassung eines solchen Antrags ist, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlaß, oder wenn außer dem beantragenden Gläubiger ein anderer nicht vorhanden ist (vgl. Rspr. 6 S. 312), die Befriedigung dieses Gläubigers aus dem Nachlaß durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben (über den Fall, daß ein verwaltender Testamentsvollstrecker vorhanden ist, vgl. Vorbm. zu §§ 2197 ff. und Strohal II § 79 bei Anm. 38 a) gefährdet wird. Eine Benachteiligungsabsicht oder überhaupt Böswilligkeit des Erben ist nicht erforderlich, ebensowenig Konkurseröffnung über das Vermögen des Erben. Verschuldung und unwirtschaftliches Umgehen des Erben mit seinem eigenen Vermögen kann ebenso wie leichtsinnige Verschleuderung des Nachlasses oder voreilige Bezahlung einzelner Nachlaßverbindlichkeiten den Antrag rechtfertigen. Daß der Erbe unbeschränkt haftet, steht der Anordnung der Nachlaßverwaltung auf Antrag eines Gläubigers nicht entgegen (vgl. § 2013 Abs. 1 Satz 1). An der fortdauernden persönlichen Haftung des Erben wird in diesem Falle durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung nichts geändert. Kommt es nachträglich zum Konkurs über das Vermögen des Erben, so können sich die Nachlaßgläubiger gemäß KO. § 234 am Konkursverfahren nach Maßgabe des § 64 der KO. beteiligen.

b) Der Antrag kann von einem Nachlaßgläubiger nicht mehr gestellt werden, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind (Abs. 2 Satz 2). Eine solche zeitliche Beschränkung ist durch die Rücksicht auf die Lage des Erben und den Schutz seiner Gläubiger geboten und entspricht dem geltenden Rechte, in welchem durchgängig das Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger an die Geltendmachung binnen bestimmter Zeit gebunden ist (im gem. Rechte fünf Jahre seit dem Antritte der Erbschaft, vgl. preuß. ALR. I 16 § 508, sächs. GB. § 2342, code civ. art. 880). Der Zeitschranke des § 1981 Abs. 2 Satz 2 entspricht bei dem

Nachlaßkonkurse die in der KO. § 220 für den Antrag eines Nachlaßgläubigers auf Eröffnung des Verfahrens bestimmte gleichfalls zweijährige Frist.

c) Über die Frage, ob ein im Aufgebotsverfahren ausgeschlossener Gläubiger die Nachlaßverwaltung beantragen kann, vgl. Erl. 8 zu § 1973.

d) Hinsichtlich der formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Nachlaßverwaltung auf Betreiben eines Gläubigers fehlt es an gesetzlichen Vorschriften. Es ist anzunehmen, daß sowohl hinsichtlich der Forderung des Antragstellers als hinsichtlich der Gefährdung der Nachlaßgläubiger Glaubhaftmachung (FGG. § 15 Abs. 2) genügt (so auch Wendt, Haftung S. 408; Wilke, Haftung S. 15; vgl. ferner die im Recht 1901 S. 356, 1902 S. 589 mitgeteilten Entscheidungen, von denen die zweitgenannte eine vom Erben beantragte Beweiserhebung anordnet). Der tatsächliche Mangel dieser Voraussetzungen macht die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht unwirksam, was bezüglich des Nichtbestehens der Forderung schon aus der Analogie des § 1994 Abs. 2 Satz 2 zu entnehmen ist. Wegen der Anfechtung im Beschwerdewege s. u. Nr. 4 e.

4. Für Abs. 1 und Abs. 2 sind folgende Fragen von Bedeutung:

a) Ob die Nachlaßverwaltung schon vor der Annahme der Erbschaft angeordnet werden kann, ist im Gesetze nicht ausdrücklich entschieden. Aus dem Mangel einer gegenteiligen Bestimmung und aus der Analogie des § 216 Abs. 1 der KO. ist zu entnehmen, daß die Anordnung an sich zulässig ist. Indessen wird, da der Erbe vor der Annahme mit Rücksicht auf die Vorschriften des BGB. § 1958, § 1995 Abs. 2 und der CPO. § 239 Abs. 5, § 778 Abs. 1 zu seiner Sicherung der Nachlaßverwaltung nicht bedarf, in einem gleichwohl seinerseits gestellten Antrag in der Regel eine (vgl. aber doch auch § 1949 Abs. 1) stillschweigende Annahme der Erbschaft zu erblicken sein. Andererseits besteht auch für die Nachlaßgläubiger kein Bedürfnis, vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben die Anordnung der Nachlaßverwaltung herbeizuführen, weil ihren Interessen schon durch eine Sicherungspflegschaft nach §§ 1960, 1961 genügt werden kann. Nimmt der Erbe an, so besteht kein Hindernis, den bisherigen Nachlaßpfleger zum Nachlaßverwalter zu bestellen. Das Nachlaßgericht wird sich zur Anordnung der Nachlaßverwaltung auf Antrag eines Gläubigers vor der Erbschaftsannahme schon deswegen ungern entschließen, weil mit der Ausschlagung des Erben die Verwaltung aufgehoben werden muß, wenn die Voraussetzungen ihrer Anordnung in der Person des nunmehr berufenen Erben nicht zutreffen.

b) Die Bestellung des Erben selbst zum Nachlaßverwalter (vgl. Erl. 3 b zu § 1960) wird auch dann als ausgeschlossen gelten müssen, wenn der Antrag nicht von einem Gläubiger gestellt ist. Denn, abgesehen davon, daß für den Erben bei der Stellung des Antrags meist die Absicht mitbestimmend sein wird, sich der Abwickelung des Nachlasses zu entschlagen, verlangt auch das Interesse der Gläubiger, namentlich im Hinblick auf §§ 1978—1980, die Bestellung eines unbedingt unbefangenen Dritten.

c) Nach Analogie des § 79 der KO. wird anzunehmen sein, daß auch mehrere Nachlaßverwalter bestellt werden können, wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfaßt. Jedoch ist von dieser Befugnis mit Rücksicht auf die Einfachheit des Verfahrens (vgl. auch § 1775) nur ausnahmsweise Gebrauch zu machen. Jeder Nachlaßverwalter ist alsdann in seiner Geschäftsführung selbständig, was für die Haftung (vgl. § 1833 Abs. 2) von Bedeutung ist.

d) Inwiefern die Nachlaßverwaltung an einem anderen Orte als dem letzten Wohnorte des Erblassers bzw. bei einem anderen Gericht als dem an sich zuständigen Nachlaßgerichte geführt werden kann, bestimmt sich nach dem FGG. §§ 46, 75.

e) Über die Anfechtbarkeit des betreffs der Anordnung der Nachlaßverwaltung ergehenden Gerichtsbeschlusses im Beschwerdewege bestimmt das FGG. § 76. Gegen die Verfügung, durch welche dem Antrage des Erben, die Nachlaßverwaltung anzuordnen, stattgegeben wird, ist die Beschwerde unzulässig (vgl. jedoch die Erl. zu § 2062). Die Anordnung der Nachlaßverwaltung auf Antrag eines Gläubigers unterliegt der sofortigen Beschwerde, die jedoch nur dem Erben (bei Miterben jedem derselben) sowie dem verwaltungsberechtigten Testamentsvollstrecker, also nicht einem anderen Gläubiger zusteht. Mit Rücksicht auf den Lauf der Beschwerdefrist ist in diesem Falle gemäß dem FGG. § 16 Abs. 2 der Gerichtsbeschluß den zur Einlegung der Beschwerde berechtigten Personen förmlich (nach CPO. §§ 208 ff.) zuzustellen. Die sofortige Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (FGG. § 24 Abs. 1). Gegen die Ablehnung des Antrags auf Nachlaßverwaltung steht nach dem FGG. § 20 Abs. 2 in allen Fällen dem Antragsteller die (gewöhnliche) Beschwerde zu. Die Frage, ob ein einzelner Miterbe gegen den ab-

§. 1982. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung kann abgelehnt werden, wenn eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist.

§. 1983. Das Nachlaßgericht hat die Anordnung der Nachlaßverwaltung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen.

---

lehnenden Beschluß Beschwerde einlegen könne, wird mit Rücksicht auf § 2062 verneint von LG. Karlsruhe in Lobes CBl. Bd. 4 S. 32.

f) Eine Verpflichtung zur Übernahme der Nachlaßverwaltung besteht nach § 1981 Abs. 3 abweichend von den Grundsätzen des Vormundschaftsrechts (§ 1785) nicht. Für diese Vorschrift war die Erwägung maßgebend, daß die Nachlaßverwaltung jedenfalls in weit höherem Maße dem Privatinteresse des Erben und der Nachlaßgläubiger als dem öffentlichen Interesse diene und es sich daher nicht rechtfertige, ihre Übernahme zu einer Bürgerpflicht zu machen, daß andererseits sich wohl überall geeignete Personen finden würden, welche das Amt eines Nachlaßverwalters gleich dem des Konkursverwalters berufsmäßig gegen Entgelt (§ 1987) übernehmen.

§ 1982.

E. II § 1856 rev. § 1959; III § 1957. P. II Bd. 5 S. 810.

Mangel einer den Kosten entsprechenden Masse.

1. Die Vorschrift entspricht dem § 107 Abs. 1 Satz 1 der KO. Über die Aufhebung der Nachlaßverwaltung aus dem gleichen Grunde vgl. § 1988 Abs. 2. Die Geltendmachung der beschränkten Haftung wird dem Erben in diesen Fällen durch die §§ 1990, 1991 vermittelt.

2. Für die Frage, ob ausreichende Masse vorhanden (vgl. § 12 FGG. und dazu Recht 1900 S. 546), ist zu beachten, daß die Ansprüche gegen den Erben nach §§ 1978—1980 zum Nachlasse gehören. Nach KG. in Rspr. 11 S. 227 genügt zur Anwendung des § 1982 bereits, daß die Kosten einen unverhältnismäßig großen Teil der Masse in Anspruch nehmen und das Befriedigungsobjekt zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger übermäßig verringern würden.

3. Fraglich ist, ob der Antragsteller der Ablehnung seines Antrags durch das Erbieten zum Vorschusse der Kosten vorbeugen kann. In der zweiten Kommission wurde einem dahin gehenden Vorschlag entgegengehalten, daß auch die KO. (§ 99 der früheren Fassung) eine solche Bestimmung nicht enthalte, und die Frage alsdann nicht weiter verfolgt. Inzwischen hat jedoch in der KO. (§ 107) ein entsprechender Satz Aufnahme gefunden. Da die Gründe, die hierfür maßgebend waren, auch bei der Nachlaßverwaltung zutreffen, so wird sich gegen die Übertragung der Vorschrift auf letztere nichts einwenden lassen. Es läßt sich sogar, wie in der zweiten Kommission von einer Seite bemerkt wurde, sagen, daß bei Vorschießung des nötigen Geldbetrags es an einer den Kosten entsprechenden Masse überhaupt nicht fehle. Abweichend Jaeger KO. S. 596 und Binder II S. 193 Anm. 15 mit der Begründung, „weil das Bedürfnis nach der Nachlaßverwaltung nicht in gleichem Maße bestehe, wie das nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses im Falle der Überschuldung". Hierbei bleibt aber unberücksichtigt, daß die Überschuldung des Nachlasses unter Umständen nur dadurch verhindert werden kann, daß der Nachlaßverwalter zum Nachlaß gehörende Rechte geltend macht und daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung von besonderer Wichtigkeit auch im Falle des Erbenkonkurses ist, oder im Falle, daß Erbengläubiger in zum Nachlaß gehörende Gegenstände Zwangsvollstreckung führen. Vgl. auch Strohal II § 79 Anm. 11; Herzfelder S. 181; Dernburg V § 136 Anm. 7.

§ 1983.

E. II § 1857 rev. § 1960; III § 1958. P. II Bd. 5 S. 809 f.

1. Vgl. zu § 1983 die entsprechenden Vorschriften der KO. § 81 Abs. 1, § 111. Einmalige **Veröffentlichung** in einem Blatte genügt, sofern nicht nach den maßgebenden Bestimmungen (vgl. die Vorbm. zum Titel 1 unter III 2 a. E., oben S. 42) für die Bekanntmachungen des Nachlaßgerichts allgemein Einrückung in mehrere Blätter vorgeschrieben ist. Der Name des Nachlaßverwalters ist bekannt zu machen. Der Erbe braucht nicht angegeben zu werden, ebensowenig, ob die Nachlaßverwaltung auf seinen oder auf Antrag eines Gläubigers angeordnet worden ist.

2. Das BGB. und die GBO. enthalten keine ausdrückliche Vorschrift darüber, ob die Anordnung der Nachlaßverwaltung in das Grundbuch einzutragen ist. Die Frage ist zu bejahen

§. 1984. Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert der Erbe die Befugniß, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. Die Vorschriften der §§. 6, 7 der Konkursordnung finden entsprechende Anwendung. Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden.

Zwangsvollstreckungen und Arreste in den Nachlaß zu Gunsten eines Gläubigers, der nicht Nachlaßgläubiger ist, sind ausgeschlossen.

(vgl. auch Rspr. 6 S. 475). Allerdings geht das neue Grundbuchrecht von dem Grundsatz aus, daß nur solche Eintragungen zulässig sind, die auf einer besonderen gesetzlichen Vorschrift beruhen. Allein bezüglich der Nachlaßverwaltung führen zwingende innere Gründe und die Eintragungsfähigkeit ähnlicher Rechtsvorgänge zu der Annahme, daß ihre Eintragung in das Grundbuch dem Willen des Gesetzes entspricht. Ohne die Eintragung würde ein Dritter, der nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung ein Nachlaßgrundstück im guten Glauben vom Erben erwirbt, gemäß § 1984 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. KO. § 7 Abs. 1 und BGB. § 892 Abs. 1 Satz 2 Eigentümer des Grundstücks werden und in diesem Rechte auch gegenüber den Nachlaßgläubigern geschützt sein. Die Vorschriften des nach § 1984 entsprechend anwendbaren § 8 Abs. 2, 3 der KO. reichen nicht aus, weil sie der öffentlichen Bekanntmachung nur mit Bezug auf Leistungen an den Nachlaß eine besondere Wirkung beilegen, also nur den ersten Fall des § 893 des BGB. treffen, überdies auch dem Dritten die Einwendung belassen, daß ihm zur Zeit der Leistung die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht bekannt gewesen sei. Die Eintragung der Nachlaßverwaltung steht aber auch ganz damit im Einklange, daß nach GBO. § 53 eine Testamentsvollstreckung, nach KO. § 113 die Konkurseröffnung und nach ZVG. § 19 die Anordnung der Zwangsversteigerung in das Grundbuch eingetragen wird. Denn alle diese Rechtsakte haben gleich der Nachlaßverwaltung die Folge, daß der Eigentümer das Verfügungsrecht über das Grundstück verliert oder darin beschränkt wird. Hiernach ist anzunehmen, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung bei den Grundstücken, als deren Eigentümer der Erblasser bzw. der Erbe im Grundbuch eingetragen ist, und unter der in KO. § 113 Abs. 1 Nr. 2 bezeichneten Voraussetzung auch bei den für den Erblasser bzw. den Erben eingetragenen Rechten an Grundstücken oder an eingetragenen Rechten in das Grundbuch einzutragen ist. Soweit solche Grundstücke oder Rechte dem Nachlaßgerichte bekannt sind, hat dieses *von Amtswegen das Grundbuchamt um die Eintragung zu ersuchen*, im übrigen ist auch der Nachlaßverwalter zur Stellung des Antrags bei dem Grundbuchamte berechtigt und verpflichtet. So auch Strohal § 79 Anm. 17; Cosack § 381; Binder II S. 195 Anm. 23; anders z. B. Herzfelder S. 183; Dernburg V § 130 bei Anm. 11 (der wegen des Mangels einer positiven Vorschrift ein Vorgehen des Nachlaßgerichts von Amtswegen für bedenklich hält und lediglich dem Nachlaßverwalter die Aufgabe zuweist, nach Anordnung der Nachlaßverwaltung deren Eintragung im Grundbuch zu beantragen). Vgl. übrigens auch § 79 d. bayr. Nachlaßordnung v. 20. 3. 1903, laut dessen das Nachlaßgericht, soweit ihm zum Nachlaß gehörende Grundstücke und Grundstücksrechte bekannt sind, von Amtswegen einzuschreiten hat, daneben aber auch das Antragsrecht des Nachlaßverwalters ausdrücklich anerkannt ist.

§ 1984.

E. II § 1858 rev. § 1961; III § 1959. P. II Bd. 5 S. 811. D. S. 723.

1. Im § 1984 werden die **unmittelbaren Folgen der Anordnung der Nachlaßverwaltung** im wesentlichen Anschluß an die Vorschriften der KO. über die Wirkungen der Konkurseröffnung geregelt.

Die Vorschrift des *Abs. 1 Satz 1* entspricht der KO. § 6 Abs. 1 und bezieht sich auf das Verhältnis des Erben sowohl zu den Nachlaßgläubigern als auch zu Dritten. Von erheblicher Bedeutung, namentlich im Hinblick auf die nach Satz 2 entsprechend anwendbaren Vorschriften der KO. ist die Frage, *in welchem Zeitpunkte* der Verlust des Verwaltungs- und Verfügungsrechts eintritt. Nach dem FGG. § 16 Abs. 1 werden in den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit gerichtliche Verfügungen in der Regel mit der Bekanntmachung an denjenigen wirksam, für welchen sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind. Diese Vorschrift jedoch, die auch von vielen anderen Ausnahmen durchbrochen ist, würde zu keinem brauchbaren Ergebnisse führen. Nach dem Wortlaute des § 1984 und entsprechend den für den Konkurs geltenden Vorschriften muß

angenommen werden, daß der Zeitpunkt der gerichtlichen Anordnung selbst maßgebend ist. Es wird daher ratsam sein, wie dies in der KO. § 108 Abs. 1 für die Konkurseröffnung vorgeschrieben ist, in dem Beschlusse die Stunde seiner Erlassung anzugeben, jedoch kann die positive Vorschrift der KO. § 108 Abs. 2, wonach bei Versäumung dieser Angabe die Mittagsstunde des betreffenden Tages als Zeitpunkt der Konkurseröffnung gilt, auf die Nachlaßverwaltung nicht übertragen werden (vgl. auch Strohal II § 79 Anm. 13; Binder II S. 194 Anm. 19; anders Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 634; Herzfelder S. 186; Dernburg V § 130 Anm. 13, nach deren Auffassung FGG. § 16 Abs. 1 maßgebend sein soll).

Aus § 1978 Abs. 1 ist übrigens zu entnehmen, daß dem Erben hinsichtlich der Verantwortlichkeit wegen seines Gebarens die Vorschrift des § 674 solange zustatten kommt, als er von der Anordnung der Nachlaßverwaltung bzw. von der Eröffnung des Nachlaßkonkurses weder Kenntnis hatte noch Kenntnis haben mußte (vgl. auch Strohal II § 79 Anm. 16).

2. Die im Abs. 1 Satz 2 angezogenen §§ 6, 7 der KO. v. 1877 führen in der neuen Fassung des Gesetzes die Bezeichnung §§ 7, 8. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften führt zu folgenden Ergebnissen:

a) **Rechtshandlungen**, die der Erbe nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung **in Ansehung des Nachlasses** vornimmt, sind den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksam. Die Vorschriften über die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892, 893) bleiben unberührt (KO. § 7 Abs. 1). Dagegen kommen die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes beweglicher Sachen und von Rechten an solchen gegenüber einem bestehenden Veräußerungsverbote (§§ 932 ff., 1032, 1207 i. V. m. § 135 Abs. 2, § 136) hier (arg. a contr. aus KO. § 7 Abs. 1) keinesfalls demjenigen zustatten, welcher weiß oder aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß die den Gegenstand der Verfügung des Erben bildende bewegliche Sache (bzw. das betreffende Recht an einer beweglichen Sache) zum Nachlaß gehört, selbst wenn er von der Anordnung der Nachlaßverwaltung keine Kenntnis hatte und seine Nichtkenntnis dieses Umstandes auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Zweifelhafter ist, ob dem Erwerber der Schutz der bezeichneten Vorschriften auch dann zu versagen ist, wenn ihm die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlaß, ohne daß dabei eine grobe Fahrlässigkeit unterlief, unbekannt geblieben ist. Vgl. zu den einschlagenden Fragen Jaeger KO. Anm. 31 zu § 7; aber auch Strohal II § 79 Anm. 19a (daselbst auch Genaueres über Fälle, in denen die Verfügung über bewegliche Nachlaßsachen durch Übertragung des mittelbaren Besitzes vermittelt werden will). Verfügt ein nach Maßgabe von § 7 KO. nicht geschützter Erwerber einer beweglichen Sache über diese weiter, so kann sich die Verfügung nach Maßgabe der vorgenannten Vorschriften zweifellos als wirksam erweisen.

Im Falle der Erbenmehrheit bleibt durch § 7 KO. unberührt die nach § 2033 erfolgende Verfügung eines Miterben über seinen Anteil am Nachlaß. Denn eine Verfügung dieser Art vermag die Stellung des Nachlaßverwalters und das Recht der Nachlaßgläubiger nicht zu beeinträchtigen.

b) Hat derjenige, zu dessen Vorteil die den Nachlaßgläubigern gegenüber unwirksame Verfügung über einen Nachlaßgegenstand vorgenommen worden ist, eine Gegenleistung gemacht, so ist sie aus dem Nachlaß soweit zurückzugewähren, als dieser hierdurch bereichert ist.

c) Für Rechtshandlungen, die der Erbe am Tage der Anordnung der Nachlaßverwaltung vorgenommen hat, besteht die Vermutung, daß sie nach der Anordnung vorgenommen worden sind.

d) Eine Leistung, die auf eine zum Nachlasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung an den Erben erfolgt, befreit den Erfüllenden den Nachlaßgläubigern gegenüber insoweit, als das Geleistete mit dem Nachlaß in die Hände des Nachlaßverwalters kommt. Abgesehen davon ist, wenn die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung (§ 1983) erfolgt, der Erfüllende befreit, sofern nicht bewiesen wird, daß ihm zur Zeit der Leistung die Anordnung der Nachlaßverwaltung bekannt war; wenn aber die Leistung nach der Bekanntmachung erfolgt, wird er befreit, sofern er beweist, daß ihm zur Zeit der Leistung die Anordnung nicht bekannt war.

3. Der Abs. 1 Satz 3 bestimmt für die Nachlaßverwaltung, was in der KO. § 12 für den Konkurs vorgeschrieben ist: Der Erbe verliert mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung die **Passivlegitimation** für die gegen den Nachlaß gerichteten Ansprüche.

a) Eine Klage, die wegen einer Nachlaßverbindlichkeit erst jetzt gegen den Erben erhoben wird, ist abzuweisen, und zwar nicht nur, wenn der Erbe sich auf die Nachlaßverwaltung

§. 1985. Der Nachlaßverwalter hat den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlasse zu berichtigen.

Der Nachlaßverwalter ist für die Verwaltung des Nachlasses auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich. Die Vorschriften des §. 1978 Abs. 2 und der §§. 1979, 1980 finden entsprechende Anwendung.

---

berufen, sondern auch von Amts wegen, wenn das Bestehen der Nachlaßverwaltung aus dem Klagevortrage hervorgeht (vgl. Rspr. 2 S. 160). Über den Fall, daß der Erbe bereits unbeschränkt haftet, vgl. Erl. 2 zu § 1975 und die Erl. 2a zu § 2013.

b) Ein gegen den Erben anhängiger Prozeß wird nach CPO. § 241 Abs. 2 durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung unterbrochen. Dies ist in der CPO. besonders ausgesprochen, weil es sich aus den Vorschriften des § 241 Abs. 1 nicht ergeben würde. Durch § 241 Abs. 2 werden die Nachlaßgläubiger der Notwendigkeit überhoben, die Klage gegen den Erben zurückzunehmen und sie von neuem gegen den Nachlaßverwalter anzustrengen; der letztere und der Prozeßgegner können das Verfahren fortsetzen (vgl. auch CPO. § 246). Übrigens gilt CPO. § 241 Abs. 2 auch für Prozesse, die der Erbe als Kläger führt (vgl. P. II Bd. 5 S. 811, 812, D. z. CPO. S. 39). In dem von einem Nachlaßgläubiger gegen den Nachlaßverwalter erwirkten Urteil braucht die Beschränkung der Haftung des Erben nicht vorbehalten zu sein (CPO. § 780 Abs. 2; vgl. aber doch auch Erl. 5b zu § 1973).

c) Ist gegen den Erblasser oder gegen den Erben bereits ein Urteil ergangen, so bedarf es zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß nicht der Vollstreckungsklausel gegen den Nachlaßverwalter. Der auf Grund eines solchen Urteils in das Eigenvermögen des beschränkt haftenden Erben geführten Zwangsvollstreckung kann der Erbe gemäß CPO. §§ 780, 781, 784, 785 auf dem Wege der Klage nach § 767 und durch Erwirkung einstweiliger Anordnungen nach §§ 769, 770 entgegentreten. Über die Unanwendbarkeit des § 1984 Abs. 1 Satz 3 bei unbeschränkter Haftung des Erben s. die Erl. zu § 2013 Nr. 2a.

4. Der Abs. 2 sichert den Nachlaßgläubigern den Nachlaß als Gegenstand ihrer vorzugsweisen Befriedigung. Die Vorschrift entspricht der Bestimmung der KO. § 14, die jedoch insofern weiter geht, als sie im Hinblick auf das gemeinschaftliche Verfahren die Zwangsvollstreckung auch zugunsten einzelner Konkursgläubiger und in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners ausschließt. Wegen der prozessualen Durchführung der Vorschrift vgl. CPO. § 784 Abs. 2, wonach der Nachlaßverwalter die Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln verlangen kann, die vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder entgegen der Vorschrift des § 1984 Abs. 2 nach derselben zugunsten eines andern als eines Nachlaßgläubigers in den Nachlaß erfolgt sind. Für den Fall des Nachlaßkonkurses ist eine Bestimmung wegen des § 221 der KO. entbehrlich. Die Privatgläubiger des Erben können während der Dauer der Nachlaßverwaltung sich eine Sicherung aus dem Nachlaß in der Weise verschaffen, daß sie den etwaigen Anspruch des Erben auf den Überschuß (§ 1986; vgl. CPO. § 844) im voraus bei dem Nachlaßverwalter pfänden lassen. Wendt S. 367; Böhm S. 472, 473. Eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß wegen einer Nachlaßverbindlichkeit nimmt trotz der Anordnung der Nachlaßverwaltung ihren Fortgang (P. II Bd. 5 S. 813).

§ 1985.

E. II §§ 1859, 1861 rev. § 1962; III § 1960. P. II Bd. 5 S. 813 ff.

Liebe im Sächs. Arch. Bd. 11 S. 544.

1. Der § 1985 regelt die **Obliegenheiten und die Verantwortlichkeit des Nachlaßverwalters.**

a) Wegen des Inhalts der nach Abs. 1 dem Nachlaßverwalter obliegenden **Verwaltungspflicht** ist zunächst auf das zu verweisen, was zu § 1978 (Erl. 2b Abs. 3) hinsichtlich der Verwaltungspflicht des Erben ausgeführt ist. Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als für den Nachlaßverwalter nicht die Vorschriften über den Auftrag maßgebend sind, sondern seiner Rechtsstellung entsprechend die Vorschriften über die Führung der Vormundschaft, soweit sie sich nach dem besonderen Zwecke der in der Nachlaßverwaltung liegenden Pflegschaft zur Anwendung eignen. Hiernach hat der Nachlaßverwalter den Nachlaß alsbald in Besitz zu nehmen (vgl. § 1986, KO. § 117); indem er dies tut, vermittelt er durch seinen unmittelbaren Besitz dem Erben mittelbaren Besitz (vgl. zur ganzen Frage Strohal II § 79 Anm. 27; Herzfelder hat übrigens

seine daselbst erwähnte abweichende Meinung nunmehr S. 185 aufgegeben). Er hat ferner das Nachlaßvermögen zu verzeichnen (um Inventarerrichtung im technischen Sinne des § 1994 handelt es sich übrigens hierbei nicht) und unter Umständen auch zur Anfertigung einer kaufmännischen Bilanz zu schreiten (vgl. § 1802; KO. § 124; HGB. §§ 39, 154); Verzeichnis und Bilanz sind dem Nachlaßgericht einzureichen. Eine Inventarfrist (§ 1994) kann dem Nachlaßverwalter nicht bestimmt werden, er ist jedoch den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen (§ 2012). Nach §§ 1821, 1822 bedarf der Nachlaßverwalter zu den dort bezeichneten Geschäften (Bayr. ObLG. im Recht 1905 S. 530 = RJA. Bd. 6 S. 119; s. auch die im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 248 mitgeteilte E.) namentlich zur Verfügung über Grundstücke, der Genehmigung des Nachlaßgerichts (vgl. KO. § 134; § 136 ist nicht übertragbar). Nicht anwendbar sind die Vorschriften der §§ 1806 ff., 1814 ff. über die Anlegung von Geld und die Hinterlegung von Wertpapieren. Zu der Verwaltung des Nachlasses gehört auch die Geltendmachung der in diesem begriffenen Ansprüche, insbesondere der auf §§ 1978—1980 beruhenden Ansprüche der Nachlaßgläubiger gegen den Erben.

b) Die Hauptaufgabe des Nachlaßverwalters ist die **Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten.** Um diese zu ermöglichen, hat der Verwalter soweit nötig den Nachlaß in Geld umzusetzen. Bei der Auswahl der zu verwertenden Stücke hat er neben dem objektiven Interesse auch die Wünsche des Erben zu berücksichtigen (Wendt S. 377, 378). Ob die Veräußerung der Nachlaßgegenstände freihändig oder im Wege öffentlicher Versteigerung (§ 383 Abs. 3) erfolgen soll, ist dem Ermessen des Verwalters überlassen; hat ein Nachlaßgläubiger für seine Forderung ein Recht auf Befriedigung aus einem Nachlaßgrundstücke, so kann der Verwalter das Grundstück nach ZVG. §§ 175 ff. zur Zwangsversteigerung bringen.

Bei der Berichtigung der Verbindlichkeiten hat auch der Nachlaßverwalter die §§ 1979, 1980 zu beachten. Er darf eine Verbindlichkeit nur dann erfüllen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Verbindlichkeiten ausreicht, hat sich, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft, den ihre Befriedigung verlangenden Nachlaßgläubigern gegenüber der aufschiebenden Einreden zu bedienen, und muß, sobald er von der Überschuldung Kenntnis erlangt, den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses stellen. Um sich Klarheit zu verschaffen, muß er erforderlichenfalls (§ 1980 Abs. 2) das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragen (vgl. Erl. zu § 1970 Nr. 1 Abs. 3).

Im Falle einer auf Vermächtnissen und Auflagen beruhenden Überschuldung des Nachlasses hat der Nachlaßverwalter mit der Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe des § 1992 vorzugehen.

2. Gemäß § 1837 i. V. m. §§ 1915, 1962 hat das Nachlaßgericht über die Tätigkeit des Nachlaßverwalters die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten einzuschreiten. Es kann gegen den Verwalter Ordnungsstrafen bis zu 300 Mark festsetzen und ihn nötigenfalls entlassen (§ 1837 Abs. 2, § 1886, vgl. KO. §§ 83, 84). Bei längerer Dauer der Nachlaßverwaltung hat das Gericht den Verwalter zur Rechnungslegung anzuhalten (§§ 1840, 1843); aus besonderen Gründen kann dem Verwalter auch die Leistung einer Sicherheit auferlegt werden (§ 1844, vgl. KO. § 78 Abs. 2); s. auch die Vorbm. unter Nr. 6 b auf S. 126.

3. Für die Erfüllung der ihm nach Erl. 1 obliegenden Verpflichtungen ist der Nachlaßverwalter zunächst nach den Grundsätzen des Vormundschaftsrechts (§ 1833) dem Erben **verantwortlich.** Er haftet aber, wie der Abs. 2 Satz 1 besagt, **auch den Nachlaßgläubigern,** und zwar für jeden durch schuldhafte Pflichtverletzung (vgl. KG. in DJZ. 1905 S. 652) entstandenen Schaden. Die Vorschrift beruht darauf, daß das Aufsichtsrecht des Gerichts den Nachlaßgläubigern keinen genügenden Schutz bietet und die Möglichkeit, sich die Ansprüche des Erben gegen den Nachlaßverwalter überweisen zu lassen, dann versagt, wenn der Erbe mit einer die Gläubiger schädigenden Handlung des Verwalters einverstanden gewesen ist oder wenn dem Erben aus einer solchen Handlung kein Schaden erwächst. Aus letzterem Grunde besteht die Verantwortlichkeit des Verwalters gegenüber den Gläubigern namentlich auch wegen der Verletzung der ihm nach §§ 1979, 1980 obliegenden Pflichten; vgl. dazu Bayr. ObLG. im Recht 1905 S. 530 und in RJA. 6 S. 119; daselbst ist ausgesprochen, daß der Nachlaßverwalter, sobald er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt hat, zwar grundsätzlich zur Stellung des Antrags auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses verpflichtet, zur Abschneidung des Konkurses aber doch zu einem Übereinkommen mit den Nachlaßgläubigern berechtigt ist, zufolgedessen diese verhältnismäßige Befriedigung aus dem Nachlaß erhalten. Die Ansprüche der Gläubiger gegen den Verwalter gehören nach § 1978 Abs. 2, § 1985 Abs. 2 zum Nachlasse; sie sind — da es zu ihrer Erhebung wohl nur kommen wird, wenn der Nachlaß überschuldet ist —

§. 1986. Der Nachlaßverwalter darf den Nachlaß dem Erben erst ausantworten, wenn die bekannten Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind.

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf die Ausantwortung des Nachlasses nur erfolgen, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet wird. Für eine bedingte Forderung ist Sicherheitsleistung nicht erforderlich, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die Forderung einen gegenwärtigen Vermögenswerth nicht hat.

---

durch den Konkursverwalter geltend zu machen; wenn jedoch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch unter Berücksichtigung der fraglichen Ansprüche wegen mangelnder Masse nicht tunlich ist, so muß die Geltendmachung (auf der durch § 1985 Abs. 2 gegebenen Grundlage) auch einem einzelnen Nachlaßgläubiger zugestanden werden.

§ 1986.

E. II § 1860 rev. § 1963; III § 1961. P. II Bd. 5 S. 819.

1. Durch den § 1986 wird dem Nachlaßverwalter betreffs der **Ausantwortung des Nachlasses an den Erben** eine Verpflichtung auferlegt, deren Verletzung ihn den Nachlaßgläubigern gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet. Den Schwierigkeiten, die sich aus Abs. 1 ergeben könnten, wird durch die Möglichkeit der **Hinterlegung** (§§ 372, 378) und durch Abs. 2 begegnet. Zum Abs. 2 Satz 1 vgl. die Erl. 2 zu § 52 (Bd. I S. 123). Die **Sicherheitsleistung** ist nach §§ 232—240 zu bewirken. Die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 über die Sicherheitsleistung wegen einer bedingten Forderung entspricht den Bestimmungen der CPO. § 916 Abs. 2 über die Zulässigkeit des Arrestes wegen eines bedingten Anspruchs und der KO. § 154 Abs. 2, § 171 über die Berücksichtigung bedingter Forderungen bei der Schlußverteilung im Konkurse.

2. Sind **mehrere Erben** vorhanden, so hat der Nachlaßverwalter den Nachlaß ihnen gemeinschaftlich auszuantworten; zur Verteilung des Nachlasses unter die Miterben ist er nicht berufen (P. II Bd. 5 S. 816).

3. **Meldet sich ein Nachlaßgläubiger, nachdem der Nachlaßüberschuß dem Erben ausgeantwortet und die Nachlaßverwaltung aufgehoben ist,** so gestaltet sich die Haftung des Erben je nach den Umständen **verschieden:**

a) Einem **ausgeschlossenen** Gläubiger und dem einem solchen gleichstehenden Gläubiger haftet der Erbe nur nach Maßgabe der §§ 1973, 1974.

b) Haftete der Erbe schon vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung **unbeschränkt**, so dauert diese Haftung nach der Beendigung der Nachlaßverwaltung fort.

c) Liegen die Voraussetzungen des § 1990 oder des § 1992 vor, so bestimmt sich die Haftung des Erben nach diesen Vorschriften in Verbindung mit § 1991.

d) Liegt keiner der Fälle unter a—c vor, so kann dem Erben die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nur durch **neuerliche Nachlaßabsonderung**, sei es im Wege abermaliger Nachlaßverwaltung, sei es im Wege des Nachlaßkonkurses, vermittelt werden. So auch die jetzt herrschende Meinung, der sich **Planck**, DJZ. Bd. 4 S. 366, bereits sehr erheblich genähert hatte, anders aber noch die früheren Auflagen dieses Werkes, wo die Meinung vertreten wurde, daß es der neuerlichen Nachlaßabsonderung nicht bedürfe, und daß der Erbe die Haftungsbeschränkung nach § 1990 geltend machen könne. Allein diese Auffassung scheitert daran, daß sie § 1990 auf Fälle zur Anwendung bringen will, bei denen die Voraussetzungen des § 1990 gerade nicht vorliegen (vgl. auch **Eccius** S. 627, 628) und muß deshalb aufgegeben werden.

Über die Literatur der Frage vgl. **Strohal** II § 79 Anm. 33; den dort genannten Vertretern der herrschenden Lehre mag hier noch H. **Meyer** S. 32 beigefügt werden. Einen grundsätzlich abweichenden Standpunkt nimmt **Binder** II S. 202 ein, nach dessen Auffassung die Verwirklichung der beschränkten Haftung des Erben überhaupt **niemals** durch amtliche Nachlaßabsonderung bedingt ist (vgl. darüber und dagegen die Ausführung auf S. 95). Neuestens vertritt **Dernburg** V § 169 bei Anm. 2, 3 unter Berufung auf den „Grundgedanken des Gesetzes" und mit „Rücksicht auf Recht und Billigkeit" die Ansicht, daß ein nach Beendigung der Nachlaßverwaltung auftretender Nachlaßgläubiger, abgesehen von dem Falle der bereits eingetretenen

§. 1987. Der Nachlaßverwalter kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen.

§. 1988. Die Nachlaßverwaltung endigt mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

Die Nachlaßverwaltung kann aufgehoben werden, wenn sich ergiebt, daß eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist.

---

unbeschränkten Haftung des Erben, schon von Rechts wegen nur mehr Befriedigung aus dem vom Nachlaß noch Vorhandenen verlangen könne und sogar beweisen müsse, daß der Erbe Nachlaßbestände noch hinter sich habe. Hiergegen ist folgendes zu sagen: Die Frage, wie sich die Haftung des Erben nach Beendigung der Nachlaßverwaltung gestalte, wurde von der zweiten Kommission sorgfältig erwogen; vgl. dazu P. II Bd. 5 S. 816—819 (wo freilich die erst später angenommene technische Bezeichnung: „Nachlaßverwaltung" noch nicht verwendet sondern nur von der Nachlaßpflegschaft zur Befriedigung der Gläubiger — vgl. a. a. O. S. 809 — geredet wird). Es war in Verbindung mit einem Antrage, daß der Nachlaßverwalter immer eine Aufforderung an die Nachlaßgläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche ergehen lassen müsse, der weitere Antrag gestellt worden, daß der Erbe den erst nach Beendigung der Nachlaßverwaltung sich meldenden Gläubigern immer nur auf die Bereicherung hafte. Das a. a. O. auf S. 817 herausgestellte Resultat der Beratung und Abstimmung war jedoch, daß der Erbe nach der Beendigung der Nachlaßverwaltung den jetzt noch auftretenden und nicht als bereits ausgeschlossen zu behandelnden Gläubigern in gleicher Weise haftet, wie wenn eine Nachlaßverwaltung nicht bestellt gewesen wäre. Für die Lehre Dernburgs fehlt es also an jedem Anhaltspunkte, ja sie würde sich sogar dann als unhaltbar darstellen, wenn die vorerwähnten Anträge zur Annahme gelangt wären. Denn selbst unter dieser Voraussetzung würde hinsichtlich der Frage, ob Nachlaßbestände noch oder nicht mehr vorhanden seien, die Beweislast nicht den Nachlaßgläubiger sondern den Erben treffen (vgl. Erl. 4c zu § 1973).

§ 1987.

E. II § 1862 rev. § 1964; III § 1962. P. II Bd. 5 S. 820.

1. Daß der Nachlaßverwalter für die Führung seines Amtes **unter allen Umständen eine Vergütung verlangen** kann, enthält eine Abweichung von den Grundsätzen des Vormundschaftsrechts (§§ 1836, 1915), die bei der Sicherungspflegschaft nach §§ 1960, 1961 zur Anwendung kommen. Die Vorschrift steht im Zusammenhange mit der Bestimmung des § 1981 Abs. 3, nach welcher eine Verpflichtung zur Übernahme der Nachlaßverwaltung nicht besteht, und beruht wie diese auf der Erwägung, daß die Nachlaßverwaltung mehr dem Privatinteresse des Erben als dem öffentlichen Interesse dient. Vgl. übrigens auch § 2221 hinsichtlich der dem Testamentsvollstrecker (soweit der Erblasser nicht ein anderes bestimmt hat) gebührenden angemessenen Vergütung.

2. Die Festsetzung der Vergütung erfolgt durch das Nachlaßgericht (§§ 1915, 1962 i. V. m. § 1836 Abs. 1 Satz 2), das bei der Bemessung der Höhe einerseits den Umfang und die Schwierigkeit der Geschäftsführung, andererseits die Nachlaßmasse billigerweise berücksichtigen wird. Soweit auf Grund der KO. § 85 Abs. 2 von der Landesjustizverwaltung für die dem Konkursverwalter zu gewährende Vergütung allgemeine Anordnungen getroffen sind, werden diese einen gewissen Anhalt bieten. Der Prozeßweg ist wegen des Anspruchs nicht zulässig (vgl. FGG. § 165 Abs. 2 und die D. zu diesem Gesetze S. 46). Aus der Praxis: vgl. Lobes CBl. 2 S. 483; KG. in Rspr. 8 S. 271 (wegen Pflichtwidrigkeiten und Versehen des Nachlaßverwalters kein Abzug von der Vergütung sondern nur Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz); Hessische Rspr. 6 S. 59.

3. Der Anspruch des Nachlaßverwalters auf Ersatz von Aufwendungen bemißt sich nach § 1835 i. V. m. §§ 670, 256, 257. Im Nachlaßkonkurse begründet dieser Anspruch ebenso wie der Anspruch des Verwalters auf eine Vergütung und wie die sonstigen Kosten der Nachlaßverwaltung eine Masseschuld, KO. § 224 Nr. 4, 6.

§ 1988.

E. II § 1863 rev. § 1965; III § 1963. P. II Bd. 5 S. 819 f.

1. Im § 1988 wird über die **Beendigung der Nachlaßverwaltung** für zwei besondere Fälle Bestimmung getroffen:

§. 1989. Ist der Nachlaßkonkurs durch Vertheilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt, so finden auf die Haftung des Erben die Vorschriften des §. 1973 entsprechende Anwendung.

---

a) Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beendigt nach Abs. 1 ohne weiteres eine bis dahin geführte Nachlaßverwaltung (vgl. CPO. § 993 Abs. 2). Die Liquidation des Nachlasses geht auf den Konkursverwalter über, neben welchem für den Nachlaßverwalter kein Raum ist. Es liegt hierin ein Unterschied der Nachlaßverwaltung von der Sicherungspflegschaft nach §§ 1960, 1961, welche durch die Konkurseröffnung über den Nachlaß nicht beendigt wird, vielmehr zum Zwecke der Vertretung des fehlenden Gemeinschuldners, d. h. des unbekannten Erben, fortbesteht. Solange der bisherige Nachlaßverwalter von der Eröffnung des Nachlaßkonkurses weder Kenntnis erlangt noch Kenntnis erlangen mußte, kommt ihm die Bestimmung des § 674 zustatten. Die von ihm während dieser Zeit in Ansehung des Nachlasses vorgenommenen Verfügungen sind jedoch nicht ohne weiteres wirksam, wie Herzfelder Erl. 4 zu § 1988 annimmt, sondern nach den §§ 7, 8 KO. zu beurteilen.

b) Die Nachlaßverwaltung kann nach Abs. 2 durch das Nachlaßgericht aufgehoben werden, wenn sich ergibt, daß es an einer zur Deckung der Kosten ausreichenden Masse fehlt. Diese Vorschrift entspricht einerseits dem § 1982 und andererseits der KO. § 204. Die Aufhebung unterbleibt, wenn von dem Erben oder einem Gläubiger ein ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird (vgl. Erl. 3 zu § 1982). Gegen den Aufhebungsbeschluß steht nach dem FGG. §§ 19, 20 dem Erben und jedem Gläubiger die Beschwerde zu.

2. Die in der Literatur aufgeworfene Frage, ob die Nachlaßverwaltung, abgesehen von den im § 1988 hervorgehobenen Fällen, nach Erledigung ihrer Aufgabe (§§ 1985, 1986) von Rechts wegen endige, muß verneint werden. Es ist vielmehr im Gegensatz zu Wendt S. 378, Böhm S. 479 **gerichtliche Aufhebung** für notwendig zu erachten. Dies folgt zunächst aus § 1919; vgl. E. I § 1748 Abs. 2 Satz 1, § 2066, welche beiden Vorschriften von der zweiten Kommission (P. II Bd. 4 S. 859, 861, Bd. 5 S. 669) sachlich gebilligt worden sind. Das Erfordernis der gerichtlichen Aufhebung entspricht ferner der KO. (§ 163), die zur Beendigung des Konkursverfahrens auch nach der Ausschüttung der Masse und der Abhaltung des Schlußtermins einen gerichtlichen Aufhebungsbeschluß fordert, und nicht minder dem praktischen Bedürfnisse, das im Hinblick auf die einschneidenden Wirkungen der Nachlaßverwaltung wie für ihren Beginn so auch für ihre Beendigung einen fest bestimmten Zeitpunkt verlangt. So auch die jetzt herrschende Meinung (anders Dernburg V § 130 bei Anm. 17).

3. Wenn die Anordnung der Nachlaßverwaltung in das Grundbuch eingetragen worden ist, muß auch die Aufhebung eingetragen werden (vgl. Erl. 2 zu § 1983, KO. § 113, § 163 Abs. 3).

4. Aus der Praxis: Nach Annalen des OLG. Dresden Bd. 23 S. 158 kann eine auf Antrag eines Nachlaßgläubigers eingeleitete, über Jahr und Tag unangefochten fortgesetzte Nachlaßverwaltung, wenn die Voraussetzungen für deren Anordnung gegenwärtig vorliegen, aufrecht erhalten werden, obschon jene Voraussetzungen nicht von Anfang an vorhanden gewesen sind. Nach Rspr. Bd. 7 S. 134 muß eine einmal eingeleitete Nachlaßverwaltung auch durchgeführt werden, gleichviel ob sie auf Antrag des Erben oder eines Nachlaßgläubigers angeordnet worden ist.

5. Verschieden von der Beendigung der Nachlaßverwaltung ist die Beendigung des Amtes des zunächst bestellten Nachlaßverwalters bei Fortdauer der durch einen neuen Nachlaßverwalter fortgesetzten Nachlaßverwaltung. Vgl. hierzu § 1915 i. V. m. §§ 1885 ff.

6. Wird die Nachlaßverwaltung durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses beendigt, so hat der Nachlaßverwalter wegen seiner Ansprüche zweifellos kein Zurückbehaltungsrecht (KO. §§ 223, 224). Im Falle der Beendigung der Nachlaßverwaltung durch Aufhebungsverfügung des Nachlaßgerichts ist dagegen die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nach § 273 gegen den Erben nicht ausgeschlossen. In dem oben unter Z. 5 besprochenen Falle dürfte dasselbe gelten wie im Falle des späteren Nachlaßkonkurses.

§ 1989.

E. I § 2118 Satz 1, 2, 4; II § 1864 rev. § 1966; III § 1964. P. I S. 10955, 10959 f., 10984 ff., 11407 ff., 12259, 12278; M. V S. 640 f. P. II Bd. 5 S. 771 ff.

Fleck, Versuch einer Erklärung des § 1989, Arch. für bürg. R. Bd. 14 S. 63—78. Binder II S. 176 ff.

1. Die Haftung des Erben für die bei der Beendigung des Nachlaßkonkurses noch unbefriedigten Nachlaßverbindlichkeiten kann sich je nach der Lage der Umstände verschieden gestalten:

a) Soweit der Erbe den Nachlaßgläubigern überhaupt oder einzelnen Nachlaßgläubigern schon vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses unbeschränkt haftete, dauert diese Haftung fort. Die Vorschrift des § 1989 greift insoweit nicht ein (§ 2013).

b) War der Erbe zur Zeit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftig, so ist zu unterscheiden:

α) Erfolgt die Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Einstellung nach § 204 KO. wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse, so bestimmt sich die Haftung des Erben nach § 1990 und gegenüber den in §§ 1973, 1974 bezeichneten Gläubigern nach diesen Vorschriften.

β) Im Falle der Einstellung des Nachlaßkonkurses nach § 202 KO. (sogenannter Gantverzicht) sind vor allem die vom Erben mit den Gläubigern getroffenen Vereinbarungen maßgebend. Abgesehen hiervon haftet der Erbe nach den allgemeinen Grundsätzen. Soweit also nicht die besonderen Voraussetzungen der §§ 1973, 1974, 1990, 1992 gegeben sind, ist zur Verwirklichung der Haftungsbeschränkung die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses erforderlich. So auch (anders noch die früheren Aufl. dieses Werkes) die überwiegende Meinung, vgl. Eccius S. 628; Strohal II § 80 bei Anm. 23; anders in Konsequenz seiner Lehre Binder II S. 175.

γ) Wird die Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich herbeigeführt, so sollen nach Maßgabe des in Erl. 2 u. 3 noch genauer zu würdigenden § 1989 auf die Haftung des Erben die Vorschriften des § 1973 entsprechende Anwendung finden.

2. Die auf den Fall der Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse sich beziehende Bestimmung des § 1989 setzt — obschon dies mitunter angenommen wird — keineswegs voraus, daß für den Erben nach Befriedigung aller im Verfahren zu berücksichtigenden Gläubiger noch ein Überschuß verblieben sei. Ist diese Möglichkeit auch nicht ausgeschlossen, so wird sie doch nur sehr selten praktisch werden. Offenbar bedarf aber der noch nicht unbeschränkt haftende Erbe, mag sich nun ein solcher vorläufiger Überschuß herausgestellt haben oder nicht, eines Schutzes sowohl gegenüber neu auftretenden Nachlaßgläubigern als auch gegenüber solchen Nachlaßgläubigern, deren Forderungen im Verfahren festgestellt worden, zur vollen Befriedigung aber nicht gelangt sind. Nach § 1989 tritt in dieser Beziehung gegenüber der Vorschrift von KO. § 164 Abs. 1 die Einschränkung ein, daß der Erbe den genannten Gläubigern nur mehr nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 1973 haftet. Diese Beschränkung der Haftung greift insbesondere auch gegenüber solchen Gläubigern durch, die nach Maßgabe von KO. § 164 Abs. 2 in das Vermögen des Erben Zwangsvollstreckung führen; die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung erfolgt dann nach § 767 ZPO.

3. Im Falle der Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Zwangsvergleich erhält der Erbe, soweit nicht der Vergleich ein anderes bestimmt, nach dessen rechtskräftiger Bestätigung und nach Berichtigung der Massean sprüche und der bevorrechtigten Konkursforderungen den Nachlaß zurück (KO. §§ 190—192). Soweit die Nachlaßgläubiger am Zwangsvergleich teilnehmen (vgl. Vorbm. Nr. 7c auf S. 129), erhalten sie, unbeschadet der in KO. § 193 Satz 2 bezeichneten Rechte, an Stelle ihrer ursprünglichen gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüche die im Vergleich bestimmten Ansprüche gegen den rücksichtlich dieser mit seinem gesamten Vermögen haftenden Erben und gegen die etwaigen Vergleichsbürgen (KO. § 194). Auf die am Zwangsvergleich teilnehmenden Nachlaßgläubiger bezieht sich somit § 1989 nicht. So auch Fleck S. 65 ff.; L. Seuffert, Konkursprozeß S. 442; Strohal II § 80 Anm. 20a; Jaeger KO. Anm. 15, 16 zu § 230; teilweise abweichend Binder II S. 183.

Nach KO. § 230 Abs. 2 nehmen aber gewisse Nachlaßgläubiger, nämlich diejenigen, welche nach § 226 Abs. 2 Nr. 2—5, Abs. 4 erst nach allen übrigen Forderungen befriedigt werden, an dem Zwangsvergleiche nicht teil. Sie behalten den ursprünglichen Anspruch gegen den Nachlaß, unterliegen aber bei dessen Geltendmachung der Beschränkung des § 1989.

Zweifelhaft ist, ob im Falle des Zwangsvergleichs Gläubiger, die ihre Forderungen nicht im Konkursverfahren angemeldet haben, gegen den Erben Ansprüche aus dem Vergleich erheben können oder auf die Geltendmachung ihrer Forderungen gemäß § 1989 angewiesen sind. Für erstere Ansicht (vertreten von L. Seuffert, Z. f. ZP. Bd. 22 S. 518 und Konkursprozeß S. 435; Binder II S. 182 ff.; Herzfelder S. 196) spricht der Wortlaut des § 193 der KO., der keine Einschränkung für den Fall des Nachlaßkonkurses erleidet. Man wird aber doch mit

Fleck (S. 71—73) sich für die zweite Auffassung entscheiden müssen. Aus der entsprechenden Anwendung des § 1973 folgt, daß der Gläubiger, der im Nachlaßkonkurse die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung nach KO. §§ 110, 111 unbeachtet gelassen hat, einem Gläubiger gleichgestellt wird, der sich im Aufgebotsverfahren nicht gemeldet hat und deswegen ausgeschlossen worden ist. Diese Gleichstellung erscheint, wie Fleck hervorhebt, besonders im Hinblicke darauf gerechtfertigt, daß nach CPO. § 993 Abs. 2 ein schwebendes Aufgebotsverfahren durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beendigt wird (vgl. auch KO. § 229). Daß in dem einen Falle ein förmliches Ausschlußurteil ergeht, in dem anderen nicht, begründet keinen sachlichen Unterschied (vgl. übrigens auch P. II Bd. 5 S. 816 ff.). Die Beschränkung der nicht angemeldeten Forderungen gemäß § 1989 entspricht einem begründeten und schutzbedürftigen Interesse des Erben, der im Gegensatze zu dem gewöhnlichen Gemeinschuldner die Gläubiger in der Regel nicht vollständig kennt und daher leicht der Gefahr ausgesetzt ist, in dem Vergleichsvorschlage mehr zu bieten, als er bei Kenntnis aller Gläubiger bieten könnte und würde. Für die dargelegte Auffassung auch Strohal, II § 80 Anm. 22; Wilke, Komm. S. 61; Jaeger KO. Anm. 18 zu § 230.

Die Gläubiger angemeldeter bedingter Forderungen nehmen, auch wenn sie nach KO. zur Ausübung des Stimmrechts nicht zugelassen werden, am Zwangsvergleiche teil und unterliegen daher im Falle der Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Zwangsvergleich nicht dem § 1989.

4. Die Haftung des Erben gestaltet sich bei entsprechender Anwendung des § 1973 wie folgt:

Der Erbe kann die Befriedigung der nach Erl. 1 betroffenen Gläubiger insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Verteilung der Masse im Konkursverfahren oder durch die Befriedigung der am Zwangsvergleiche teilnehmenden Gläubiger erschöpft wird. Die Beweislast für die Erschöpfung des Nachlasses, die übrigens im Falle des durchgeführten Konkursverfahrens kaum von Bedeutung ist, trifft auch hier den Erben. An eine bestimmte Reihenfolge der Gläubiger ist der Erbe im allgemeinen nicht gebunden, nur darf er entsprechend § 1973 Abs. 1 Satz 2 Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer und Auflagenempfänger nicht vor anderen Gläubigern berücksichtigen, sofern nicht letztere ihre Forderungen erst nach der Befriedigung jener Gläubiger geltend machen. Sind mehrere Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer und Auflagenempfänger vorhanden, so sind nach § 1974 Abs. 2, der zwar im § 1989 nicht ausdrücklich angezogen, aber als eine Ergänzung des angezogenen § 1973 zu betrachten ist, diese Gläubiger nach der Rangordnung zu befriedigen, die ihnen im Nachlaßkonkurse zukommt (vgl. Erl. zu § 1974 Nr. 6). Der Erbe hat den ihm verbliebenen Überschuß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zur Verfügung zu stellen. Hat er die im Zwangsvergleich übernommenen Verpflichtungen nicht durch Verwertung des Nachlasses, sondern aus eigenen Mitteln erfüllt, so mindert sich in entsprechendem Maße seine Bereicherung. Soweit die im Zwangsvergleich übernommenen Verpflichtungen noch unerfüllt sind, braucht der Erbe, dafern er nicht von diesen Verbindlichkeiten befreit oder hinsichtlich ihrer sichergestellt wird, eine Zwangsvollstreckung des nach § 1989 zu beurteilenden Gläubigers in den Nachlaßrest nur in der Weise zu dulden, daß der Gläubiger erst nach den bezeichneten Verbindlichkeiten zur Befriedigung gelangt. Bei der Bemessung der noch vorhandenen Bereicherung ist der Betrag, der zur Berichtigung der rechtskräftig erstrittenen Forderung eines anderen durch § 1989 betroffenen Gläubigers aufzuwenden ist, in gleicher Weise abzusetzen, wie wenn er bereits zur Befriedigung jenes Gläubigers verwendet wäre. Der Erbe ist endlich befugt, die Führung der Zwangsvollstreckung in die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden. — Wegen der Begründung und Bedeutung dieser Sätze im einzelnen ist auf die Erl. 1 und 5 zu § 1973 zu verweisen.

Zu erwägen bleibt noch, ob sich die Haftung des Erben denjenigen Nachlaßgläubigern gegenüber, welche ihre Forderungen im Nachlaßkonkurs angemeldet hatten und welchen der Erbe nach Maßgabe von § 1978 haftete, hinsichtlich des ausgefallenen Betrags ihrer Forderungen nach rückwärts hin nur nach § 1989 bzw. § 1973 bestimmt. Die Frage wird praktisch, wenn der Erbe wegen seines Gebarens mit dem Nachlaß der Nachlaßkonkursmasse gegenüber nach § 1978 ersatzpflichtig war, wenn der Konkursverwalter diesen Ersatzanspruch wegen der schlechten Vermögensverhältnisse des Erben nicht realisieren konnte, und wenn der Erbe nach der Beendigung des Konkurses neues Vermögen erworben hat. Es dürfte zu entscheiden sein, daß die genannten Gläubiger durch § 1989 bzw. § 1973 nicht gehindert sind, den erwähnten Ersatzanspruch als Nachlaßüberschuß zu behandeln und in dieser Weise ihre Befriedigung zu erhalten.

5. Der im § 1989 vorausgesetzte Fall ist auch von Bedeutung für die Haftung von Miterben nach § 2060 Nr. 3.

§. 1990. Ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht

---

§§ 1990, 1991.

Meyer in Seufferts Bl. f. RAnw. Bd. 65 S. 30; Staffel im sächs. Arch. Bd. 10 S. 676; Henschel DJZ. 1901 S. 433.

Haftung des Erben bei Dürftigkeit (Ärmlichkeit) des Nachlasses.

1. Die gewöhnlichen Mittel zur Geltendmachung der beschränkten Haftung, die Nachlaßverwaltung und der Nachlaßkonkurs, versagen, wenn die Aktiva des Nachlasses so geringfügig sind, daß sie zur Deckung der Kosten des Verfahrens nicht ausreichen. Der Erbe bedarf daher für diesen Fall eines besonderen Schutzmittels. Nach dem E. I blieb, wenn die Eröffnung oder Durchführung des Nachlaßkonkurses mangels ausreichender Masse nicht tunlich war, nur die Abzugseinrede übrig. Der Gläubiger mußte sich mit dem Ergebnisse der Schätzung des Nachlasses zufrieden geben, was in den M. (V S. 655, 659, 660, 683) mit der geringen praktischen Bedeutung des Falles gerechtfertigt wird, welche die Aufstellung besonderer Vorschriften nicht als angemessen erscheinen lasse. Für die zweite Kommission verstand es sich, nachdem der beschränkten Haftung des Erben grundsätzlich die Gestalt der Haftung cum viribus hereditatis gegeben war, von selbst, daß dieses Prinzip auch in dem hier in Rede stehenden Falle durchzuführen war. Danach ist die Haftung des Erben in den §§ 1990, 1991 so gestaltet, daß ihm die **Befugnis** zusteht, die Zwangsvollstreckung des Nachlaßgläubigers auf die vorhandenen Nachlaßgegenstände einzuschränken und die **Befriedigung des Gläubigers** somit **insoweit zu verweigern**, als der Nachlaß hierzu nicht ausreicht. Während im allgemeinen der Schuldner nicht in der Lage ist, sich von seiner Leistungspflicht dadurch loszumachen, daß er gewisse Vermögensstücke dem Gläubiger anweist und ihm überläßt, sich daraus im Wege der Zwangsvollstreckung bezahlt zu machen (vgl. RG. 8 S. 276), wird dieses Recht hier dem Erben eingeräumt. Der Forderung des Gläubigers tritt also ein Einrederecht des Erben entgegen, dessen Ausübung zwar nicht notwendig zu gänzlicher oder teilweiser Abweisung der Klage, aber doch meist zu einer Modifikation des Urteils (vgl. § 780 CPO.) oder doch der Zwangsvollstreckung führt (vgl. Erl. zu § 1991 Nr. 2). Den Beweis dafür, daß der Nachlaß gänzlich oder bis zu einem bestimmten Reste erschöpft ist, hat auch hier der Erbe zu führen (vgl. dazu Erl. 4c zu § 1973).

2. Die §§ 1990, 1991 finden nach § 2013 Abs. 1 **keine Anwendung**, wenn der Erbe (allgemein oder dem betreffenden Gläubiger gegenüber) unbeschränkt haftet.

3. Die §§ 1990, 1991 finden, abgesehen von dem Falle des § 1992, in welchem es sich um die Haftung des Erben gegenüber gewissen einzelnen Nachlaßgläubigern handelt, und von dem Falle des § 1489 Abs. 2 (fortgesetzte Gütergemeinschaft), in welchem die gesamten Vorschriften über die Haftung des Erben entsprechend anwendbar sind, entsprechende Anwendung in einer Reihe von anderen Fällen, in denen das BGB. eine beschränkte Haftung des Schuldners vorschreibt, nämlich:

a) nach § 419 Abs. 2 auf die Haftung des Übernehmers eines Vermögens,

b) nach § 1480 Satz 2 auf die Haftung des an sich nicht persönlich verpflichteten Ehegatten für eine nicht vor der Teilung des Gesamtguts der allgemeinen Gütergemeinschaft berichtigte Gesamtgutsverbindlichkeit,

c) nach § 1504 auf die Auseinandersetzung der Abkömmlinge wegen der Schulden nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft,

d) nach § 2036 auf die Haftung des Käufers eines Erbteils nach Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Miterben (vgl. aber auch Erl. zu § 2036),

e) nach § 2145 Abs. 2 auf die Haftung des Vorerben nach dem Eintritte der Nacherbfolge,

f) nach § 2187 Abs. 3 mit der aus § 1992 sich ergebenden Maßgabe auf die Haftung eines Vermächtnisnehmers für die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen.

§ 1990.

E. I § 2133; II § 1865 rev. § 1967; III § 1965. P. I E. 11049 ff., 11091 ff., 11100 ff., 11458; M. V E. 654 ff. P. II Bd. 5 E. 796 ff. D. E. 723 f. KB. E. 2101.

Über den Inhalt des nach den §§ 1990, 1991 dem Erben zustehenden Rechtes bzw. der ihn danach treffenden Verpflichtung ist das nähere zu § 1991 ausgeführt. Hier ist bezüglich der **Voraussetzungen** zu bemerken:

thunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben.

Das Recht des Erben wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gläubiger nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat.

---

a) Vorausgesetzt ist **Dürftigkeit (Ärmlichkeit**; vgl. bezüglich dieser Ausdrücke Strohal II § 81; Cosack II § 383; Dernburg V § 170) **des Nachlasses** in dem Sinne, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist (vgl. § 1982, KO. § 107 Abs. 1) oder daß aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben (§ 1988 Abs. 2) oder das Konkursverfahren eingestellt worden ist (KO. § 204). Zur Erfüllung der ersteren Voraussetzung gehört nicht, wie Wendt (S. 380) annimmt, daß ein Antrag auf Nachlaßkonkurs abgelehnt worden ist, der Prozeßrichter kann vielmehr die Frage, ob die Nachlaßmasse zur Deckung der Kosten ausreicht, auch seinerseits prüfen. Allerdings wird der Erbe klug handeln, wenn er den Antrag stellt und sich damit abweisen läßt, denn dann ist er auf jeden Fall gedeckt (so auch Wilke, Haftung S. 19; Hachenburg S. 388; Bingner im sächs. Arch. Bd. 5 S. 603). Eine Nachprüfung der Frage, ob die vom Nachlaßgericht oder Konkursgericht verfügte Ablehnung bzw. Aufhebung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses gerechtfertigt gewesen sei, steht dem Prozeßrichter nicht zu (vgl. auch Rspr. 11 S. 228).

Ob die Dürftigkeit des Nachlasses in dem vorhin bezeichneten Sinne schon zur Zeit des Erbfalls vorhanden war oder erst hinterher, etwa dadurch eingetreten ist, daß der Erbe den größten Teil des Nachlasses bereits zur Befriedigung der ihm bekannt gewordenen Nachlaßgläubiger verwendet hat, ist gleichgültig (vgl. auch Rspr. 8 S. 271).

b) Keine Voraussetzung für die Anwendung des § 1990 (bzw. des § 1991) ist die Überschuldung des Nachlasses (a. A. Hachenburg S. 682; Herzfelder S. 201). Die Anwendungsfälle des § 1990 werden häufig so liegen, daß zwar nur geringfügige Aktiven aber auch nur geringfügige Passiven vorhanden sind: dem entspricht die Fassung des Eingangs des § 1990, in dem neben der Untunlichkeit des Nachlaßkonkurses auch die der Nachlaßverwaltung erwähnt wird. Dieses Ergebnis wird auch durch diejenigen Paragraphen des Gesetzbuchs bestätigt (vgl. Vorbm. zu den §§ 1990, 1991 unter Ziff. 3), in welchen die entsprechende Anwendung der §§ 1990, 1991 angeordnet ist, obschon dabei (vgl. besonders § 419 Abs. 2) eine Überschuldung des dem Gläubiger haftenden Vermögens gewiß nicht vorausgesetzt wird. Die Behauptung aber, daß die Beschränkung der Haftung auf gewisse Gegenstände nur im Falle der Überschuldung in Frage kommen könne (Herzfelder S. 202), ist offensichtlich unrichtig. Das Wesen der auf ein bestimmtes Sondervermögen sich beschränkenden Haftung besteht darin, daß der Schuldner die vom Gläubiger zu führende Zwangsvollstreckung auf die von dem in Frage kommenden Sondervermögen noch vorhandenen Gegenstände beschränken kann. Aus dieser Art der Haftungsbeschränkung ergibt sich erst bei Unzulänglichkeit des Sondervermögens (hier des Nachlasses), daß der Gläubiger ganz oder teilweise unbefriedigt bleibt. Die hier bekämpfte Meinung ist übrigens auch ganz unpraktikabel. Denn ihr zufolge müßte der Erbe, um sich einem Gläubiger gegenüber auf die §§ 1990, 1991 berufen zu können, den unter Umständen überaus schwierigen Beweis führen, daß der Nachlaß überschuldet sei. Vgl. auch Strohal II § 81 bei Anm. 3; Cosack II § 382; Binder II S. 208 Anm. 16; Dernburg V § 107. Wenn die im § 1990 bestimmte Einrede der beschränkten Haftung von manchen Schriftstellern als „Erschöpfungseinrede" (Endemann III § 101) oder als „Einrede des überschuldeten Nachlasses" (Frommhold S. 58) oder als „Unzulänglichkeitseinrede" (Herzfelder S. 200) bezeichnet wird, so ist dies deshalb irreführend, weil durch diese Bezeichnungen nicht alle Fälle getroffen werden, in welchen die auf die Dürftigkeit des Nachlasses sich stützende Einrede der beschränkten Haftung zulässig ist. Auch die von Hachenburg S. 682 und in den früheren Aufl. dieses Werkes im Anschluß an E. I (§ 2133) gewählte Bezeichnung „Abzugseinrede" ist nicht zu-

treffend. Denn bei der nach § 1990 eintretenden Haftung cum viribus hereditatis macht der Erbe dem seine Befriedigung verlangenden Nachlaßgläubiger grundsätzlich keinen Abzug, sondern verweist er diesen lediglich auf das vom Nachlaß noch Vorhandene, und ergibt sich für den Gläubiger ein Ausfall nur dadurch, daß vom Nachlaß nichts mehr vorhanden ist, oder daß das noch Vorhandene zur vollständigen Befriedigung nicht ausreicht.

c) Auf die Voraussetzungen des dem Erben nach § 1990 zustehenden Rechtes bezieht sich auch der Abs. 2, über dessen Bedeutung folgendes zu bemerken ist: Zwangsvollstreckungen und Arreste zugunsten eines Nachlaßgläubigers sind nach dem Eintritte des Erbfalls sowohl in den Nachlaß als auch — sobald die Erbschaft angenommen, CPO. § 778 Abs. 1 — in das eigene Vermögen des Erben an sich zulässig; sie werden nach CPO. § 782 auch durch Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht ausgeschlossen, vielmehr wird dadurch die Zwangsvollstreckung nur auf die zur Vollziehung eines Arrestes zulässigen Maßregeln beschränkt. Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so werden die in das eigene Vermögen des Erben erfolgten Vollstreckungsmaßregeln nach CPO. § 784 Abs. 1 auf Antrag des Erben aufgehoben; Vollstreckungsmaßregeln gegen den Nachlaß verlieren nach KO. § 221 im Nachlaßkonkurs ihre Wirksamkeit, während sie bei der Nachlaßverwaltung bestehen bleiben. Der Erbe soll nun dadurch, daß Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs aus einem äußeren Grunde nicht möglich sind, nicht schlechter gestellt werden; das Recht, die Befriedigung nach §§ 1990, 1991 zu verweigern, soll ihm auch gegenüber solchen Nachlaßgläubigern zustehen, die sich nach dem Erbfall im Wege der **Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung** durch Pfändung von beweglichen Sachen (CPO. §§ 804, 930, 931) bzw. durch Eintragung einer Sicherungshypothek (CPO. §§ 866, 867, 932) eine **dingliche Sicherung** für ihre Forderung verschafft haben. Dies bedeutet zunächst, daß Vollstreckungshandlungen, die in das eigene Vermögen des Erben erfolgt sind, auch in den Fällen der §§ 1990, 1991 rückgängig gemacht werden müssen, wenngleich dies in der CPO. nicht besonders gesagt ist. Soweit es sich aber um Nachlaßgegenstände handelt, ist die Vorschrift zunächst schon wegen Abs. 4 von § 1991 von erheblicher praktischer Bedeutung. Denn wenn z. B. ein Vermächtnisnehmer zur Sicherung seines Vermächtnisanspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung eine Hypothek oder ein Pfandrecht an einem Nachlaßgegenstand erlangt hat, so kann der Erbe hierdurch nicht gehindert werden, Nachlaßgläubiger, die dem Vermächtnisnehmer im Falle des Nachlaßkonkurses vorgehen würden, vor diesem zu befriedigen. Es ist ferner möglich, daß der Erbe zur Befriedigung von Nachlaßgläubigern oder zu anderem Zwecke Aufwendungen aus seinem Eigenvermögen gemacht hat, die er demjenigen Gläubiger, welcher in der angegebenen Weise eine Hypothek oder ein Pfandrecht an einem Nachlaßgegenstand erlangt hat, in Rechnung stellen kann. In solchem Falle muß der Erbe in der Lage sein, der Befriedigung des Gläubigers aus der Hypothek, dem Pfande insoweit entgegenzutreten, als durch sie die Verwirklichung des ihm aus dem Nachlaß gebührenden Ersatzes vereitelt würde.

Die Vormerkung dient nach § 883 zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes. Besteht ein solcher persönlicher Anspruch gegen den Erblasser, so unterliegt er zugunsten des Erben der Beschränkung nach § 1990. Wenn jedoch der Gläubiger für den Anspruch eine Vormerkung erlangt hat, so kann sich der Erbe, soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, nach § 884 auf die Beschränkung seiner Haftung nicht berufen. Diese Bedeutung wird durch § 1990 Abs. 2 derjenigen Vormerkung entzogen, welche der Gläubiger erst nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der **einstweiligen Verfügung** erwirkt hat. War dagegen zugunsten des Nachlaßgläubigers auf Grund der Bewilligung des Erben eine Vormerkung eingetragen worden, so bewendet es, mit Rücksicht darauf, daß in dieser Bewilligung eine vom Erben in Ansehung eines Nachlaßgegenstandes getroffene Verfügung gelegen ist, bei der Vorschrift des § 884.

d) Unentschieden läßt das Gesetz die von Strohal II § 81 Anm. 12 aufgeworfene Frage, ob der Erbe im Falle des § 1990 der von einem Erbengläubiger in einen zum Nachlaß gehörenden Gegenstand geführten Zwangsvollstreckung nach Analogie der für den Fall der Nachlaßverwaltung maßgebenden Bestimmung von CPO. § 784 Abs. 2 mit Erfolg widersprechen kann. Das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt, der die Bejahung (dafür aber Dernburg V § 170 Anm. 15, welcher sogar den Nachlaßgläubigern ein direktes Widerspruchsrecht geben will) rechtfertigen würde. Für dasjenige, was den Nachlaßgläubigern infolge einer solchen Zwangsvollstreckung entgeht, muß aber der Erbe nach § 1978 Ersatz leisten.

§. 1991. Macht der Erbe von dem ihm nach §. 1990 zustehenden Rechte Gebrauch, so finden auf seine Verantwortlichkeit und den Ersatz seiner Aufwendungen die Vorschriften der §§. 1978, 1979 Anwendung.

Die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Erben als nicht erloschen.

Die rechtskräftige Verurtheilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers wirkt einem anderen Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung.

Die Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen hat der Erbe so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden.

---

§ 1991.

E. I § 2133; II § 1866 rev. § 1968; III § 1966. P. I E. 11049 ff., 11091 ff., 11100 ff., 11458; M. V E. 654 ff. P. II Bd. 5 E. 796 ff. D. E. 723 f.

1. Macht der Erbe von dem ihm nach § 1990 zustehenden Rechte zur Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß Gebrauch, so gelten folgende Grundsätze:

a) **Was als Nachlaß in Betracht kommt**, bestimmt sich im Falle des § 1990, nicht wie nach §§ 1973, 1974, 1889 nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, vielmehr ist gemäß § 1991 Abs. 1, § 1978 der Erbe dem Gläubiger für die vor der Annahme der Erbschaft besorgten erbschaftlichen Geschäfte nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag und von der Annahme der Erbschaft an für die Verwaltung des Nachlasses wie ein Beauftragter verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit besteht nicht nur bis zu dem Zeitpunkt, in welchem etwa der Erbe einen vom Gericht abgelehnten Antrag auf Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs gestellt hat, auch nicht, wie Wendt (S. 384) meint, nur bis zur Klageerhebung seitens des Gläubigers, sondern mit der aus Erl. d sich ergebenden Einschränkung solange, als Nachlaßgegenstände noch vorhanden sind. Auf der anderen Seite kann der Erbe nach denselben Grundsätzen Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 1991 Abs. 1, § 1978 Abs. 3), und es wird im Verhältnisse zwischen ihm und dem Gläubiger eine Absonderung des Nachlasses vorgenommen, der zufolge die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten (§ 1991 Abs. 2). Im Gegensatze zur Nachlaßverwaltung und zum Nachlaßkonkurse (§ 1976) findet jedoch nicht eine absolut wirkende Wiederherstellung der erloschenen Rechtsverhältnisse statt, sondern es gelten diese Rechtsverhältnisse nur im Verhältnis zwischen dem betreffenden Gläubiger und dem Erben als nicht erloschen (vgl. dazu Strohal II § 81 Anm. 3a).

Nach dem E. III sollten auf die Verantwortlichkeit des Erben auch die Vorschriften des § 1980 Anwendung finden. Die Reichstagskommission hat das Zitat des § 1980 gestrichen, weil in den Fällen des § 1990 von einer Anwendung des § 1980 „nicht die Rede sein" könne. Dies ist unrichtig. Die Nachlaßmasse kann gerade dadurch so geringfügig geworden sein, daß der Erbe den Antrag auf Konkurseröffnung nicht rechtzeitig gestellt hat. Alsdann gehört freilich der Ersatzanspruch gegen den Erben zur Masse. Wenn aber der Erbe tatsächlich nicht imstande ist, dem Ersatzanspruch in voller Höhe zu genügen, so kann es trotzdem dahin kommen, daß der Konkurs über den Nachlaß wegen mangelnder Masse nicht eröffnet werden kann. Soll dann der Erbe für den von ihm angerichteten Schaden dem einzelnen Gläubiger nicht wenigstens soweit aufkommen müssen, als er zahlen kann? Diese Frage muß, obschon die Berufung des § 1980 in § 1991 Abs. 1 gestrichen worden ist, bejaht werden. Denn § 1980 enthält nur eine Folgerung aus dem im § 1978 ausgesprochenen und auch im Falle der §§ 1990, 1991 zur Geltung zu bringenden Grundgedanken (vgl. auch Strohal II § 81 Anm. 5; Dernburg V § 170 Anm. 12).

b) Hat der Erbe zur Befriedigung von Nachlaßgläubigern oder in anderer Weise auf den Nachlaß **Aufwendungen** aus seinem Eigenvermögen gemacht, die er dem Gläubiger nach Maßgabe der §§ 1978—1980 in Rechnung stellen darf, so kann er ihren Betrag von einer ihm dem Nachlaßgläubiger gegenüber nach Maßgabe derselben Paragraphen obliegenden Ersatzleistung ohne weiteres in Abzug bringen. Ist aber eine derartige Befriedigung nicht tunlich, so kann er, wenn ihn

der Gläubiger rücksichtlich der Aufwendungen nicht befriedigt, darauf bestehen, daß aus dem vom Gläubiger bei der von ihm geführten Zwangsvollstreckung erzielten Eingange zuerst die erwähnten Aufwendungen gedeckt werden und dann erst die Forderung des Gläubigers. Da der Erbe den Nachlaß nach § 1990 nur derart „herauszugeben" hat, daß der Gläubiger hierdurch in die Lage kommt, sich aus demjenigen zu befriedigen, was nach Deckung der dem Erben zu ersetzenden Aufwendungen erübrigt, so ist die Frage, ob der Erbe der Zwangsvollstreckung des Gläubigers durch Geltendmachung des im § 273 Abs. 2 bestimmten Zurückbehaltungsrechtes entgegentreten könne, hier nicht anders zu beantworten als im Falle des § 1973 und daher nach der Auffassung des Herausgebers zu bejahen, nach der des Bearbeiters in Übereinstimmung mit den P. II Bd. 5 S. 773 bei voraussichtlichem Vorhandensein eines Überschusses dagegen zu verneinen. Vgl. die ausführliche Erörterung in Erl. 5c α zu § 1973.

c) Der Erbe ist in den Fällen der §§ 1990, 1991 nicht wie nach den §§ 1973, 1974, 1989 befugt, die Herausgabe des Nachlasses durch Zahlung des Wertes abzuwenden; anders nur nach § 1992 Satz 2, § 2187 Abs. 3.

d) Bei Vorhandensein **mehrerer Nachlaßgläubiger** ist folgendes zu beachten: Solange der Erbe den Umständen nach (ohne daß ihm dabei eine Fahrlässigkeit zur Last fällt) zur Annahme berechtigt ist, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreiche, darf er die ihm bekannt werdenden Nachlaßgläubiger aller Art befriedigen, bzw. deren Befriedigung aus dem Nachlaß zulassen, ohne sich dadurch den später auftretenden Gläubigern verantwortlich zu machen (§ 1991 Abs. 1 i. V. m. § 1979). Sobald die bezeichnete Annahme nicht mehr begründet ist, kommt es in aller Regel darauf an, ob eine den Kosten des Konkursverfahrens entsprechende Masse noch oder nicht mehr vorhanden ist. Trifft jene Voraussetzung zu, so hat der Erbe (abgesehen von dem Falle, daß die Überschuldung des Nachlasses auf Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen oder auf Ansprüchen ausgeschlossener oder nach § 1974 zu behandelnder Gläubiger beruht) die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Unterläßt er dies und fährt er also mit der Befriedigung von Nachlaßgläubigern fort oder auch nur mit der Zulassung der von einzelnen Nachlaßgläubigern betriebenen Zwangsvollstreckung, so wird er dadurch den noch unbefriedigten Nachlaßgläubigern nach den §§ 1978—1980 (vgl. Erl. a a. E.) verantwortlich (vgl. auch ObLG. Colmar bei Scherer, Das VI. Jahr des BGB. S. 332). Ist der Nachlaßbestand durch solches Gebaren des Erben zur Dürftigkeit im Sinne des § 1990 herabgedrückt worden, so ist dem Erben die Geltendmachung der im § 1990 bestimmten Haftungsbeschränkung noch nicht verschlossen (vgl. auch ObLG. Dresden in Lobes CBl. 6 S. 414). Allein er hat zum Nachlaß aus seinem Eigenvermögen zu ersetzen, was erforderlich ist, damit der unbefriedigte Nachlaßgläubiger soweit befriedigt werde, als er im Falle der rechtzeitigen Eröffnung des Nachlaßkonkurses zur Befriedigung gelangt wäre (vgl. auch oben unter a). Obschon an eine unmittelbare Übertragung der Vorschrift von KO. § 225 Abs. 2 auf den Fall des § 1990 nicht zu denken ist (vgl. auch Planck DJZ. IV S. 367), so gewinnt man auf dem bezeichneten Wege doch ein Ergebnis, das praktisch demjenigen nahe kommt, zu welchem im Falle des Nachlaßkonkurses die Anwendung des Abs. 2 von § 225 KO. führt.

Ist der Nachlaß zur Zeit, in der sich dessen Überschuldung herausstellt, bereits ein dürftiger im Sinne des § 1990, so greifen **zwei positive Vorschriften** ein:

α) die des § 1991 Abs. 3 und

β) die des § 1991 Abs. 4 (betreffend die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen).

Sieht man von den in der Vorschrift β erwähnten Gläubigern zunächst ab, so geht von den sonst noch vorhandenen unbefriedigten Gläubigern derjenige vor, welcher bereits die **rechtskräftige Verurteilung des Erben** zur Befriedigung erwirkt hat (§ 1991 Abs. 3). Der Erbe ist demgemäß diesem Gläubiger gegenüber verpflichtet, zu dessen Nachteil die Befriedigung eines anderen Gläubigers aus dem Nachlaß weder zu bewirken noch zuzulassen. Selbst dem nach § 1991 Abs. 3 bevorrechteten Gläubiger wird der Erbe aber eine ihm selbst gegen den Nachlaß zustehende (nicht unter § 1991 Abs. 4 fallende) Forderung als Passivposten in Rechnung stellen dürfen.

Gehört zu den noch unbefriedigten Nachlaßgläubigern ein Gläubiger kraft **Pflichtteilsrechtes** oder ein **Vermächtnisgläubiger** oder ein zum **Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigter**, so darf der Erbe dessen Befriedigung zum Nachteil eines nicht zu dieser Gruppe gehörenden Nachlaßgläubigers weder bewirken noch zulassen, selbst dann nicht, wenn jener Gläubiger bereits die rechtskräftige Verurteilung des Erben erwirkt hat. Denn nach den im

§ 1991 Abs. 4 für maßgebend erklärten Vorschriften des § 226 KO. kommen die Gläubiger der Gruppe β erst nach allen anderen Nachlaßgläubigern zur Befriedigung. Sind aber mehrere Gläubiger der in Abs. 4 von § 1991 bezeichneten Art vorhanden, so hat der Erbe dafür zu sorgen, daß diese Gläubiger in der in § 226 KO. bestimmten Reihenfolge und mehrere Gläubiger derselben Untergruppe verhältnismäßig zur Befriedigung gelangen. Dabei ist zu beachten, daß innerhalb der Gruppe β, bzw. der sich wieder bildenden Untergruppen die durch § 1974 betroffenen Gläubiger den durch diese Bestimmung nicht betroffenen Gläubigern nachstehen (KO. § 226 Abs. 4).

Die in der Literatur aufgeworfene Frage, ob der Erbe bei der Befriedigung der nicht zur Gruppe β gehörenden Gläubiger im Interesse der nicht ausgeschlossenen und auch durch § 1974 nicht betroffenen Gläubiger dafür zu sorgen habe, daß nicht auf deren Kosten ein ausgeschlossener oder durch § 1974 betroffener Gläubiger zur Befriedigung gelange (dafür Strohal II § 81 Anm. 13b), dürfte wegen des Mangels einer die Bejahung rechtfertigenden gesetzlichen Bestimmung zu verneinen sein.

Soweit die vorerwähnten Vorschriften von § 1991 Abs. 3, 4 nicht eingreifen, ist der Erbe, obschon er die Überschuldung des dürftigen Nachlasses kennt, bei der Befriedigung der sich meldenden Nachlaßgläubiger an die Einhaltung einer Reihenfolge nicht gebunden, selbst dann nicht, wenn sich unter den noch unbefriedigten Verbindlichkeiten solche befinden, die im Falle des Nachlaßkonkurses als Masseschulden zu behandeln sein würden (P. II Bd. 5 S. 801). Selbst die Reihenfolge, in der die Gläubiger sich angemeldet haben, braucht der Erbe nicht zu beachten. Er kann in betreff der Befriedigung der ihm bekannten Gläubiger willkürlich vorgehen, einzelne von ihnen nach seiner Wahl befriedigen und sich dann den leer ausgegangenen gegenüber auf die Erschöpfung des Nachlasses berufen; er kann insbesondere auch seine eigenen nicht zur Gruppe β gehörenden Forderungen gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger in Ansatz bringen und diese auf dasjenige verweisen, was nach Deckung jener Forderungen noch übrig bleibt. Anders ist das Vorgehen des Erben selbstverständlich zu beurteilen, wenn er den Nachlaß schuldbarerweise zur Befriedigung nicht begründeter Ansprüche verwendet. Wegen eines hierdurch bewirkten Abgangs würde er in der Weise haften, daß der zu leistende Ersatz im Interesse der ihr Recht verfolgenden Gläubiger als zum Nachlaß gehörend behandelt wird. Dieselbe Beurteilung wird einzutreten haben, wenn und soweit sich die einzelnen Nachlaßgläubigern im Wege der Hingabe an Zahlungsstatt geleistete Befriedigung als eine offenbare Verschleuderung von Nachlaßgegenständen darstellt (vgl. übrigens auch oben Erl. 1a). Endlich mag noch erwähnt werden, daß der Erbe, soweit er durch sein böswilliges Verhalten einem Nachlaßgläubiger nutzlose Kosten verursacht hat, zweifellos nach § 826 schadensersatzpflichtig ist.

Der dargelegten Auffassung steht § 1991 Abs. 1 nicht entgegen. Aus der darin enthaltenen Berufung der §§ 1978, 1979 scheint zwar gefolgert werden zu können, daß der Erbe auch im Falle des § 1990 verantwortlich werde, wenn er in Kenntnis des Umstandes, daß der Nachlaß zur Befriedigung aller Nachlaßgläubiger nicht ausreiche, einzelne Nachlaßgläubiger außerhalb der konkursmäßigen Rangordnung befriedige, und daß eine Änderung hierin mit Rücksicht auf § 1991 Abs. 3 erst dann eintrete, wenn ein Nachlaßgläubiger vor den anderen die rechtskräftige Verurteilung des Erben erwirkt und hierdurch das früher besprochene Vorrecht erlangt habe. Allein diese Auslegung wird durch das aus Abs. 4 von § 1991 sich ergebende argumentum a contrario ausgeschlossen. Es führt unabweisbar dahin, daß der Erbe im Falle des § 1990, soweit nicht § 1991 Abs. 4 Abweichendes vorschreibt, bei der Befriedigung der Nachlaßgläubiger zur Einhaltung der konkursmäßigen Rangordnung nicht verpflichtet und somit zu dem oben dargelegten Vorgehen berechtigt ist. Die in Abs. 1 von § 1991 enthaltene Berufung von § 1979 wird hierdurch keineswegs bedeutungslos. Denn in Ansehung der Zeit, während welcher eine den Kosten des Konkursverfahrens entsprechende Masse noch vorhanden war, kommt § 1979 zur vollen Anwendung; liegt aber bereits ein dürftiger Nachlaß im Sinne des § 1990 vor, so kommt die Vorschrift des § 1979 dem Erben für diejenige Zeit, während welcher er von der Überschuldung des Nachlasses weder wußte noch wissen mußte, doch insofern zustatten, als er wegen Nichteinhaltung der Vorschriften des § 1991 Abs. 3, 4 nicht verantwortlich wird.

Nur auf diesem Wege gelangt man zu in sich geschlossenen und zugleich praktisch brauchbaren Ergebnissen. Einzelne Unbilligkeiten lassen sich dabei freilich nicht vermeiden, aber sie sind doch bei weitem erträglicher, als es die Belastung des Erben mit der Verpflichtung zur konkursmäßigen Verteilung des dürftigen Nachlasses sein würde. So auch die herrschende

Meinung (vgl. Hagen S. 156, 158; Cosack II § 382; Strohal II § 81 Anm. 14; Binder II S. 208 bei Anm. 18; Dernburg V § 170 bei Anm. 14).

c) Dem wegen bereits eingetretener Erschöpfung des Nachlasses unbefriedigt gebliebenen Nachlaßgläubiger steht gegenüber denjenigen Nachlaßgläubigern, welche Befriedigung noch erlangt haben, ein Anspruch auf vollständige oder teilweise Herausgabe des von diesen Empfangenem grundsätzlich nicht zu. Hatte der Erbe jedoch aus dem Nachlasse Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse oder Auflagen erfüllt (oder deren Befriedigung aus dem Nachlaß auch nur zugelassen), so kann ein Nachlaßgläubiger, der im Konkursverfahren über den Nachlaß dem Empfänger der Leistung im Range vorgehen oder gleichstehen würde, die Leistung nach Maßgabe von § 3a AnfGes. anfechten.

2. Die Durchführung der in den §§ 1990, 1991 bestimmten Haftungsbeschränkung gestaltet sich nicht vollständig aber doch annähernd ebenso, wie dies bereits in Erl. 5 und 6 zu § 1973 ausgeführt worden ist.

a) Es soll zunächst angenommen werden, daß der Leistungsanspruch des Gläubigers vom Erben nicht bestritten wird. Steht außerdem fest, daß der Gläubiger aus dem Nachlaß noch befriedigt werden kann, ohne daß der Erbe hierdurch den Vorschriften der Abs. 3, 4 von § 1991 zuwider handelt, so wird der Erbe regelmäßig bereit sein, den Gläubiger zu befriedigen, oder ihm auf kurzem Wege die Führung der Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Nachlaßgegenstände zu ermöglichen, oder sich mit ihm über die Übernahme des ganzen Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände an Zahlungsstatt zu verständigen (hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen kostensparenden Vorgehens vgl. Erl. 5a zu § 1973; über den dabei möglichen Fall der Verschleuderung vgl. oben Erl. 1d a. E.). Ist vom Erben ohne Prozeß liquid gestellt, daß der Nachlaß bereits erschöpft, oder daß von diesem nur ein den Anspruch des Gläubigers nicht mehr vollständig deckender Überrest vorhanden ist, so wird der Gläubiger in jenem Falle auf die Geltendmachung seines Anspruchs verzichten und in diesem Falle sich mit dem begnügen, was er erreichen kann. Eine vertragliche Verständigung mit dem Erben wird dabei für den Gläubiger meist günstiger sein als prozessuales Vorgehen.

b) Sieht sich der Gläubiger zur gerichtlichen Verfolgung seines Anspruchs (in betreff der Festsetzung des Streitwertes vgl. RG. Bd. 54 S. 411) genötigt, so hat er wegen Abs. 3 von § 1991 ein wesentliches Interesse an der möglichst raschen Erlangung der rechtskräftigen Verurteilung des Erben. Praktischen Sinn hat übrigens ein klageweises Vorgehen des Gläubigers selbstverständlich nur, wenn er mit einiger Wahrscheinlichkeit auf vollständige oder doch wenigstens teilweise Befriedigung seiner Forderung rechnen kann.

In dem durch die Erhebung der Klage auf Leistung anhängig gemachten Prozesse braucht die Frage, ob der Nachlaß zur Befriedigung des Gläubigers noch ganz oder teilweise ausreicht oder bereits vollständig erschöpft ist, nicht verhandelt zu werden. Der verklagte Erbe kann das ihm nach § 1990 zustehende Beschränkungsrecht bereits dadurch wahren, daß er sich die Beschränkung der Haftung im Urteil vorbehalten läßt (vgl. CPO. § 780 Abs. 1; über diejenigen Fälle, in welchen auch dieser Vorbehalt entbehrlich ist vgl. Abs. 2 das., hierzu die Ausführung S. 93 und Vorbm. 6 zu §§ 1993ff.). Alles weitere spielt sich dann erst im Stadium der Zwangsvollstreckung ab (vgl. Rspr. 9 S. 385; RG. in JW. 1905 S. 532). Stellt der Erbe schon in dem vom Gläubiger anhängig gemachten Prozesse liquid, daß der Nachlaß bereits erschöpft ist (u. zw. ohne daß ihn deswegen eine Verantwortlichkeit trifft), so kann er übrigens auch kostenpflichtige Abweisung des Klägers durchsetzen (vgl. Eccius S. 617, 630; Strohal II § 86 Anm. 8; s. auch die vorgenannten gerichtlichen Entscheidungen und dazu RG. Bd. 34 S. 277, preuß. Recht betreffend, aber auch für BGB. zutreffend). Eine Verurteilung des Erben mit dem allgemeinen Beisatz, daß die Zwangsvollstreckung nur in den Nachlaß geführt werden könne oder mit einer die Objekte der künftigen Zwangsvollstreckung speziell anführenden Beifügung (dafür Dernburg V § 170 Anm. 10) ist juristisch möglich (vgl. Rspr. 11 S. 229 und auch RG. in JW. 1905 S. 532), kann aber aus den bereits in Erl. 6 zu § 1973 ausgeführten und auch hier zutreffenden Gründen zu einer Verschlechterung der dem Gläubiger nach § 1990 zukommenden Stellung führen und wird daher gegen den Antrag des Gläubigers nicht auszusprechen sein. Besteht, was vom Nachlaß noch vorhanden ist, in einem vom Erben herauszugebenden Geldbetrag, so kann die Beschränkung der Haftung ihrem Betrage nach unbedenklich schon im Urteil festgestellt werden (vgl. RG. Bd. 54 S. 413).

c) Schreitet der Gläubiger auf Grund des erwirkten Vollstreckungstitels zur **Zwangsvollstreckung**, so bleibt (dafern sich nicht aus dem Vollstreckungstitel eine besondere Beschränkung ergibt) nach § 781 CPO. „die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben *Einwendungen* erhoben werden". Für den vorsichtigen Gläubiger scheint es empfehlenswert zu sein, wenn er dem auf die Beschränkung der Haftung nach § 1990 sich berufenden Erben gegenüber ehetunlichst das Verlangen auf Auskunfterteilung und Rechenschaftsablegung, eventuell auf Leistung des Offenbarungseides (vgl. §§ 259, 260) stellt. Allein *hat er darauf ein Recht*?

Hier wiederholt sich die bereits in Erl. 5c zu § 1973 (s. oben S. 114) berührte Frage. Der *Herausgeber* verneint sie aus den a. a. O. ausgeführten Gründen, denen hier noch folgendes beigefügt wird: Ein selbständiges Recht auf Auskunfterteilung gegen den Erben gibt das BGB. den Nachlaßgläubigern nach §§ 2011, 2012 nur in denjenigen Fällen, in welchen dem Erben oder dem Nachlaßpfleger eine Inventarfrist nicht gesetzt werden kann. In allen anderen Fällen wird es, und wohl mit Recht, als genügend angesehen, daß den Gläubigern das Recht zusteht, den Erben auf dem durch § 1994 bezeichneten Wege zu der Einreichung eines ordnungsmäßigen Inventars bei dem Nachlaßgerichte zu nötigen. Das eingereichte Inventar aber, dessen Einsicht den Gläubigern jederzeit freisteht, bildet eine genügende Grundlage für das Vorgehen des Gläubigers, obwohl es ihm ja allerdings keinen Aufschluß über die späteren Schicksale der Erbschaft gibt.

Nach der Auffassung des *Bearbeiters* erwächst dem Gläubiger das in Frage kommende Recht daraus, daß der Erbe auf Grund des § 1990 die Befriedigung des Gläubigers ganz oder teilweise verweigert. Bei solcher Lage muß es dem Gläubiger, bevor er die Gefahr vergeblicher Prozeßführung und Zwangsvollstreckung auf sich nimmt, nach der Ansicht des *Bearbeiters* ermöglicht sein, darüber Aufschluß zu erhalten, wie es mit dem Nachlaß *gegenwärtig* steht, was er aus dem Inventar selbstverständlich nicht entnehmen kann (vgl. auch M. V S. 618, 627). Die *positive* Stütze für seine Ansicht findet aber der *Bearbeiter* im § 1991 Abs. 1 (i. V. m. den daselbst berufenen §§ 1978, 1979; vgl. auch Erl. 2b zu § 1978). Denn die genannte Bestimmung greift ein, sobald der Erbe von dem Rechte des § 1990 „*Gebrauch macht*"; diese Voraussetzung dürfte aber bereits gegeben sein, wenn der Erbe die Befriedigung des Gläubigers auf Grund des § 1990 auch nur *außergerichtlich* ganz oder teilweise verweigert.

Wie man über diesen Punkt aber auch immer denken mag, so wird es für den Gläubiger schon wegen der Frage der Prozeßkosten nützlich sein, wenn er sich durch vorläufige Anfrage an den Erben Aufschluß über den für seine Befriedigung noch zur Verfügung stehenden Nachlaßrest zu verschaffen sucht. Denn nur in diesen kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung mit Aussicht auf Erfolg führen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß dasjenige, was der Erbe nach §§ 1978 bis 1980 zu ersetzen hat, als zum Nachlaß gehörend zu behandeln ist (§ 1978 Abs. 2), und daß die Zwangsvollstreckung des Gläubigers somit insoweit auch in das Eigenvermögen des Erben geführt werden kann (vgl. auch OLG. Dresden in Lobes Z. 6 S. 416). Beeinträchtigt der Gläubiger durch die von ihm geführte Zwangsvollstreckung das dem Erben nach § 1990 zukommende Recht zur Beschränkung der Haftung, so setzt er sich dadurch der *Vollstreckungsgegenklage* des Erben aus. Um mit dieser durchzudringen, muß der Erbe vor allem dartun, daß es sich um einen dürftigen Nachlaß im Sinne des § 1990 handelt (vgl. dazu Erl. a zu § 1990). Er hat sodann durch *Auskunfterteilung* und *Rechenschaftsablegung*, eventuell durch Leistung des *Offenbarungseides* (§§ 259, 260) darzulegen, wie sich die Verhältnisse des Nachlasses gestaltet haben (vgl. dazu auch Erl. 5c zu § 1973). Gelingt ihm hierbei der Nachweis, daß der Nachlaß bereits erschöpft ist, ohne daß ihn dabei eine Verantwortlichkeit nach den §§ 1978—1980 trifft, so bleibt der Gläubiger gänzlich unbefriedigt. Stellt sich ein Nachlaßrest als noch vorhanden heraus, so kann der Erbe die Zwangsvollstreckung des Gläubigers auf die den Nachlaßrest bildenden Gegenstände beschränken. Der Pfändung dieser Gegenstände durch den Gläubiger kann aber der Erbe im Falle des § 1990 selbst dann nicht mit Erfolg widersprechen, wenn sie sonst nach § 811 CPO. der Pfändung nicht unterworfen sind (vgl. KG. in Rspr. 1 S. 431). Soweit sich die Vollstreckungsgegenklage des Erben als unbegründet erweist, vermag der Gläubiger die begonnene Zwangsvollstreckung mit Erfolg durchzuführen. Was nach Befriedigung des Gläubigers erübrigt, *verbleibt dem Erben* und bildet zugleich den Gegenstand, mit welchem dieser den weiteren noch unbefriedigten Nachlaßgläubigern haftet.

Durch die vorstehenden Ausführungen ist zugleich die Grundlage für das richtige Verständnis von § 1990 Abs. 1 Satz 2 gewonnen. Wenn das Gesetz dem die Beschränkung der

§. 1992. Beruht die Ueberschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen, so ist der Erbe, auch wenn die Voraussetzungen des §. 1990 nicht vor-

---

Haftung geltend machenden Erben wie im Falle des § 1973 so auch hier die Verpflichtung auferlegt, daß er den Nachlaß (bzw. den Nachlaßrest) dem Gläubiger zum Zwecke der von diesem im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzenden Befriedigung herausgebe, so will es damit nicht nur (so Dernburg V § 170) ausdrücken, daß es sich hierbei um eine Haftung cum viribus hereditatis handelt, sondern auch, daß der Erbe, soweit es an ihm liegt, dem Gläubiger die Führung der Zwangsvollstreckung in das vom Nachlaß noch Vorhandene durch Auskunfterteilung und Rechenschaftsablegung zu ermöglichen hat und daß er, soweit er dieser Verpflichtung nicht genügt, die Führung der Zwangsvollstreckung auch in sein Eigenvermögen dulden muß (vgl. hierzu Erl. 6 zu § 1973 und RG. Bd. 34 S. 279).

d) Geht die Forderung des die Befriedigung verlangenden Nachlaßgläubigers nicht auf Geld, so gilt das bereits in Erl. 5c zu § 1973 Ausgeführte grundsätzlich auch hier, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Geltendmachung der Forderung nach ihrem Schätzwerte hier, also im Falle des § 1990, in noch viel höherem Maße geraten ist als in dem des § 1973. Denn eine auf den ursprünglichen Leistungsgegenstand sich richtende Zwangsvollstreckung würde sich (abgesehen von ganz seltenen Ausnahmefällen) im Falle des § 1990 nur dann als durchführbar erweisen, wenn der geschuldete Gegenstand im Nachlaß vorhanden ist (vgl. Rspr. 7 S. 136). Selbst wenn dies zutrifft, würde der Erbe dem Gläubiger aber doch seine Gegenansprüche in Rechnung stellen können, die sich freilich hier nicht nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, sondern nach § 1991 bestimmen (vgl. Erl. 5cγ zu § 1973).

3. Bezüglich der Frage, ob eine der Beschränkung nach §§ 1990, 1991 ausgesetzte Forderung zur Aufrechnung verwendet werden kann, ist zu unterscheiden, ob der Nachlaßgläubiger Schuldner des Nachlasses oder Schuldner des Erben aus einer nicht zum Nachlasse gehörenden Forderung ist. Im ersteren Falle ist die Aufrechnung grundsätzlich (vgl. jedoch auch Erl. 5 zu § 1992) zulässig. Der Nachlaßgläubiger hat in dem, was er schuldet, gewissermaßen eine dingliche Sicherheit (vgl. § 1211) und kann nicht schlechter gestellt sein als im Nachlaßkonkurs, in welchem ihm nach KO. §§ 53 ff. die Aufrechnung gestattet ist. Freilich steht der Wortlaut des § 390 entgegen, welcher schlechthin eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, von der Aufrechnung ausschließt. Allein der Zweck des § 1990 ist nur, den Erben zu schützen und in dem § 2139 des E. I, der von der zweiten Kommission als durch den jetzigen § 390 gedeckt gestrichen ist (P. II Bd. 5 S. 804), war nur die Aufrechnung der Forderung eines Nachlaßgläubigers gegen eine nicht zum Nachlasse gehörende Forderung des Erben mit Bezug auf die Abzugseinrede einer Beschränkung unterworfen. In dem letztgedachten Falle ist die Aufrechnung nach § 390 gegen den Willen des Erben nicht möglich; der Erbe kann die seitens des Nachlaßgläubigers schon vollzogene Aufrechnung durch Geltendmachung des Rechtes aus § 1990 rückgängig machen.

Beruht die Forderung, welcher gegenüber der Erbe die Beschränkung seiner Haftung nach § 1990 geltend macht, auf einem gegenseitigen Vertrage, so kann auf sie doch auch hier (vgl. Erl. 7 zu § 1973) die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gestützt werden.

4. Die Verjährung der gegen den Nachlaß gerichteten Ansprüche wird durch das dem Erben nach § 1990 zustehende Recht nicht gehemmt (vgl. die Erl. zu § 202 Nr. 3 a. E., Bd. I S. 344).

5. Wenn der Erbe in Unkenntnis der Unzulänglichkeit des Nachlasses einen Nachlaßgläubiger befriedigt hat, während er von dem Rechte aus § 1990 hätte Gebrauch machen können, so steht ihm, sofern er nicht durch § 1979 gedeckt ist, nach §§ 813, 814 insoweit ein Rückforderungsrecht zu, als die berichtigte Forderung bei dem Verfahren nach § 1990 ausgefallen sein würde. Vgl. für preuß. Recht Dernburg, Privatrecht Bd. III § 224 Anm. 7 a. E., auch RG. Bd. 8 S. 271. Die hier getroffene Entscheidung entspricht der herrschenden Meinung; Bedenken bei Th. Sohm, Mecklenburgische Ztschr. 20 S. 384.

§ 1992.

E. II § 1867 rev. § 1969; III § 1967. P. II Bd. 5 S. 762 f., 802 ff., 816. D. E. 724.

Haftung des Erben im Falle der Überschwerung des Nachlasses mit Vermächtnissen und Auflagen.

1. Vermächtnisse und Auflagen sind, wenn es zum Nachlaßkonkurse kommt, an der in der KO. § 226 bezeichneten Stelle (s. Erl. zu § 1991 Nr. 1 d) anzusetzen; im Falle der

liegen, berechtigt, die Berichtigung dieser Verbindlichkeiten nach den Vorschriften der §§. 1990, 1991 zu bewirken. Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Werthes abwenden.

Nachlaßverwaltung sind sie bei Zulänglichkeit des Nachlasses vom Verwalter zu berichtigen; sind Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung mangels ausreichender Masse nicht tunlich, so hat der Erbe schon nach §§ 1990, 1991 das Recht, auch Vermächtnisnehmer und Auflagenempfänger in der dort bezeichneten Weise abzufinden. Diese Befugnis des Erben bedarf aber einer Erweiterung mit Rücksicht darauf, daß die Vermächtnisnehmer und diejenigen, welche berechtigt sind, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, nach KO. § 219, von einem Ausnahmefalle abgesehen (s. u. Erl. 3), **nicht befugt sind**, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, und daß auch der Erbe sowie der Nachlaßverwalter nach § 1980 Abs. 1 Satz 2, § 1985 Abs. 2 ihnen gegenüber trotz bestehender Überschuldung des Nachlasses zur Stellung des Antrags nicht verpflichtet sind. Führt nun eine gütliche Verhandlung mit den Vermächtnisnehmern ꝛc. nicht zum Ziele, so muß dem Erben ein **besonderes Mittel** an die Hand gegeben werden, um seine beschränkte Haftung zu wahren und den Nachlaßkonkurs zu vermeiden, dessen Herbeiführung durch Vermächtnisse und Auflagen dem bei der Anordnung solcher Verfügungen bestimmend gewesenen Willen des Erblassers widerstreiten würde. Demgemäß ist der Erbe durch § 1992 für befugt erklärt, sofern die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht, **auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen, also ohne amtliche Nachlaßabsonderung**, die Berichtigung **dieser Verbindlichkeiten** nach §§ 1990, 1991 zu bewirken. Dabei ist besonders § 1991 Abs. 4 zu beachten, demzufolge in der Regel (vgl. aber doch auch KO. § 226 Abs. 3, 4) eine **gleichmäßige Berichtigung** aller Vermächtnisse eintreten muß (vgl. Erl. 1 d zu § 1991). Das gleiche Recht wie dem Erben steht dem **Nachlaßverwalter** zu (P. II Bd. 5 S. 816). Der Erbe und der Nachlaßverwalter können auch die Konkurseröffnung herbeiführen. Bedienen sie sich rechtsverständiger Beihilfe, um die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten insbesondere gemäß § 1991 Abs. 4, ordnungsmäßig zu bewirken, so können die dadurch verursachten Kosten nach § 1991 Abs. 1 i. V. m. § 1978 Abs. 3, § 670 insoweit in Anrechnung gebracht werden, als durch Vermeidung des Konkurses den Nachlaßgläubigern Kosten erspart sind. Wille, Haftung S. 23.

Geht der Vermächtnis- oder Auflageanspruch **nicht auf Geld**, so wird er, da es sich im Falle des § 1992 immer um einen überschuldeten Nachlaß handelt, grundsätzlich seinem **Geldwerte** nach geltend gemacht werden müssen. Handelt es sich jedoch um Leistung eines im Nachlaß **vorhandenen bestimmten Gegenstandes**, so wird ihre Bewirkung **gegen Einschuß** desjenigen Betrages, welchen der Erbe nach § 1992 vom Werte des Gegenstandes in Abzug bringen darf, allerdings verlangt werden können, und wird dem Erben auch das in Satz 2 bestimmte Abfindungsrecht nicht zuzugestehen sein.

2. Abweichend von den §§ 1990, 1991 und entsprechend den für die Haftung des Erben gegenüber einem ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger geltenden Vorschriften (§ 1973 Abs. 2 Satz 2) wird durch Satz 2 dem Erben nachgelassen, die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände an den Vermächtnisnehmer, d. h. praktisch die Führung der Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände **durch Zahlung des Wertes abzuwenden** (vgl. aber auch Erl. 1 a. E.). Die Bestimmung des Wertes richtet sich wie im Falle des § 1973 Abs. 2 Satz 2 **nach dem Zeitpunkt**, in welchem der Erbe von der ihm zustehenden **facultas alternativa** Gebrauch macht. Was in dieser Beziehung in Erl. 5 c δ zu § 1973 bemerkt worden ist, gilt auch hier. Hat ein Vermächtnisgläubiger also z. B. das ihm vom Erben außergerichtlich gemachte Angebot auf Zahlung des dem **jetzigen** (Zeit des Angebots) Werte der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände entsprechenden Betrags zurückgewiesen und Klage auf Leistung erhoben, so wird der Erbe verlangen können, daß ihm im Urteil das Recht vorbehalten werde, die Führung der Zwangsvollstreckung durch Zahlung jenes Betrages abzuwenden.

Besteht der für die teilweise Befriedigung der Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen noch vorhandene Nachlaßüberschuß **in Geld**, so wird in dem auf die Klage eines Vermächtnisnehmers (oder des zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigten) ergehenden Urteil auch der Betrag festgesetzt werden können, der auf das Vermächtnis (die Auflage) entfällt. Kommt es aber dann doch noch zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses, so würde der Vermächtnisnehmer eine doppelte Herabsetzung seiner Forderung erleiden, wenn er nur den ihm im Urteil zu-

gesprochenen Betrag zum Konkurs anmelden dürfte. Er kann daher das Vermächtnis in der ursprünglichen Höhe geltend machen, erhält jedoch keinesfalls mehr, als ihm im Urteile zugesprochen ist (vgl. E. I § 2145 Satz 1). Die zweite Kommission hat eine Vorschrift dieses Inhalts für überflüssig gehalten (P. II Bd. 5 S. 805), sie ergibt sich jedoch aus allgemeinen Grundsätzen. Einen im Konkurs auf die Forderung etwa entfallenden Mehrbetrag dem Erben zuzuweisen, wie dies der E. I und die Vorlage der Subkommission (vgl. den für die KO. vorgeschlagenen § 205 i, P. II Bd. 5 S. 753) wollte, würde zwecklos sein, da dieser Betrag doch nach der Beendigung des Konkurses dem Zugriffe der übrigen Vermächtnisnehmer ausgesetzt sein würde; nur wenn solche nicht vorhanden sind, erhält ihn der Erbe. Es ist daher richtiger, den betreffenden Betrag sogleich im Konkursverfahren den übrigen Vermächtnisnehmern zuzuweisen.

3. Der § 1992 findet nach § 2013 keine Anwendung, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Er kommt ferner nicht zur Anwendung, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist, und wenn aus diesem Grunde dem nach § 219 KO. zulässigen Antrage eines Vermächtnisgläubigers oder Auflagenvollziehungsberechtigten auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses stattgegeben wird.

Die entsprechende Anwendung des § 1992 ist im § 2187 Abs. 3 für den Fall vorgeschrieben, daß ein Vermächtnisnehmer die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen zu kürzen befugt ist.

4. Die Annahme von Wendt (S. 413, 414), es dürften hinsichtlich des § 1992 (wie auch des § 1980 Abs. 1 Satz 2) die Pflichtteilsansprüche den Vermächtnissen und Auflagen gleichzustellen sein, weil sie im übrigen wie diese letzteren behandelt würden, kann nicht für zutreffend erachtet werden (s. die P. der Subkommission S. 88, 89).

5. Bezüglich der Frage, ob ein Vermächtnisgläubiger, der zugleich Schuldner des Nachlasses (etwa wegen eines vom Erblasser empfangenen Darlehens) ist, seine Vermächtnisforderung zur Aufrechnung verwenden kann, ist zu bemerken: Ist die Überschuldung des Nachlasses erst nach dem Erbfall (etwa infolge des zufälligen Unterganges von Nachlaßgegenständen) eingetreten, so kann dem Vermächtnisnehmer der rechtliche Vorteil der bereits gegeben gewesenen Aufrechnungslage durch die nachträgliche Überschuldung des Nachlasses nicht mehr verloren gehen (vgl. auch KO. §§ 53 ff.). War dagegen der Nachlaß schon zur Zeit des Erbfalls überschuldet, so ist die Aufrechnung mit Rücksicht darauf, daß dem Anspruch des Vermächtnisgläubigers schon von vornherein die Einrede aus § 1992 entgegenstand, nach § 390 BGB. ausgeschlossen (vgl. auch Strohal II § 82 Anm. 5).

6. Die im § 1992 bestimmte Beschränkung der Haftung kommt dem Erben nur gegenüber den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen zustatten. Für die Ansprüche aller übrigen Nachlaßgläubiger haftet der Erbe nach den allgemeinen Grundsätzen. Soweit nicht die Vorschriften der §§ 1973, 1974 eingreifen, kann also der Erbe, dafern er die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vermieden wissen will, der von den übrigen Nachlaßgläubigern in nicht zum Nachlaß gehörende Gegenstände geführten Zwangsvollstreckung nicht mit Erfolg entgegentreten (§ 1975).

7. Nach dem Wortlaut des § 1992 greift die daselbst bestimmte Haftungsbeschränkung nur durch, wenn die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht, und somit also, abgesehen von den Vermächtnissen und Auflagen, nicht gegeben wäre. Nach der Ansicht des Bearbeiters wird man aber dabei kaum stehen bleiben dürfen. Die Verhältnisse können z. B. so geartet sein, daß, abgesehen von den nach den §§ 1973, 1974 zu behandelnden Ansprüchen und den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen, alle übrigen gegen den Nachlaß sich richtenden Forderungen durch diesen hinreichend gedeckt sind. Bei solcher Lage haben die gedeckten Gläubiger regelmäßig ein Interesse daran, daß es zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht kommt, sind ferner die auf den Überrest angewiesenen Gläubiger, dafern nicht der besondere Fall des § 219 KO. gegeben ist, zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht legitimiert, und ist der Erbe den ausgeschlossenen Gläubigern und den diesen gleichstehenden Gläubigern gegenüber, ohne daß es einer amtlichen Nachlaßabsonderung bedarf, zur Geltendmachung der in den §§ 1973, 1974 bestimmten Haftungsbeschränkung berechtigt. Hieraus scheint aber wieder der (vom Herausgeber als sachlich berechtigt anerkannte, wegen des Wortlautes des § 1992 jedoch nicht für völlig sicher gehaltene) Schluß gezogen werden zu müssen, daß der Erbe hier auch den Vermächtnisnehmern und Auflagevollziehungsberechtigten gegenüber zur Geltendmachung der beschränkten Haftung nach § 1992 befugt sein muß, obschon die Überschuldung des Nachlasses nicht lediglich auf Vermächtnissen und Auflagen beruht (s. auch § 1980 Abs. 1 Satz 2); vgl. zur erörterten Frage auch Cosack § 404 und Strohal II § 82 bei Anm. 6, 7.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

1. Inhaltsübersicht. Der vierte Unterabschnitt handelt von der Errichtung des Inventars und von der unbeschränkten Haftung des Erben, d. h. von denjenigen Fällen, in welchen zufolge des Verlustes des Rechtes auf Beschränkung der Haftung diese zu einer schlechthin unbeschränkten wird (vgl. die Vorbm. zum Titel Nr. 5 S. 93). Die Zusammenfassung dieser beiden Materien rechtfertigt sich dadurch, daß die Fälle der unbeschränkten Haftung ihrer Mehrzahl nach zu der Inventarerrichtung in naher Beziehung stehen. Weitaus die meisten Vorschriften des Unterabschnitts, nämlich die §§ 1993—2012 betreffen zunächst die Inventarerrichtung. Im Zusammenhange mit den Vorschriften über das Inventar werden jedoch im § 1994 Abs. 1 Satz 2, im § 2005 Abs. 1 und im § 2006 Abs. 3 auch die Fälle der unbeschränkten Haftung bestimmt, während die rechtlichen Besonderheiten der unbeschränkten Haftung im § 2013 geregelt sind.

Innerhalb der §§ 1993—2012 ist die Anordnung des Stoffes in der Weise getroffen, daß zunächst im § 1993 die Bedeutung der Inventarerrichtung und die Berechtigung des Erben zur Errichtung des Inventars ausgesprochen werden. Die §§ 1994—2000 handeln von der Verpflichtung des Erben zur Inventarerrichtung, insbesondere von der Inventarfrist. Der § 2001 bestimmt den Inhalt, die §§ 2002, 2003 regeln die Aufnahme des Inventars, der § 2004 erleichtert die Inventarerrichtung für einen besonderen Fall. Im § 2005 werden die Folgen von Mängeln des Inventars vorgeschrieben. Der § 2006 bestimmt die Verpflichtung des Erben zur Bekräftigung des Inventars durch den Offenbarungseid. Der § 2007 stellt hinsichtlich der Haftung eines zu mehreren Erbteilen berufenen Erben einen Grundsatz auf, der zwar von allgemeiner Bedeutung ist, aber doch hauptsächlich für die Wirkungen der Einhaltung oder Versäumung der Inventarfrist in Betracht kommt. Der § 2008 enthält Vorschriften über die Inventarerrichtung in Ansehung der einer Ehefrau angefallenen Erbschaft. Im § 2009 wird eine Rechtsvermutung für die Vollständigkeit des rechtzeitig errichteten Inventars aufgestellt. Der § 2010 betrifft die Einsicht des Inventars. Die §§ 2011, 2012 endlich enthalten Ausnahmen von der Inventarpflicht.

2. Zweck und Bedeutung der Inventarerrichtung. Sie dient sowohl dem Interesse des Erben als auch dem der Nachlaßgläubiger. Demgemäß ist einerseits der Erbe zur Errichtung des Inventars berechtigt (§ 1993), und ist andererseits jeder Nachlaßgläubiger befugt, beim Nachlaßgericht zu beantragen, daß dem Erben zur Errichtung des Inventars die sogenannte Inventarfrist bestimmt werde (§ 1994; vgl. aber doch auch § 2011).

a) Da dem Erben das Recht zugestanden ist, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, so muß den Nachlaßgläubigern ein Mittel an die Hand gegeben werden, den ursprünglichen Bestand des Nachlasses in zuverlässiger Weise festzustellen (D. S. 724). Das Interesse der Nachlaßgläubiger an der Inventarerrichtung bzw. an der Stellung des vorerwähnten Antrags ergibt sich insbesondere aus folgenden Erwägungen: Wird das Inventar vom Erben errichtet, so gewinnen die Gläubiger durch den ihnen eröffneten Einblick in die Verhältnisse des Nachlasses in aller Regel die Unterlage für die von ihnen weiter zu treffenden Maßnahmen, insbesondere darüber, ob mit Rücksicht auf den Stand des Nachlasses ein Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung oder auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses Aussicht auf Erfolg hat. Selbst wenn aber die Voraussetzungen für einen solchen Antrag nicht gegeben sind, so ist die im Inventar enthaltene Angabe der Nachlaßgegenstände für die Nachlaßgläubiger schon deswegen von Wert, weil sie hierdurch (wenigstens für solange, als der ursprüngliche Nachlaßbestand keine wesentliche Veränderung erfahren hat) in die Lage versetzt sind, eine von ihnen gegen den Erben zu führende Zwangsvollstreckung auf die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände zu richten und dadurch der Gefahr zu entgehen, daß gegenüber einer in nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstände geführten Zwangsvollstreckung vom Erben hinterher das Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß geltend gemacht wird; sodann aber auch noch deswegen, weil ihnen durch jene Angabe ermöglicht wird, den beschränkt haftenden Erben im Falle einer für sie nachteiligen nachträglichen Veränderung der ursprünglichen Nachlaßgegenstände nach Maßgabe des § 1978 verantwortlich zu machen. Hat der Erbe dagegen die ihm gestellte Inventarfrist versäumt und haftet er infolgedessen den Nachlaßgläubigern schlechthin unbeschränkt, so erlangen diese hierdurch die Sicherheit, daß der Erbe einer von ihnen in dessen Eigenvermögen geführten Zwangsvollstreckung nicht mehr mit Erfolg entgegentreten kann.

b) Für den Erben ergeben sich aus der Inventarerrichtung nachstehende Vorteile:

α) Ist das Inventar rechtzeitig errichtet worden, so greift im Verhältnis des Erben zu den Nachlaßgläubigern hinsichtlich der Nachlaßgegenstände die im § 2009 (vgl. Erl. hierzu) bestimmte Vermutung durch.

β) Die Inventarerrichtung ist für den Erben ein Mittel zur fortdauernden Erhaltung des Rechtes zur Beschränkung der Haftung. Diese Bedeutung der Inventarerrichtung bedarf noch genauerer Feststellung.

aa) Eine unbedingte Voraussetzung zur Herbeiführung der beschränkten Haftung ist die Inventarerrichtung nicht. Die Haftungsbeschränkung kann sich vielmehr auch verwirklichen, obschon der Erbe ein Inventar noch nicht errichtet hatte.

bb) Die Inventarerrichtung ist aber auch kein zur unmittelbaren Herbeiführung der Haftungsbeschränkung dienendes Mittel. Denn die praktische Gestaltung der Haftung des Erben wird durch die Inventarerrichtung für sich allein noch nicht geändert.

cc) Der dem Erben infolge der rechtzeitigen Inventarerrichtung hinsichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten erwachsende Vorteil besteht aber darin, daß ihm nunmehr abgesehen von dem Ausnahmefall des § 2005 Abs. 2 eine Inventarfrist nicht mehr gesetzt werden und daher auch das Recht zur Beschränkung der Haftung durch Versäumung der Inventarfrist nicht mehr verloren gehen kann. Für den Fiskus als gesetzlichen Erben freilich kommt dieser Vorteil aus dem Grunde nicht in Betracht, weil ihm eine Inventarfrist überhaupt nicht bestimmt werden kann (§ 2011).

γ) Durch die Inventarerrichtung erleichtert sich der Erbe die ihm in den Fällen der §§ 1973, 1974, 1978, 1991 (Abs. 1) obliegende Rechenschaftspflicht und sichert er sich für diejenige Zeit, zu welcher ihm die sogenannten aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 nicht mehr zur Verfügung stehen, vor der Gefahr, nach § 1980 Abs. 2 schadensersatzpflichtig zu werden.

3. Durch unmittelbar eingreifende Gesetzesvorschrift wird der Erbe überhaupt nicht und daher auch nicht zur Inventarerrichtung innerhalb einer bestimmten Frist angehalten. Das BGB. kennt nur eine für den Fall, daß der Erbe mit der Errichtung eines Inventars nicht bereits zuvorgekommen ist, richterlich und zwar durch das Nachlaßgericht **bestimmte Inventarfrist** (vgl. dazu M. V S. 609; D. S. 724). Die Fristbestimmung erfolgt nach § 1994 auf Antrag eines Nachlaßgläubigers, der seine Forderung hierbei glaubhaft zu machen hat. Mit Rücksicht auf die aus der Inventarerrichtung für den Erben erwachsenden Vorteile wird es aber für diesen meist ratsam sein, ohne die Fristbestimmung abzuwarten, zur Errichtung des Inventars zu schreiten (vgl. übrigens doch auch Erl. zu § 2014). Indem das Gesetz (§ 1993) den Erben hierzu berechtigt, spricht es zugleich aus, daß die in den folgenden Vorschriften festgesetzten Wirkungen der Inventarerrichtung auch dann eintreten, wenn das Inventar vom Erben ohne den Antrag eines Nachlaßgläubigers und ohne gerichtliche Fristbestimmung errichtet wird.

Durch die dargelegte Behandlung wird gegenüber dem, z. B. im preuß. ALR. angenommenen System der gesetzlichen Inventarfrist der Vorteil erzielt, daß der Erbe nicht schon infolge der Versäumung einer kurzen gesetzlichen Frist, von deren Lauf er möglicherweise nichts weiß oder deren Bedeutung er nicht kennt, für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin unbeschränkt haftet.

4. Aufnahme des Inventars. Der Erbe hat die Wahl, ob er das Inventar selbst aufnehmen oder die Vermittelung des Nachlaßgerichts in Anspruch nehmen will. Jedoch ist auch das vom Erben selbst aufgenommene kein reines Privatinventar, vielmehr muß der Erbe zu der Aufnahme eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar zuziehen (s. das Nähere zu den §§ 2002, 2003). Das vom Erben aufgenommene Inventar ist mit der Einreichung bei dem Nachlaßgericht errichtet; beantragt der Erbe gerichtliche Aufnahme, so wird die Inventarfrist schon durch die Stellung des Antrags gewahrt. Auch die Bezugnahme auf ein beim Nachlaßgerichte vorhandenes Inventar ist ausreichend (§ 2004). Die Bekräftigung des Inventars durch den Offenbarungseid ist für die Inventarerrichtung nicht wesentlich, der Eid ist nur auf besonderes Verlangen eines Nachlaßgläubigers zu leisten (§ 2006).

5. Allgemein unbeschränkte Haftung des Erben als Folge der Versäumung der Inventarfrist oder schwerer Verfehlung bei der Inventarerrichtung. Versäumt der Erbe die ihm bestimmte Inventarfrist, so verliert er nicht bloß dem beantragenden Gläubiger gegenüber, sondern (soweit nicht die Ausnahmevorschriften von § 2013 Abs. 1 Satz 2, § 2063 Abs. 2, § 2144 Abs. 3 eingreifen) überhaupt das Recht auf Beschränkung der Haftung; er haftet nach dem Ablaufe der Frist für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin unbeschränkt, also auch

mit seinem eigenen Vermögen (§ 1994 Abs. 1 Satz 2). Nur diese strenge Vorschrift wurde als ausreichend angesehen, um den nötigen Druck auf den Erben auszuüben. Ein zweiter Fall, in welchem der Erbe den Nachlaßgläubigern überhaupt gegenüber (vgl. aber auch hier die vorgenannten Ausnahmevorschriften) das Recht zur Beschränkung der Haftung einbüßt und ihnen somit unbeschränkt und unbeschränkbar haftet, ist gegeben, wenn dem Erben bei der Inventarerrichtung eine der im § 2005 Abs. 1 bezeichneten schweren Verfehlungen zur Last fällt.

6. Unbeschränkte Haftung des Erben gegenüber einzelnen Nachlaßgläubigern. Wesentlich verschieden von den unter Ziff. 5 berührten Fällen der allgemeinen unbeschränkten Haftung des Erben sind diejenigen Fälle, in welchen der Erbe nur einzelnen Nachlaßgläubigern bzw. nur bezüglich einzelner Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt und unbeschränkbar haftet. Eine solche Haftung tritt ein:

a) Wenn der Erbe die Leistung des im § 2006 bestimmten Offenbarungseides verweigert, gegenüber dem Gläubiger, welcher den Antrag gestellt hat. Genaueres vgl. in Erl. zu § 2006.

b) Sodann, wenn der Erbe hinsichtlich einer Nachlaßverbindlichkeit zur Leistung verurteilt und ihm, obschon keiner der Ausnahmefälle von CPO. § 780 Abs. 2 vorliegt, nicht die Beschränkung seiner Haftung im Urteil vorbehalten ist (CPO. § 780 Abs. 1). Nicht erforderlich ist der Vorbehalt, wenn der Fiskus als gesetzlicher Erbe verurteilt wird oder wenn das Urteil über eine Nachlaßverbindlichkeit gegen den Nachlaßverwalter oder einen anderen Nachlaßpfleger oder gegen den Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, erlassen wird (CPO. § 780 Abs. 2). Trifft keine dieser Ausnahmen zu, so muß der Erbe die Aufnahme des bezeichneten Vorbehalts beantragen. Die Behauptung, daß das erkennende Gericht den Vorbehalt selbst im Versäumnisverfahren schon von Amts wegen in das Urteil aufzunehmen habe, dafern vom Kläger nicht Tatsachen behauptet werden, die den Eintritt der unbeschränkten Haftung des verklagten Erben zur Folge haben (so Neumann in seiner Handausgabe des BGB. Bd. 2 in Vorbm. zu §§ 1967 ff.), hat keinen Anhalt im Gesetz. Ist die Aufnahme des Vorbehalts in das Urteil, soweit sie zur Wahrung des Rechtes auf Beschränkung der Haftung erforderlich ist, unterblieben, so kann der Erbe die Beschränkung der Haftung im Stadium der Zwangsvollstreckung nicht mehr geltend machen. Vgl. RG. Bd. 59 S. 301. Bezüglich der ausgeschlossenen Forderungen und derjenigen Forderungen, welche ausgeschlossenen Forderungen gleichstehen vgl. Erl. 5b zu § 1973 und Erl. 7 zu § 1974.

c) Ferner: wenn der Erbe zugunsten eines Nachlaßgläubigers auf das Recht zur Beschränkung seiner Haftung vertragsmäßig verzichtet, gegenüber dem begünstigten Gläubiger.

Zu diesem Falle ist noch zu bemerken: Der E. I enthielt im § 2094 eine Vorschrift, nach welcher das Inventarrecht allen Nachlaßgläubigern gegenüber durch eine Verzichtserklärung erlöschen sollte, die von dem Erben gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werde. Die Abgabe und die Anfechtung dieser Erklärung waren entsprechend den für die Ausschlagung der Erbschaft geltenden Vorschriften geregelt, der Verzicht hatte nach dem Grundsatze des § 2109 die Folge, daß der Nachlaßkonkurs in der Regel nicht zulässig war. Diese Vorschrift, die wesentlich mit Rücksicht auf das bisherige Recht (vgl. M. V S. 607, insbesondere preuß. ALR. I, 9 §§ 414 ff. und dazu Eccius IV § 269 bei Anm. 47, § 270 bei Anm. 82) aufgenommen war, ist von der zweiten Kommission als entbehrlich gestrichen worden, weil ein allgemeiner absoluter Verzicht auf die beschränkte Haftung im Leben kaum vorkommen werde (P. II Bd. 5 S. 732). Die zweite Kommission hatte jedoch zum teilweisen Ersatze der Vorschrift eine Bestimmung für die KO. in Aussicht genommen, nach welcher der Erbe unbeschränkt haften sollte, wenn er von dem ihm beigelegten Rechte Gebrauch machte, einem erst zwei Jahre nach der Annahme der Erbschaft seitens eines Nachlaßgläubigers gestellten Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu widersprechen (§ 205c der KO. in dem Entw. eines Ges., b. Änderungen des GVG. rc., Art. 4 Nr. 32). Bei der Aufstellung des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs eines Ges., b. Änderungen der KO., ist auch diese Bestimmung gestrichen und durch die als § 220 in die KO. übergegangene Vorschrift ersetzt worden, daß der Nachlaßkonkurs (wie nach BGB. § 1981 Abs. 2 Satz 2 die Nachlaßverwaltung) von einem Nachlaßgläubiger überhaupt nicht mehr beantragt werden kann, wenn seit der Annahme der Erbschaft zwei Jahre verstrichen sind. Der zweifellosen Möglichkeit eines vertragsmäßigen Verzichtes auf die Geltendmachung der beschränkten Haftung gegenüber einem einzelnen Nachlaßgläubiger brauchte im Gesetz nicht besonders gedacht zu werden. Ein solcher Verzicht wird insbesondere auch in der Vereinbarung zu erblicken sein, daß der Erbe eine Nachlaßschuld als „Selbstschuldner" übernimmt.

§. 1993. Der Erbe ist berechtigt, ein Verzeichniß des Nachlasses (Inventar) bei dem Nachlaßgericht einzureichen (Inventarerrichtung).

---

d) Zwei Fälle unbeschränkter Haftung des Erben gegenüber gewissen Gruppen von Nachlaßgläubigern ergeben sich aus den Vorschriften der §§ 26, 139 HGB. Nach der erstgenannten Bestimmung haftet der Erbe unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen unbeschränkt für die Geschäftsschulden des Erblassers aus dem zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäft und nach Maßgabe von § 139 i. V. m. § 131 HGB. haftet der Erbe eines offenen Handelsgesellschafters für die ihn als Erben treffenden Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt, dafern sich nicht die in Abs. 4 von § 139 HGB. bestimmten Voraussetzungen erfüllen. Vgl. Strohal II § 84 und die daselbst gemachten Literaturangaben.

e) Vermöge ihres Entstehungsgrundes kann eine Nachlaßverbindlichkeit so beschaffen sein, daß der Erbe hinsichtlich ihrer auch schlechthin mit seinem Eigenvermögen haftet. Vgl. dazu Erl. 6a zu § 1967.

Endlich mag noch erwähnt werden, daß auch der des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftige Erbe einzelnen Nachlaßgläubigern aus dem Grunde unbeschränkt haften kann, weil er die konkreten Voraussetzungen zur Verwirklichung der Haftungsbeschränkung nicht erfüllt (vgl. §§ 1975, 1973 Abs. 2 Satz 1, 1990 Abs. 1 Satz 2) oder vielleicht nicht einmal erfüllen kann (vgl. hinsichtlich der Nachlaßverwaltung § 2062).

§ 1993.

E. I § 2095 Abs. 1; II § 1868 Abs. 1 rev. § 1970; III § 1968; M. V S. 608. P. II Bd. 5 S. 732 f.; Bd. 6 S. 395.

1. Der § 1993, der im E. I und II sachlich in den dem § 1994 entsprechenden Paragraphen mitenthalten war, ist erst bei der Revision des E. II ausgeschieden und als selbständiger Paragraph eingestellt worden. Er bringt zum Ausdrucke, daß die an die **Inventarerrichtung** geknüpften Wirkungen auch dem Inventar zukommen, welches der Erbe ohne den Antrag eines Gläubigers und **ohne gerichtliche Fristbestimmung** aus eigenem Antrieb errichtet. Hat der Erbe auf solche Art ein Inventar errichtet, so ist, wie Hachenburg (S. 666) zutreffend bemerkt, ein auf Bestimmung einer Inventarfrist gerichteter Antrag eines Nachlaßgläubigers als gegenstandslos abzulehnen; es wäre in der Tat ein „zweckloser Formalismus", den Erben zu nötigen, innerhalb einer bestimmten Frist auf das von ihm selbst errichtete Inventar nochmals Bezug zu nehmen, der § 2004 trifft hier nicht zu. Die Bekräftigung durch den Offenbarungseid nach § 2006 kann natürlich auch bei einem nach § 1993 errichteten Inventar verlangt werden; ebenso gelten §§ 2005, 2009.

2. Durch § 1993 wird zugleich klargestellt, daß die „Inventarerrichtung" erst mit der **Einreichung** des aufgenommenen Inventars bei dem Nachlaßgerichte vollendet ist. Das Inventar kann offen oder verschlossen, insbesondere versiegelt, eingereicht werden; im letzteren Falle aber doch nur so, daß es vom Nachlaßgerichte zu öffnen ist, sobald sich der Erbe auf die Inventarerrichtung beruft oder ein Interessent (§ 2010) Einsicht des Inventars verlangt. Ein verschlossen eingereichtes Inventar, das selbst in diesen Fällen nicht geöffnet werden soll, müßte als nicht errichtet gelten. Die M. (V S. 621) stellen ein Bedürfnis für die Zulassung eines verschlossenen Inventars überhaupt in Abrede. Es läßt sich jedoch nicht bestreiten, daß der Erbe unter Umständen ein berechtigtes Interesse daran haben kann, die Verhältnisse des Nachlasses nicht unnötig bekannt werden zu lassen (vgl. Zstlg. V S. 182) und doch die zur Sicherung seines Rechtes auf Beschränkung der Haftung erforderlichen Schritte alsbald zu tun. Wegen der Aufnahme des Inventars s. §§ 2002, 2003, wegen der Kosten der Inventarerrichtung s. KO. § 224 Nr. 4 (Masseschuld im Nachlaßkonkurse).

3. Im Falle der **Erbenmehrheit** ist jeder Miterbe selbständig zur Inventarerrichtung berechtigt, kommt aber das von einem Miterben errichtete Inventar auch den übrigen Miterben zustatten, soweit deren Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht unbeschränkt ist (§ 2063 Abs. 1; vgl. dazu Bayr. ObLG. in Rspr. 6 S. 70). Über die Inventarerrichtung im Falle, daß eine Ehefrau Erbin ist und daß die Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute gehört, vgl. § 2008 und über die Inventarerrichtung im Falle eines Erbschaftskaufes vgl. § 2383 Abs. 2.

§. 1994. Das Nachlaßgericht hat dem Erben auf Antrag eines Nachlaßgläubigers zur Errichtung des Inventars eine Frist (Inventarfrist) zu bestimmen. Nach dem Ablaufe der Frist haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn nicht vorher das Inventar errichtet wird.

Der Antragsteller hat seine Forderung glaubhaft zu machen. Auf die Wirksamkeit der Fristbestimmung ist es ohne Einfluß, wenn die Forderung nicht besteht.

---

4. Das von einem nach Maßgabe des § 1960 bzw. § 1961 bestellten Nachlaßpfleger errichtete Inventar kommt mit Rücksicht darauf, daß er denjenigen vertritt, welcher Erbe wird, diesem auch ohne weiteres zustatten. Nicht dasselbe wird hinsichtlich des vom Nachlaßverwalter oder vom Testamentsvollstrecker beim Nachlaßgericht eingereichten und den Vorschriften der §§ 2002, 2003 entsprechenden Inventars anzunehmen sein. Doch kann der Erbe ein solches Inventar nach Maßgabe des § 2004 für sich wirksam machen.

5. Die Ausübung des dem Erben zukommenden Rechtes zur Inventarerrichtung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er vom Nachlaß nichts besitzt, etwa, weil sich ein Unberechtigter in den Erbschaftsbesitz gesetzt hat, oder weil ein im Besitz der Nachlaßsachen sich befindender Erbe seinen Miterben zum Mitbesitz nicht zuläßt. Vgl. auch Rspr. 5 S. 342.

§ 1994.

E. I §§ 2095, 2096; II § 1868 Abs. 1, § 1869 rev. § 1971 Abs. 1, 2; III § 1969. M. I S. 10098 ff., 10917 f., 10920, 10924 f., 11437; M. V S. 608 ff. P. II Bd. 5 S. 732 ff.; Bd. 6 S. 395 f.

Böhm, Verhältnis von § 1994 zu § 2314 im Recht 1902 S. 471.

1. Die **Inventarfrist** ist die dem Erben vom Nachlaßgericht auf Antrag eines Nachlaßgläubigers zur Errichtung des Inventars bestimmte Frist. Damit ist bereits gesagt, daß sie keine gesetzliche, sondern eine richterliche Frist ist. Vgl. dazu auch Vorbm. unter 3.

2. **Voraussetzung der Fristbestimmung** ist der Antrag eines Nachlaßgläubigers. Eine Form ist für den Antrag nicht vorgeschrieben, er kann schriftlich oder mündlich und auch durch einen Bevollmächtigten angebracht werden (vgl. auch §§ 11, 13 FGG.). Ein im Aufgebotsverfahren ausgeschlossener Gläubiger ist zur Stellung des Antrags befugt (s. Erl. 8 zu § 1973), ebenso auch ein Nachlaßgläubiger, der zugleich Miterbe ist. Letzteres mag deswegen zweifelhaft erscheinen (vgl. dazu P. II Bd. 6 S. 396), weil der Miterbe den Nachlaß kennt oder sich doch Kenntnis von ihm verschaffen und selbst ein Inventar errichten kann. Es scheint ferner gegen die Antragsbefugnis des Miterben zu sprechen, daß dieser insofern kein Interesse an der Bestimmung der Inventarfrist hat, als der andere Miterbe sich ihm gegenüber nach § 2063 Abs. 2 auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen kann, wenn er die Inventarfrist versäumt und deshalb anderen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftet. Indessen sind dies Erwägungen, die zwar vielleicht geeignet sind, den Gesetzgeber zu bestimmen, einem Nachlaßgläubiger, der zugleich Miterbe ist, das Antragsrecht zu entziehen, die aber in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift doch schwerlich genügen dürften, eine Ausnahme von der ihrem Wortlaute nach ganz allgemeinen gesetzlichen Regel des § 1994 zu begründen. Die gegenteilige Annahme dürfte um so bedenklicher sein, als sich doch Fälle denken lassen, in welchen ein Miterbe ein begründetes Interesse hat, einen anderen Miterben durch die Bestimmung einer Inventarfrist zur Errichtung eines Inventars zu nötigen, so z. B. wenn der andere Miterbe tatsächlich allein den Besitz der Erbschaft hat oder wenn der Miterbe, welcher zugleich Gläubiger ist, noch ausschlagen oder seine Erbschaftsannahme anfechten kann (vgl. Strohal II § 73 Anm. 10). Keinesfalls wird die Bestimmung der Inventarfrist deshalb als unwirksam angesehen werden dürfen, weil der Nachlaßgläubiger, welcher die Bestimmung beantragt hat, zugleich Miterbe ist. So auch die weitaus überwiegende Meinung, abweichend Wilke, Komm. S. 68, 69. Antragsberechtigt sind selbstverständlich auch Pflichtteilsgläubiger, Vermächtnisnehmer und die zum Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigten (§ 1967 Abs. 2). Der Pflichtteilsgläubiger hat übrigens neben der Antragsberechtigung aus § 1994 auch noch das Recht aus § 2314 auf Auskunfterteilung (vgl. dazu Strohal I § 52 Anm. 31).

Der Antragsteller hat nach Abs. 2 Satz 1 seine Forderung, d. h. die diese begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen (§ 15 Abs. 2 des FGG.). Einer Glaubhaftmachung der Tat-

sachen, aus denen sich ergibt, daß der als Erbe Bezeichnete Erbe ist, wird es nur dann bedürfen, wenn der Bezeichnete sein Erbrecht bestreitet. Annahme der Erbschaft ist, wie sich aus § 1995 Abs. 2 ergibt, nicht Voraussetzung, und noch viel weniger, daß dem Erben bereits ein Erbschein erteilt worden ist. Hatte der Erbe bereits *ausgeschlagen*, so kann die Fristsetzung nur für den Fall gelten, daß sich die Ausschlagung als unwirksam herausstellt. Aussetzung der Fristbestimmung, bis rechtskräftig feststeht, wer der Erbe wirklich ist, kann der als Erbe Bezeichnete nicht verlangen. Schlägt der Erbe *nach* der Fristbestimmung aus, so findet deswegen doch nicht eine Zurücknahme der bei Wirksamkeit der Ausschlagung bedeutungslos gewordenen Fristbestimmung statt. Vgl. zu allen diesen Fragen die im vorhergehenden im wesentlichen wiedergegebene E. des Bayer. ObLG. in Rspr. 6 S. 70 = Seuff.A. 58 S. 323 = DJZ. 1904 S. 77. Befriedigt der Erbe den Gläubiger oder erlischt dessen Forderung aus einem anderen Grunde, so ist der Antrag zurückzuweisen. Wenn jedoch das Nachlaßgericht den Antragsteller irrtümlich als Nachlaßgläubiger ansieht, während dessen Forderung nicht mehr besteht oder überhaupt nicht bestanden hat, so ist, wie Abs. 2 Satz 2 im Interesse der Rechtssicherheit bestimmt, der Nichtbestand der Forderung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Fristbestimmung.

Eine *Zeitgrenze* ist für die Zulässigkeit des Antrags nicht gezogen, doch kann der Erbe eine erst nach Jahren erfolgte Fristbestimmung im Hinblick auf § 1974, § 2013 Abs. 1 Satz 2 unter Umständen ohne Gefahr unbeachtet lassen. Die Bestimmung einer Inventarfrist ist *unzulässig* in den Fällen des § 2000 Satz 2, 3 und der §§ 2011, 2012. Von einer *besonderen* Voraussetzung hängt die Wirksamkeit der Fristbestimmung ab im Falle des § 2008. *Nachträglich unwirksam* wird die Fristbestimmung im Falle des § 2000 Satz 1.

3. Die **Fristbestimmung** erfolgt durch eine Verfügung des Nachlaßgerichts, die, sofern sie nicht in Anwesenheit des Antragstellers und des Erben getroffen wird, beiden bzw. dem abwesenden Teile zugestellt werden muß (§ 16 Abs. 2, 3 des FGG.). Für die Bemessung der Dauer der Frist ist § 1995 maßgebend. Bei Vorhandensein mehrerer Erben braucht die Frist durchaus nicht allen *zusammen* bestimmt zu werden; vgl. dazu das bereits in Erl. 2 berufene E. des Bayr. ObLG.; s. ferner § 2063 Abs. 1 und dazu Erl. 3 zu § 1993.

Gegen die Verfügung, durch welche die Frist bestimmt wird, steht dem Erben und jedem Nachlaßgläubiger (nicht nur dem Antragsteller) die *sofortige Beschwerde* zu (§ 20 Abs. 1, § 22 Abs. 1, § 77 Abs. 1, 3 des FGG.). Der Erbe (bzw. der als Erbe Bezeichnete) kann die Beschwerde auf den Mangel der Voraussetzungen der Fristbestimmung gründen, also darauf, daß er nicht Erbe sei, und auch (trotz des Abs. 2 Satz 2) darauf, daß der Antragsteller nicht Nachlaßgläubiger sei. Die Beschwerde des Erben kann sich aber auch gegen die (zu kurze) Dauer der Frist wenden. Die Beschwerde eines Nachlaßgläubigers wird stets nur die (zu lange) Dauer der Frist betreffen können.

Die Ablehnung einer Fristbestimmung kann von demjenigen Nachlaßgläubiger, welcher den Antrag gestellt hat, mittels der gewöhnlichen Beschwerde angefochten werden (§ 19 Abs. 1, § 20 Abs. 2 des FGG.).

4. Die **Wahrung der Inventarfrist** erfolgt durch die Errichtung, d. h. die Einreichung des ordnungsmäßig aufgenommenen Inventars beim Nachlaßgerichte seitens des Erben. Gemäß § 2003 kann die Frist aber auch durch die *Stellung des Antrags* auf amtliche Aufnahme des Inventars und gemäß § 2004 durch Bezugnahme auf ein schon beim Nachlaßgerichte vorhandenes Inventar gewahrt werden. Nach § 2008 kommt, wenn eine Ehefrau die Erbin ist und die Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute gehört, die Errichtung des Inventars durch den Mann der Frau zustatten. Entsprechendes gilt nach § 2063 Abs. 1 für Miterben sowie nach § 2383 Abs. 2 für den Verkäufer und den Käufer einer Erbschaft. In allen diesen Fällen wird durch die Inventarerrichtung seitens des einen Teiles die Inventarfrist auch zugunsten des anderen Teiles gewahrt; liegt aber bereits ein Inventar des einen Teiles vor, so kann dem anderen Teile, abgesehen von dem Falle des § 2005 Abs. 2, eine Inventarfrist überhaupt nicht bestimmt werden. In dem letzteren Sinne kommt nach § 2144 Abs. 2 auch das vom Vorerben errichtete Inventar dem Nacherben zustatten.

Die (praktisch wenig bedeutsame) *Beweispflicht* dafür, daß das Inventar vor Ablauf der Frist errichtet worden, trifft den Erben, wie sich aus der Fassung des Abs. 1 Satz 2 ergibt.

5. Die **Folge der Versäumung** der Inventarfrist besteht darin, daß dem Erben die rechtliche Aussicht auf Beschränkung der Haftung endgültig abgeschnitten wird, und daß er somit den

Nachlaßgläubigern, soweit nicht einzelnen von ihnen gegenüber eine auf § 1973 oder § 1974 beruhende Einschränkung der Haftung bereits eingetreten ist (§ 2013 Abs. 1 Satz 2) oder einer der Ausnahmefälle des § 2063 Abs. 2 oder des § 2144 Abs. 3 vorliegt, **unbeschränkt und unbeschränkbar haftet** (Abs. 1 Satz 2 von § 1994). Der Erbe kann die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht mehr beantragen, die von einem Nachlaßgläubiger beantragte Nachlaßverwaltung sowie der vom Erben oder von einem Gläubiger beantragte Nachlaßkonkurs haben die Beschränkung der Haftung nicht zur Folge. Die in den §§ 1973, 1974 bestimmte Einschränkung der Haftung kann zugunsten des bereits unbeschränkt haftenden Erben nicht mehr (neu) verwirklicht werden und die nach den §§ 1990—1992 zulässigen Rechtsbehelfe sind ihm versagt. S. das Nähere zu § 2013. Hier ist hervorzuheben:

a) Der Verlust der beschränkten Haftung tritt, abgesehen von den vorerwähnten Ausnahmen, **gegenüber allen Nachlaßgläubigern** ein, nicht nur gegenüber demjenigen Gläubiger, welcher den Antrag auf Bestimmung der Inventarfrist gestellt hat. Dies erklärt sich nicht etwa daraus, daß der Antragsteller als Vertreter der übrigen Gläubiger handelte, sondern aus dem Zwecke der Fristbestimmung und dem Wesen des Inventars, das für alle Nachlaßgläubiger bestimmt ist, insofern es die Grundlage der dem Erben nach § 1978 obliegenden Rechenschaftsablegung bildet (P. II Bd. 5 S. 758, vgl. die Vorbm. unter 2, 5). Die unbeschränkte Haftung ist auch nicht auf die vom Erblasser herrührenden Schulden beschränkt, sie tritt vielmehr auch für diejenigen Verbindlichkeiten ein, welche erst mit oder nach dem Erbfalle für den Erben als solchen erwachsen (§ 1967 Abs. 2, §§ 1968, 1969; vgl. KO. § 224 Nr. 2—6). Auch bei diesen Verbindlichkeiten trifft der Gesichtspunkt zu, daß der Zweck der Inventarerrichtung, die Gläubiger dagegen sicher zu stellen, daß der Erbe aus böser Absicht oder Leichtfertigkeit den Bestand des Nachlasses vermindert, sich nur erreichen läßt, wenn an die Unterlassung des Inventars die Folge der unbeschränkten Haftung geknüpft wird.

Ob ein Nachlaßgläubiger von den Verhältnissen des Nachlasses soweit unterrichtet ist, daß er eines Inventars nicht bedarf, kommt im allgemeinen nicht in Betracht. Nur im Verhältnisse zwischen Miterben sowie zwischen Vorerben und Nacherben führt dieser Gesichtspunkt zu der Vorschrift, daß ein Miterbe gegenüber den übrigen Erben und der Nacherbe gegenüber dem Vorerben sich auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen kann, wenn er den anderen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet (§ 2063 Abs. 2, § 2144 Abs. 3).

b) Der Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung tritt mit der Versäumung der Inventarfrist **von Rechts wegen** ein, ohne daß eine den Eintritt der Rechtsänderung feststellende Verfügung des Nachlaßgerichts ergeht; die Entscheidung bleibt der Prüfung im einzelnen Rechtsstreite vorbehalten. Die Tatsache, daß *keine Nachlaßmasse vorhanden*, befreit nicht von der Inventarpflicht. Im Hinblick auf die Formvorschrift des § 2002 kann auch die bloße Erklärung dieser Tatsache gegenüber dem Nachlaßgerichte (vgl. *Eccius* IV § 270 Anm. 62) nicht als genügende Inventarerrichtung angesehen werden. Die Anzeige, daß nichts vorhanden, muß unter Mitwirkung des zuständigen Beamten erfolgen, der dem Erben bei der Prüfung, ob Nachlaß vorhanden, die nötige Belehrung erteilen soll; die Kosten der Zuziehung des Beamten muß der Erbe aus seinem Vermögen bestreiten (M. V S. 616). Ebensowenig darf der Erbe die ihm bestimmte Inventarfrist deswegen unbeachtet lassen, weil er sich in gutem Glauben *nicht für den Erben hält*. Er handelt, wenn er aus diesem Grunde die Inventarerrichtung unterläßt, auf seine Gefahr und es kann darin, daß er, wenn er später rechtskräftig für den Erben erklärt wird, unbeschränkt haftet, eine unberechtigte Härte nicht erblickt werden (vgl. auch *Küntzel* bei Gruchot Bd. 41 S. 831, 832, und *Hellmann*, Krit. Viert. Bd. 39 S. 240).

c) Die an die Versäumung der Inventarfrist geknüpfte Folge erleidet keine Ausnahme zugunsten *geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen*. Der Satz des preuß. Rechtes (ALR. I 9 § 430, VO. § 50), daß der Vormund seinen Mündel der beschränkten Haftung durch Handlungen oder Unterlassungen nicht verlustig machen kann, ist dem BGB. fremd (M. V S. 614). Nur wenn der Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte ohne gesetzlichen Vertreter ist, vollendet sich nach §§ 206, 1997 die Inventarfrist nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten seit der Hebung des Mangels. Im übrigen hilft das BGB. dadurch, daß es im § 1999 das Nachlaßgericht anweist, von der Bestimmung der Inventarfrist dem Vormundschaftsgerichte Mitteilung zu machen. Wegen des Nachlaßpflegers und des Nachlaßverwalters s. § 2012.

§. 1995. Die Inventarfrist soll mindestens einen Monat, höchstens drei Monate betragen. Sie beginnt mit der Zustellung des Beschlusses, durch den die Frist bestimmt wird.

Wird die Frist vor der Annahme der Erbschaft bestimmt, so beginnt sie erst mit der Annahme der Erbschaft.

Auf Antrag des Erben kann das Nachlaßgericht die Frist nach seinem Ermessen verlängern.

§. 1996. Ist der Erbe durch höhere Gewalt verhindert worden, das Inventar rechtzeitig zu errichten oder die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung

---

§ 1995.

E. I § 2097; II § 1870 rev. § 1972; III § 1970. P. I S. 10900 ff., 11452; M. V S. 610 f. P. II Bd. 5 S. 734.

1. Die Bestimmung der **Dauer der Inventarfrist** ist wie die Bestimmung der Frist überhaupt dem Nachlaßgericht übertragen, doch ist dem Ermessen des Gerichts eine Grenze gezogen, die hinsichtlich der zulässigen kürzesten Dauer unbedingt fest ist. Die Frist soll mindestens einen Monat und zunächst höchstens drei Monate betragen; ein Verstoß gegen diese Ordnungsvorschrift macht jedoch die Fristbestimmung nicht hinfällig, sondern begründet nur die sofortige Beschwerde (§§ 77 Abs. 1 des FGG.).

2. Die Inventarfrist **beginnt** regelmäßig (vgl. die Ausnahme in Erl. 3) **mit der Zustellung des sie festsetzenden Gerichtsbeschlusses** an den Erben (vgl. CPO. § 221 Abs. 1), wenn mehrere Erben vorhanden sind, für jeden mit der an ihn bewirkten Zustellung. Die Zustellung erfolgt gemäß dem FGG. § 16 Abs. 2 nach den für die Zustellung von Amts wegen geltenden Vorschriften der CPO. (§§ 208—213); sie ist also vom Gerichtsschreiber des Nachlaßgerichts zu betreiben und durch den Gerichtsdiener oder durch die Post auszuführen. Eine Ersatzzustellung (CPO. §§ 181 ff.) ist ausreichend, gegen die hieraus möglicherweise entspringende Gefährdung wird der Erbe durch § 1996 Abs. 1 Satz 2 geschützt. Ist der Erbe nicht prozeßfähig, so muß die Zustellung an dessen gesetzlichen Vertreter erfolgen (§ 171 CPO.). Für die Berechnung der Frist sind § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3 maßgebend.

3. Aus Zweckmäßigkeitsgründen (um nämlich dem Antragsteller den Nachweis der Annahme zu ersparen) ist im Abs. 2 zugelassen, daß die Fristbestimmung **schon vor der Annahme der Erbschaft** erfolgen kann. Damit jedoch die Frist dem Erben nicht ungebührlich verkürzt wird, ist bestimmt, daß sie **nicht vor der Annahme der Erbschaft beginnt.** Über den Fall, daß die Inventarfrist erst dem **Erbeserben** bestimmt wird, vgl. **Boschan**, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis II S. 108.

4. Die im Abs. 3 zugelassene **Verlängerung** der Inventarfrist ist so zu verstehen, daß die ursprünglich bestimmte und zur Zeit des Antrags noch nicht abgelaufene Frist durch einen neuen Gerichtsbeschluß ausgedehnt wird. Dies ergibt sich aus der Stellung der Vorschrift im Abs. 3 und aus § 1996 Abs. 1 Satz 1. Die anscheinend von **Böhm** (Haftung, S. 466) vertretene Auffassung, daß die Inventarfrist auf Antrag des Erben schon in dem ersten Gerichtsbeschluß auf mehr als drei Monate festgesetzt werden könne, widerspricht dem Sinne des Wortes „Verlängerung“ (vgl. § 190). Die Entscheidung über die Verlängerung der Frist unterliegt nach dem FGG. § 77 Abs. 2, gleichviel ob dem Antrage des Erben entsprochen oder ob er zurückgewiesen wird, der sofortigen Beschwerde. Der Zeitraum, um den die Frist verlängert wird, ist nach § 190 im Zweifel von dem Ablaufe der ursprünglichen Frist an zu berechnen.

5. Eine **Verkürzung** der Frist (preuß. ALR. I 9 § 426) ist **weder** in der Weise statthaft, daß von vornherein eine weniger als einen Monat betragende Frist festgesetzt, **noch** in der Weise, daß die ursprünglich bestimmte Frist später verkürzt wird.

§ 1996.

E. I § 2098; II § 1871 rev. § 1973; III § 1971. P. I S. 10904 ff.; M. V S. 611 f. P. II Bd. 5 S. 734.

1. Durch § 1996 wird der Erbe gegen die **unverschuldete Versäumung der Inventarfrist** in gewissen Fällen in einer Weise geschützt, die der Sache nach auf eine Wiedereinsetzung

der Inventarfrist zu beantragen, so hat ihm auf seinen Antrag das Nachlaßgericht eine neue Inventarfrist zu bestimmen. Das Gleiche gilt, wenn der Erbe von der Zustellung des Beschlusses, durch den die Inventarfrist bestimmt worden ist, ohne sein Verschulden Kenntniß nicht erlangt hat.

Der Antrag muß binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses und spätestens vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Ende der zuerst bestimmten Frist gestellt werden.

Vor der Entscheidung soll der Nachlaßgläubiger, auf dessen Antrag die erste Frist bestimmt worden ist, wenn thunlich gehört werden.

---

in den vorigen Stand hinauskommt. Es kann ihm auf seinen Antrag vom Nachlaßgericht eine **neue Inventarfrist** bestimmt werden, worin ausgesprochen liegt, daß die mit der Versäumung der ursprünglichen Frist eingetretene Wirkung zutreffendenfalls als nicht eingetreten gilt.

2. Sachlich wird vorausgesetzt (Abs. 1), daß der Erbe durch höhere Gewalt oder infolge seiner in Abs. 1 Satz 2 genauer bezeichneten schuldlosen Unkenntnis verhindert gewesen ist, das Inventar vor dem Ablaufe der zuerst bestimmten Frist zu errichten oder, sofern der Antrag auf Verlängerung dieser Frist (§ 1995 Abs. 3) den Umständen nach gerechtfertigt gewesen wäre, diesen Antrag rechtzeitig zu stellen. Der Begriff der höheren Gewalt ist hier grundsätzlich derselbe wie im § 203 (s. die Erl. zu § 203 Nr. 1 Abs. 2), doch ist zu beachten, daß hinsichtlich des in Abs. 1 des § 203 bezeichneten Falles der höheren Gewalt (Stillstand der Rechtspflege) im § 1997 noch Besonderes bestimmt ist. Ein hier in Betracht kommender Fall höherer Gewalt könnte z. B. durch eine Verkehrssperrung oder durch den Untergang des Postpakets, in welchem sich eine auf die Inventarerrichtung sich beziehende Erklärung des Erben (vgl. § 1995 Abs. 3; §§ 2003, 2004) befand, gelegen sein. Darin allein dagegen, daß ein anderer als der Erbe den Nachlaß im Besitz hat und Herausgabe und Auskunft verweigert, dürfte eine höhere Gewalt noch nicht zu erblicken sein; denn die bezeichneten Umstände hindern den Erben doch nicht an der Antragstellung nach § 2003. Nach der ausdrücklichen Bestimmung von Abs. 1 Satz 2 wird es der Verhinderung durch höhere Gewalt gleichgeachtet, wenn der Erbe von der Zustellung des Beschlusses, durch den die Inventarfrist bestimmt worden, ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hat, was namentlich bei einer Ersatzzustellung vorkommen kann (vgl. CPO. § 233 Abs. 2).

Formelle Voraussetzung ist ein Antrag des Erben. Er muß, wie Abs. 2 im Anschluß an die Bestimmungen der CPO. (§ 234) über die Wiedereinsetzung gegen die Versäumung einer Notfrist vorschreibt, binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses (der Verkehrssperrung ꝛc. oder der unverschuldeten Unkenntnis) und auf jeden Fall innerhalb eines Jahres nach dem Ablaufe der zuerst bestimmten Inventarfrist gestellt werden. Die Bestimmung des Abs. 3 ist nur Ordnungsvorschrift. Ihr zufolge soll das Nachlaßgericht vor der Entscheidung denjenigen Nachlaßgläubiger, auf dessen Antrag die erste Frist bestimmt worden ist, wenn tunlich, hören.

3. Die Entscheidung des Nachlaßgerichts ist dem Erben und (jedenfalls dann, wenn dem Antrag entsprochen wird) dem Nachlaßgläubiger, welcher den Antrag auf die Bestimmung der Inventarfrist gestellt hat, nach Maßgabe des FGG. § 16 bekannt zu machen; sie unterliegt der sofortigen Beschwerde, die außer dem Erben jedem Nachlaßgläubiger zusteht (FGG. § 77 Abs. 2, 3).

Daß die Bestimmung einer neuen Inventarfrist nur einmal erfolgen kann, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen und kann insbesondere nicht daraus gefolgert werden, daß im § 1997 die entsprechende Anwendung von § 203 Abs. 2 nicht angeordnet ist (anders die früheren Aufl. dieses Werkes). Denn wenn und soweit diese Anwendung einzutreten hätte, bedürfte es der Wiedereinsetzung nach § 1996 überhaupt nicht (vgl. auch Strohal II § 73 Anm. 21; Binder II S. 229 Anm. 48). Eine unüberschreitbare Schranke ist der Wiedereinsetzung aber allerdings durch die Jahresfrist des Abs. 2 von § 1996 gesetzt.

Einen anderen Fall der Bestimmung einer neuen Inventarfrist enthält § 2005 Abs. 2.

§. 1997. Auf den Lauf der Inventarfrist und der im §. 1996 Abs. 2 bestimmten Frist von zwei Wochen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des §. 203 Abs. 1 und des §. 206 entsprechende Anwendung.

§. 1998. Stirbt der Erbe vor dem Ablaufe der Inventarfrist oder der im §. 1996 Abs. 2 bestimmten Frist von zwei Wochen, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist.

---

§ 1997.

E. I § 2100; II § 1872 rev. § 1974; III § 1972. P. I S. 10912 ff., 12232; M. V S. 613 f. P. II Bd. 5 S. 734.

1. Die entsprechende Anwendung des § 203 Abs. 1 ergibt, daß der Lauf der Inventarfrist und der zweiwöchigen Frist des § 1996 Abs. 2 gehemmt ist, solange der Erbe durch Stillstand der Rechtspflege an der Aufnahme oder Einreichung des Inventars bzw. an der Stellung des Antrags auf Bestimmung einer neuen Inventarfrist gehindert ist. Anderweitige Verhinderung durch höhere Gewalt wird, da der Abs. 2 des § 203 nicht mitangezogen ist, bei Versäumung der zweiwöchigen Frist des § 1996 Abs. 2 nicht berücksichtigt; bezüglich der Inventarfrist wird für diesen Fall durch den § 1996 Sorge getragen.

2. Die im § 1997 angeordnete entsprechende Anwendung des § 206 hat zur Voraussetzung, daß die Inventarfrist bzw. die im § 1996 Abs. 2 bezeichnete Frist bereits begonnen hat. Denn andernfalls können die Fristen, wenn und solange es dem geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben an einem gesetzlichen Vertreter fehlt, überhaupt nicht beginnen; die Inventarfrist nicht, weil nach CPO. § 171 Abs. 1 (vgl. Erl. 2 zu § 1995) die Zustellung des die Fristbestimmung enthaltenden Beschlusses wirksam nur an den gesetzlichen Vertreter erfolgen kann, die Frist des § 1996 Abs. 2 nicht schon nach Maßgabe des Inhalts dieser Vorschrift. Trifft aber während des Laufes dieser Fristen mit dem Umstande, daß der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, zusammen, daß dieser auch eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, so führt die entsprechende Anwendung des § 206 zu dem Ergebnis, daß die Inventarfrist bzw. die zweiwöchige Frist des § 1996 Abs. 2 nicht vor dem Zeitpunkte vollendet wird, in welchem ein der ursprünglich bestimmten Inventarfrist bzw. der gesetzlichen Frist des § 1996 und, wenn das hervorgehobene Zusammentreffen während des Laufes der verlängerten Inventarfrist eingetreten ist, ein der Zeit der nach § 1995 Abs. 3 bewilligten Verlängerung (in diesem Punkte a. A. Hachenburg S. 667; wie hier Goldmann-Lilienthal S. 341 Anm. 3; Strohal II § 73 bei Anm. 20a; Wilke Erl. zu § 1997) gleicher Zeitraum verstrichen ist.

Wegen der Versäumung der Inventarfrist durch den gesetzlichen Vertreter s. die Erl. 5c zu § 1994.

§ 1998.

E. I § 2099; II § 1873 rev. § 1975; III § 1973. P. I S. 10906, 10910 f.; M. V S. 612 f. P. II Bd. 5 S. 734.

Der § 1998 enthält eine dem § 1952 Abs. 2 analoge Vorschrift. Stirbt der Erbe während des Laufes der Inventarfrist, so muß sein Erbe sich zunächst über die Annahme der ihm angefallenen Erbschaft entscheiden können, bevor er für die Beschränkung seiner Haftung für die Verbindlichkeiten der zum Nachlasse gehörenden Erbschaft Sorge trägt. Die Inventarfrist soll daher keinesfalls vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist (§ 1944) endigen. Die gleiche Vorschrift wird hinsichtlich der im § 1996 Abs. 2 bestimmten zweiwöchigen Frist gegeben.

Wird der Erbe von mehreren Personen beerbt, so ist jede derselben zur Inventarerrichtung hinsichtlich der ganzen zum Nachlasse gehörenden Erbschaft befugt und auf Antrag eines Gläubigers verpflichtet. Die dem Erblasser bestimmte Inventarfrist endigt für jeden Miterben nicht vor dem Ablaufe der für ihn laufenden Ausschlagungsfrist; die Errichtung des Inventars durch einen Miterben kommt auch in diesem Falle nach Maßgabe des § 2063 den übrigen Erben zustatten.

Wenn die im § 1998 getroffene Fürsorge nicht ausreicht, kann der Erbeserbe nach § 1995 Abs. 3 eine Verlängerung der Inventarfrist beantragen; nicht minder kann er, wenn die Voraussetzungen des § 1996 Abs. 1 in seiner Person begründet sind, die Bestimmung einer neuen Inventarfrist verlangen (Hachenburg S. 668).

§. 1999. Steht der Erbe unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft, so soll das Nachlaßgericht dem Vormundschaftsgerichte von der Bestimmung der Inventarfrist Mittheilung machen.

§. 2000. Die Bestimmung einer Inventarfrist wird unwirksam, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet wird. Während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden. Ist der Nachlaßkonkurs durch Vertheilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt, so bedarf es zur Abwendung der unbeschränkten Haftung der Inventarerrichtung nicht.

---

§ 1999.

E. I § 2101; II § 1874 rev. § 1976; III § 1974. P. I E. 10912 ff., 11394; M. V E. 614. P. II Bd. 5 E. 734.

Singer in Seuff. Bl. für RAnw. Bd. 64 S. 324.

Die Vorschrift hat den Zweck, den **unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehenden Erben** gegen die Versäumung der Inventarfrist durch den gesetzlichen Vertreter (s. Erl. 5 c zu § 1994) zu schützen. Auf die (sogleich nach der Bestimmung der Inventarfrist zu bewirkende) Mitteilung des Nachlaßgerichts hin hat das Vormundschaftsgericht in Ausübung seiner Aufsichtspflicht (§§ 1837 ff.) darüber zu wachen, daß die Inventarerrichtung durch den Vormund rechtzeitig erfolgt. Werden die Obliegenheiten des Vormundschaftsgerichts von demselben Gericht (und von derselben Gerichtsabteilung) wahrgenommen wie die des Nachlaßgerichts, so unterbleibt natürlich die besondere Mitteilung bzw. sie wird durch eine Notiz zu den Vormundschaftsakten ersetzt. Der Beginn der Inventarfrist ist von der Mitteilung an das Vormundschaftsgericht in keinem Falle abhängig.

§ 2000.

E. I § 2095 Abs. 2; II § 1868 Abs. 3 rev. § 1971 Abs. 3; III § 1975. P. I E. 10935 ff.; M. V E. 609. P. II Bd. 5 E. 758 ff.

1. **Unwirksamwerden der erfolgten und Unzulässigkeit der noch nicht erfolgten Fristbestimmung.** Wenn der Erbe die nötigen Schritte getan hat, um die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeizuführen, soll er mit der Abwickelung des Nachlasses nicht weiter behelligt werden, insbesondere auch nicht verpflichtet sein, auf Antrag eines Nachlaßgläubigers binnen einer bestimmten Frist ein Inventar zu errichten (wegen der aus §§ 260, 1978 herzuleitenden Verpflichtung des Erben zur Einreichung eines Nachlaßverzeichnisses an den Nachlaßverwalter vgl. Erl. 7 zu § 2006). Die Gläubiger sind durch die mit der Nachlaßverwaltung oder dem Nachlaßkonkurse verbundenen Sicherheitsmaßregeln, zu denen die Errichtung eines Inventars ohnehin gehört (§ 2012 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 i. V. m. § 260 Abs. 1, auch §§ 1802, 1915; KO. §§ 123, 124) genügend geschützt. Demgemäß ist im § 2000 Satz 1, 2 vorgeschrieben, daß die bereits getroffene Bestimmung einer Inventarfrist mit der Anordnung einer Nachlaßverwaltung bzw. der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ihre Wirksamkeit verliert und daß während der Dauer der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses eine Inventarfrist nicht bestimmt werden kann. Der Satz 2 bezieht sich zunächst nur auf den Erben. Daß dem Nachlaßverwalter eine Inventarfrist nicht bestimmt werden kann, ist im § 2012 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ausgesprochen; für den Konkursverwalter ergibt sich das gleiche daraus, daß der § 1994 die Bestimmung einer Inventarfrist überhaupt nur gegenüber dem Erben zuläßt, der Konkursverwalter aber nicht als gesetzlicher Vertreter des Erben anzusehen ist.

2. Nach Satz 3 soll auch nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses eine Verpflichtung des Erben zur Inventarerrichtung nicht bestehen und mithin eine Inventarfrist nicht wirksam bestimmt werden können, wenn die Beendigung des Konkursverfahrens durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich herbeigeführt worden ist. In diesen Fällen hat die Errichtung des Inventars durch den Konkursverwalter stets stattgefunden (KO. §§ 149 ff., 161 ff., 173 i. V. m. §§ 123 ff., 131, 138), doch kann hierin nicht der Grund für die Vorschrift des Satz 3 erblickt werden, da diese sonst auch für andere Fälle der Beendigung des Nachlaßkonkurses (vgl. KO. § 202) und für den Fall einer durchgeführten Nachlaßverwaltung gelten müßte. Der Grund liegt vielmehr in der besonderen Beschränkung der Haftung, die nach § 1989 in den im § 2000 Satz 3 vorausgesetzten Fällen eintritt (über die Gestaltung der Haftung

§. 2001. In dem Inventar sollen die bei dem Eintritte des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände und die Nachlaßverbindlichkeiten vollständig angegeben werden.

Das Inventar soll außerdem eine Beschreibung der Nachlaßgegenstände, soweit eine solche zur Bestimmung des Werthes erforderlich ist, und die Angabe des Werthes enthalten.

---

in den übrigen Fällen der Beendigung des Nachlaßkonkurses vgl. Erl. 1 zu § 1989). Dafern nämlich die Haftung des Erben nicht schon vor der Konkurseröffnung eine schlechthin unbeschränkte gewesen ist (vgl. § 2013 Abs. 1), haftet er den nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse noch auftretenden Nachlaßgläubigern nur mehr nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 1973 (vgl. hierzu Erl. 2 zu § 1989). Gläubigern gegenüber, welchen nach § 1973 gehaftet wird, kann aber ein Verlust dieser bereits begründeten Haftungsbeschränkung auf Grund des § 1994 Abs. 1 Satz 2 überhaupt nicht mehr eintreten (§ 2013 Abs. 1 Satz 2) und andere Gläubiger kommen in unserem Falle — im Gegensatze zu den ursprünglichen Anwendungsfällen des § 1973, wo neben ausgeschlossenen natürlich auch nicht ausgeschlossene Gläubiger vorkommen können (vgl. auch Erl. 3 zu § 1973) — nicht in Betracht. Ob überhaupt ein und welcher Überschuß nach der Verteilung der Masse noch übrig geblieben ist, ergibt sich aus den Konkursakten.

§ 2001.

E. I § 2105; II § 1875 rev. § 1977; III § 1976. P. I S. 10925 ff., 11458; M. V S. 618. P. II Bd. 5 S. 735 ff.

Carlebach in Z. d. D.Not.Ver. 1903 S. 10 ff.

1. Die im § 2001 enthaltenen Bestimmungen über den **Inhalt des Inventars** sind Ordnungsvorschriften, deren Verletzung das Inventar nicht schlechthin entkräftet, deren Beobachtung aber durch die in den §§ 2002, 2003 vorgeschriebene amtliche Aufnahme des Inventars gewährleistet wird. Das Inventar soll (wie nach dem preuß. ALR. I 9 § 434) außer den Nachlaßaktiven auch die Angabe der Passiven enthalten. Die **Nachlaßverbindlichkeiten** sind vollständig und nach dem Stande zur Zeit der Inventarerrichtung anzugeben, mithin auch die erst mit oder nach dem Erbfall erwachsenen, wie Vermächtnisse, Beerdigungskosten, Gerichtsgebühren aus Anlaß des Erbfalls usw. Die **Nachlaßgegenstände** dagegen sollen nach dem Stande zur Zeit des Erbfalls angegeben werden; Veränderungen, die in der Nachlaßmasse eingetreten sind, während sich der Nachlaß in den Händen des Erben, eines Nachlaßpflegers oder eines Testamentsvollstreckers befunden hat, bleiben außer Betracht. Dies rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß das Inventar nur die Grundlage für die Rechenschaftsablegung bilden soll, die dem Erben, wenn er die Beschränkung seiner Haftung geltend macht, nach §§ 1978, 1991 obliegt (vgl. auch Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 832, 833 und Hellmann, Krit. Viert. Bd. 39 S. 240). Bezüglich des vom Nacherben aufzunehmenden Inventars vgl. Erl. zu § 2144.

Aus dem Zwecke des Inventars und aus den auf die Fälle der beschränkten Haftung sich beziehenden Vorschriften der §§ 1976, 1991 Abs. 2, 1992 ergibt sich, daß Rechte und Verbindlichkeiten, welche durch Vereinigung erlöschen, im Inventar trotzdem aufzuführen sind. Da Ausgleichungsberechtigungen nicht zum Nachlaß gehören und Ausgleichungsverpflichtungen nicht den Charakter von Nachlaßverbindlichkeiten haben (vgl. §§ 2050, 2055), so sind weder die einen noch die anderen im Inventar zu berücksichtigen. Über den Fall, daß eine Nachlaßmasse nicht vorhanden ist, vgl. Erl. 5 b zu § 1994.

2. Nach Abs. 2 soll das Inventar ferner eine **Beschreibung** der Nachlaßgegenstände, soweit eine solche zur Bestimmung des Wertes erforderlich ist, und die **Angabe des Wertes** selbst enthalten. Mit Bezug auf letztere, bereits im E. I enthaltene Vorschrift bestand in der zweiten Kommission Meinungsverschiedenheit darüber, ob der Wert der Nachlaßgegenstände von dem Beamten (§ 2002) lediglich nach den Angaben des Erben in das Inventar einzutragen sei oder ob der Beamte seinerseits eine Schätzung vornehmen oder durch Sachverständige vornehmen lassen solle. Die Mehrheit war der Ansicht, daß bei der Aufnahme des Inventars durch den Erben dem nach § 2002 zugezogenen Beamten eine Prüfung der Angaben des Erben nicht zustehe, weil die Einräumung des Prüfungsrechts auch immer eine gewisse Verpflichtung zur Prüfung mit sich bringe, die zu häufiger Zuziehung von Sachverständigen und damit zu einer Erhöhung der Kosten führen würde. Nur wenn die Behörde oder der Beamte gemäß § 2003 das Inventar

§. 2002. Der Erbe muß zu der Aufnahme des Inventars eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar zuziehen.

§. 2003. Auf Antrag des Erben hat das Nachlaßgericht entweder das Inventar selbst aufzunehmen oder die Aufnahme einer zuständigen Behörde oder

---

selbst aufnehme, müsse auch eine amtliche Schätzung der Nachlaßgegenstände stattfinden. Dieser Ansicht kann nur mit der Maßgabe beigetreten werden, daß bei offenbar unrichtigen, auf Unkenntnis oder Böswilligkeit beruhenden Angaben des Erben, durch welche dieser die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen beabsichtigt (vgl. insbesondere § 1992 Satz 2), dem nach § 2002 zugezogenen Beamten freistehen muß, sei es in einem Zusatze zum Inventar, sei es durch besondere Anzeige an das Nachlaßgericht, seine abweichende Meinung kundzugeben.

Die Frage, welcher Zeitpunkt der Angabe des Wertes zugrunde zu legen ist, wird in den Motiven offen gelassen. Aus denselben Gründen, die für den anzugebenden Bestand der Nachlaßgegenstände den Eintritt des Erbfalls entscheiden lassen, ist dieser Zeitpunkt auch hinsichtlich der Wertangabe als maßgebend anzusehen.

3. Eine Zusammenzählung des Wertes der einzelnen Nachlaßgegenstände und des Betrags der Nachlaßverbindlichkeiten sowie ein rechnungsmäßiger Abschluß des Inventars, also eine Bilanz des Nachlasses, ist nicht vorgeschrieben, doch ist eine solche Übersicht zweckmäßig und wird bei der vorgeschriebenen amtlichen Aufnahme des Inventars wohl stets erfolgen.

4. Aus § 2001 ergibt sich, daß von der Errichtung eines Inventars über einen Erbteil keine Rede sein kann. Auch das vom Teilerben zu errichtende Inventar muß also ein Inventar über den Nachlaß sein.

§ 2002.

E. I § 2102; II § 1876 rev. § 1978; III § 1977. P. I S. 10917 ff.; M. V S. 615 f. P. II Bd. 5 S. 734, 737.

1. Während das bisherige Recht (so namentlich das preuß. ALR. I 9 §§ 436, 437; wegen des gem. Rechtes und der sonstigen bisherigen Rechte vgl. M. V S. 615) meist ein von dem Erben angefertigtes Privatinventar genügen ließ, fordert das BGB. bei der Aufnahme des Inventars durch den Erben eine **amtliche Mitwirkung**, weil erfahrungsmäßig der Erbe häufig nicht imstande ist, ein Inventar herzustellen, welches Dritten eine brauchbare Grundlage für die Beurteilung des Nachlaßbestandes bietet. Die Vorschrift ist zwingenden Charakters; sie stand bereits im E. I und wurde von der zweiten Kommission unter Ablehnung vermittelnder Vorschläge festgehalten. Die Aufgabe des öffentlichen Organs ist jedoch nur die eines Beistandes, der mit seiner allgemeinen Sachkenntnis und formellen Geschäftsgewandtheit den Erben unterstützen soll. Der Beamte ist also nicht berufen, Nachforschungen anzustellen, die sich gegen den Erben richten; vgl. im übrigen Erl. 5b zu § 1994 und Erl. 2 zu § 2001.

2. Die sachliche und örtliche **Zuständigkeit** der Behörde oder des Beamten richtet sich nach den Landesgesetzen (vgl. Art. 147, 148 EG. und Erl. dazu in Bd. VI). Die Notare, die von der zweiten Kommission hauptsächlich mit Rücksicht darauf besonders genannt worden sind, daß der Notar nicht in allen Bundesstaaten Beamter ist, sind im ganzen Reiche sachlich zuständig. Ihre Zuständigkeit kann landesgesetzlich nicht ausgeschlossen werden; das Wort „zuständigen" ist mit Bezug auf den Notar nur von der örtlichen Zuständigkeit zu verstehen.

3. Was das **Verfahren** bei der Aufnahme des Inventars anbelangt, so ist der Gebrauch eines Formulars, wie z. B. die preuß. AGO. ein solches aufstellte, nicht wesentlich. Auch sonstige Bestimmungen der Landesgesetze sind nur als Ordnungsvorschriften aufrecht zu erhalten. Das freiw. GG. enthält keine einschlägigen Vorschriften, gibt aber im § 200 Abs. 1 der Landesgesetzgebung Raum. Als wesentlich wird die Unterschrift des Erben und des zugezogenen Beamten gelten müssen. Vgl. die einschlagenden landesgesetzlichen Vorschriften bei Weißler S. 352; Dertmann (Bayern) S. 645; Kloß (Sachsen) S. 336; Kisch (Elsaß-Lothringen) S. 980, 981.

4. Die **Kosten** der Inventarerrichtung fallen dem Nachlasse zur Last (vgl. § 2121 Abs. 4, § 2215 Abs. 5, § 2314 Abs. 2), sie begründen im Nachlaßkonkurs eine Masseschuld (KO. § 224 Nr. 4).

§ 2003.

E. I § 2103; II § 1877 rev. § 1979; III § 1978. P. I S. 10900 f., 10904, 10918 ff.; M. V S. 616 f. P. II Bd. 5 S. 734.

1. Im Anschluß an das bisherige Recht ist im § 2003 zugelassen, daß die **Aufnahme des Inventars** auf Antrag des Erben **durch das Nachlaßgericht** oder durch eine andere Behörde

einem zuständigen Beamten oder Notar zu übertragen. Durch die Stellung des Antrags wird die Inventarfrist gewahrt.

Der Erbe ist verpflichtet, die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Auskunft zu ertheilen.

Das Inventar ist von der Behörde, dem Beamten oder dem Notar bei dem Nachlaßgericht einzureichen.

§. 2004. Befindet sich bei dem Nachlaßgerichte schon ein den Vorschriften der §§. 2002, 2003 entsprechendes Inventar, so genügt es, wenn der Erbe vor dem Ablaufe der Inventarfrist dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt, daß das Inventar als von ihm eingereicht gelten soll.

---

oder Amtsperson erfolgt (vgl. § 2121 Abs. 3, § 2215 Abs. 4, § 2314 Abs. 1, auch §§ 1035, 1372, 1528). Der Antrag ist (dafern nicht auf Grund des Art. 147 EG. kraft landesgesetzlicher Bestimmung an die Stelle des Nachlaßgerichts eine andere Behörde tritt) stets bei dem Nachlaßgerichte zu stellen. Letzteres hat sodann entweder das Inventar selbst aufzunehmen, d. h. die Aufnahme durch eine Gerichtsperson, sei es (was kaum vorkommen wird) der Richter, sei es der Gerichtsschreiber, zu bewirken oder eine andere zuständige Behörde, einen zuständigen Beamten oder Notar mit der Aufnahme zu beauftragen. Selbst dort aber, wo von dem vorerwähnten Vorbehalte des Art. 147 EG. kein Gebrauch gemacht worden ist, kann doch wieder die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur eigenen Aufnahme des Inventars nach EG. Art. 148 (vgl. hierzu Erl. in Bd. VI S. 278) landesgesetzlich ausgeschlossen werden. Die Zuständigkeit anderer Behörden oder Amtspersonen richtet sich wie im Falle des § 2002 nach den Landesgesetzen (vgl. für Preußen AG. z. GVG. v. 24. April 1878 §§ 70, 74, AG. z. FGG. Art. 108), bei dem Notar kommt aber auch hier nur die örtliche Zuständigkeit in Frage. Die beauftragte Behörde oder Amtsperson hat das fertiggestellte Inventar bei dem Nachlaßgericht einzureichen (Abs. 3).

2. Für den Erben bietet das Verfahren nach § 2003 den Vorteil der größeren Bequemlichkeit und Sicherheit, wenngleich die Kosten der behördlichen Inventarerrichtung natürlich höher sein werden als die der Zuziehung eines Beamten nach § 2002. Die Inventarfrist wird nach Abs. 1 Satz 2 schon durch die Stellung des Antrags auf gerichtliche Inventaraufnahme gewahrt. Hierdurch ist es dem Erben ermöglicht, die Inventarfrist auch in Fällen zu wahren, wo eine Aufnahme des Inventars durch den Erben selbst (nach § 2002) mit Schwierigkeiten verbunden ist, z. B. weil ein anderer als der Erbe im Besitze des Nachlasses ist (vgl. auch Rspr. 5 S. 342; darüber, daß diese Wahrung der Inventarfrist durch einen Miterben auch den übrigen Erben nach Maßgabe des § 2063 Abs. 1 zustatten kommt, vgl. Rspr. 10 S. 296). Eine Verpflichtung trifft jedoch den Erben noch nach der Stellung des Antrags, nämlich auf Erfordern des mit der Aufnahme des Inventars befaßten Organs diesem die nötige Auskunft zu erteilen. Ein unmittelbarer Zwang gegen den Erben findet nicht statt; doch hat Verweigerung oder absichtliche erhebliche Verzögerung der Auskunft nach § 2005 Abs. 1 Satz 2 den Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung zur Folge.

§ 2004.

E. I § 2104; II § 1878 rev. § 1980; III § 1979. P. I E. 10901, 10904, 10918 ff., 10924; M. IV E. 617 f. P. II Bd. 5 E. 735.

1. Im Anschluß an die Praxis des gem. und des preuß. Rechtes gewährt § 2004 dem Erben eine weitere Erleichterung der Inventarerrichtung, indem er ihm die **Bezugnahme auf ein bei dem Nachlaßgerichte bereits befindliches Inventar** gestattet, sofern dieses den Formvorschriften der §§ 2002, 2003 entspricht. Das vorhandene Inventar kann von einem Erbschaftsbesitzer, einem Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter oder Konkursverwalter eingereicht sein (in den beiden zuletzt genannten Fällen kann die Bezugnahme Bedeutung gewinnen, sobald die Nachlaßverwaltung oder der Nachlaßkonkurs beendigt sind, und nicht die Voraussetzungen des § 2000 Satz 3 zutreffen), es kann auch vom Nachlaßgerichte selbst nach § 1960 Abs. 2 aufgenommen sein. Es ist mithin bei einem nach § 2003 aufgenommenen Inventar nicht notwendig, daß der Erbe selbst, wenngleich zu einem anderen Zwecke als zur Wahrung einer Inventarfrist (vgl. § 2121 Abs. 3), den Antrag bei dem Nachlaßgerichte gestellt hat. Die erforderte Tätigkeit des Erben

§. 2005. Führt der Erbe absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angabe der Nachlaßgegenstände herbei oder bewirkt er in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit, so haftet er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt. Das Gleiche gilt, wenn er im Falle des §. 2003 die Ertheilung der Auskunft verweigert oder absichtlich in erheblichem Maße verzögert.

Ist die Angabe der Nachlaßgegenstände unvollständig, ohne daß ein Fall des Abs. 1 vorliegt, so kann dem Erben zur Ergänzung eine neue Inventarfrist bestimmt werden.

---

besteht nur darin, daß er vor dem Ablaufe der Inventarfrist dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt, das vorhandene Inventar solle als von ihm eingereicht gelten. Nach dem preuß. AG. z. FGG. Art. 104 Abs. 2 ist die im § 2004 vorgesehene Benutzung des von einem Dorfgerichte lediglich nach dem bezeichneten Art. 104 (und somit nicht im Auftrage des Amtsgerichts) aufgenommenen Nachlaßinventars ausgeschlossen. Über das von einem nach § 1960 bestellten Nachlaßpfleger errichtete Inventar vgl. Erl. 4 zu § 1993.

2. Die Errichtung des Inventars sowie die Einreichung desselben bei dem Nachlaßgerichte kann durch einen Bevollmächtigten des Erben geschehen. Es handelt sich hier um eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften der §§ 164, 167 über die Vornahme von Rechtsgeschäften durch Bevollmächtigte entsprechende Anwendung finden. Nicht erforderlich ist, daß eine beglaubigte Vollmacht dem Inventar bei dessen Einreichung beigefügt oder vor dem Ablaufe der Inventarfrist nachgeliefert wird. Für die Ausschlagung der Erbschaft enthält zwar der § 1945 Abs. 2 eine derartige Vorschrift. Diese ist aber nicht auf die Errichtung des Inventars ausgedehnt und eine entsprechende Anwendung ist bei der Verschiedenheit der Verhältnisse, um die es sich bei der Ausschlagung der Erbschaft und bei der Errichtung des Inventars handelt, unzulässig. Besteht Streit über das Bestehen der Vollmacht, so ist darüber in dem Prozesse zu entscheiden, in welchem die Wirksamkeit des Inventars geltend gemacht wird. Der Erbe wird übrigens gut tun, dafür zu sorgen, daß sein Bevollmächtigter gleichzeitig mit der Einreichung des Inventars eine beglaubigte Vollmacht dem Nachlaßgericht überreicht; er beugt dadurch künftigen Streitigkeiten vor und entgeht der Gefahr, daß das Nachlaßgericht die Annahme des von einem nicht legitimierten Dritten eingereichten Inventars ablehnt.

Die Aufnahme und Einreichung eines Inventars durch einen nicht bevollmächtigten Dritten, der als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Erben handelt, ist unwirksam. Bei einer einseitigen Rechtshandlung, wie sie hier in Frage steht, ist nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 180 Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Die Vorschrift des § 180 Satz 2 findet, da es sich um eine nicht empfangsbedürftige Rechtshandlung handelt, und eine dem § 130 Abs. 3 entsprechende Vorschrift für Fälle dieser Art nicht besteht, keine Anwendung (s. Bd. I S. 312, 313 Erl. 1 zu § 180). Der Erbe kann übrigens, wenn das von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 2002, 2003 errichtete und dem Nachlaßgericht überreichte Inventar von dem Nachlaßgericht angenommen ist und sich bei diesem befindet, die Inventarfrist nach § 2004 dadurch wahren, daß er vor dem Ablaufe der Frist dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt, daß das Inventar als von ihm eingereicht gelten soll.

§ 2005.

E. I § 2106; II § 1879 rev. § 1981; III § 1960. P. I S. 1092 ff.; M. V S. 618 ff. P. II Bd. 5 S. 738 ff., 754 ff.

Unrichtigkeit und Unvollständigkeit des Inventars. Ungetreues Inventar.

1. Die Errichtung eines formgerechten und übersichtlichen Inventars wird nach dem BGB. durch die Vorschriften der §§ 2002, 2003 gewährleistet. Die amtliche Aufnahme oder Mitwirkung kann jedoch nicht verhindern, daß das Inventar inhaltlich unrichtig oder unvollständig wird, wenn der Erbe es an Wahrhaftigkeit oder auch nur an der nötigen Sorgsamkeit fehlen läßt. Das BGB. übt daher in dieser Beziehung einen Zwang auf den Erben dadurch aus, daß es im § 2005 Abs. 1 an die daselbst genauer bezeichneten absichtlichen Verfehlungen bei der Inventarerrichtung den Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung knüpft, während es im Abs. 2 für den Fall einer auf Fahrlässigkeit beruhenden oder ohne jede Schuld des Erben

eingetretenen Unvollständigkeit die Ergänzung des Inventars innerhalb einer neuen Inventarfrist zuläßt und im § 2006 als ein für beide Fälle berechnetes Zwangsmittel die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids einführt.

2. **Der Verlust der beschränkten Haftung** tritt nach dem Abs. 1 in drei Fällen ein:

a) Wenn der Erbe absichtlich (vgl. OLG. Breslau im Recht 1904 S. 387) eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angabe der **Nachlaßgegenstände** herbeiführt. Diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken, daß ein dergestalt unvollständiges Verzeichnis ein Inventar im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht darstellt, daß also der Erbe seiner Inventurpflicht nicht genügt hat. Demgemäß wird nicht notwendig eine auf Benachteiligung der Nachlaßgläubiger gerichtete Absicht vorausgesetzt (vgl. auch OLG. Dresden im sächs. Arch. 14 S. 122), vielmehr tritt der Verlust der beschränkten Haftung auch dann ein, wenn der Erbe einen anderen Zweck, z. B. die Verkürzung eines Miterben, verfolgte. Der gewöhnlich genannte Fall der beabsichtigten Verringerung der Erbschaftssteuer paßt deshalb nicht, weil es sich dabei ja doch wieder um die Schädigung eines Nachlaßgläubigers (nämlich des Fiskus) handelt. Auf der anderen Seite muß die Unvollständigkeit des Inventars eine erhebliche sein; sie muß die Angabe der Nachlaßgegenstände selbst, nicht deren nach § 2001 Abs. 2 anzugebenden Wert betreffen.

b) Wenn der Erbe in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden **Nachlaßverbindlichkeit** bewirkt. Bei dieser von der zweiten Kommission beschlossenen Bestimmung überwiegt der Gesichtspunkt der Strafe. Sie beruht auf der Erwägung, daß zwar die Angabe der Passiven keinen rechtlich wesentlichen Bestandteil des Inventars darstellt, daß jedoch im Leben auf die Richtigkeit des Inventars auch hinsichtlich der Verbindlichkeiten vertraut wird und daher die böswillige Einstellung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit eine Verfälschung der Grundlage bedeutet, auf der die Auseinandersetzung zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern erfolgen soll. Betrügerische Versuche des Erben, durch Aufstellung oder Anerkennung von Schulden, „welche ganz oder teilweise erdichtet sind", einen ihm günstigen außergerichtlichen Vergleich oder Zwangsvergleich herbeizuführen, oder im Einverständnisse mit einem anderen Bestandteile des Aktivvermögens auf diese Weise beiseite zu schaffen, sind nicht selten. Das BGB. stellt daher neben die öffentliche Strafe, die nach der KO. § 239 Nr. 2 unter Umständen eintritt, und den konkursrechtlichen Nachteil der Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs (KO. § 175 Nr. 2, 3, § 186 Nr. 2) für den Fall, daß der Versuch in dem Inventar unternommen wird, noch den zivilrechtlichen Nachteil des Verlustes der beschränkten Haftung. — Die Weglassung bestehender und dem Erben bekannter Nachlaßverbindlichkeiten, über deren Wirkung im preuß. Rechte Streit bestand, ist nach dem BGB. bedeutungslos (M. V S. 620, 621).

c) Wenn der Erbe im Falle des § 2003 die Erteilung der von der Behörde zur Aufnahme des Inventars erforderten **Auskunft verweigert** oder absichtlich in erheblichem **Maße verzögert**. Auch diese Vorschrift ist von der zweiten Kommission hinzugefügt worden. Maßgebend war dabei die Erwägung (P. II Bd. 5 S. 756), daß der Erbe, indem er sich der Auskunftserteilung entzieht oder diese erheblich verzögert, seinen auf die Errichtung des Inventars gerichteten Willen tatsächlich wieder zurücknehme. Näheres im zweitnächsten Absatze. — Die Ansicht von Wendt (S. 373), daß eine Auskunftspflicht des Erben nach § 2003 Abs. 2 mit der Rechtsfolge des § 2005 Abs. 1 Satz 2 auch gegenüber dem Nachlaßverwalter bestehe, ist unzutreffend; die Verpflichtung des Erben gegenüber dem Nachlaßverwalter bestimmt sich in Ansehung der zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände nach § 260.

Die zu a und b aufgeführten Fälle können nicht nur bei der Errichtung eines Inventars durch den Erben nach § 2002, sondern auch im Falle der amtlichen Inventaraufnahme nach § 2003 eintreten. Meinungsverschiedenheit besteht hinsichtlich der schon in den M. V S. 619 gestreiften aber offen gelassenen Frage, mit welchem Zeitpunkte in den Fällen a und b der in § 2005 Abs. 1 angedrohte Rechtsnachteil eintritt. Einzelne Schriftsteller (Wilke Erl. 2 zu § 2005; Herzfelder S. 226; Fischer-Henle Anm. 4 zu § 2005; Boschan II S. 89; Goldmann-Lilienthal S. 343 Anm. 6) wollen dem Erben, der ein gegen die Vorschriften des § 2005 Abs. 1 Satz 1 verstoßendes Inventar eingereicht hat, die Möglichkeit offen lassen, den Verstoß noch vor dem Ablauf der Inventarfrist zu verbessern, so daß also der Rechtsnachteil erst eintreten würde, wenn die Inventarfrist abläuft, ohne daß der Erbe von der bezeichneten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Die Durchführung dieser Auffassung scheitert jedoch schon an der Bestimmung des § 1993, der zufolge der Erbe zur Inventarerrichtung auch schreiten

kann, ohne daß ihm vorher eine Inventarfrist bestimmt worden war. Wenn Wilke meint, daß der Erbe die Verfehlungen auch hier bis zum Ablaufe der vom Nachlaßgericht „etwa" bestimmten Inventarfrist heilen könne, so läßt er unberücksichtigt, daß ein Antrag auf Bestimmung einer Inventarfrist bei der vorausgesetzten Sachlage grundsätzlich abzuweisen ist, und daß Abs. 2 von § 2005 nur eingreift, wenn die Unvollständigkeit des errichteten Inventars nicht auf einer Verfehlung nach Abs. 1 beruht. Unannehmbar ist aber auch die Ansicht Herzfelders, daß die Rechtsfolge des § 2005 Abs. 1 bei der Inventarerrichtung nach § 1993 erst eintrete, sobald der Antrag eines Gläubigers auf Bestimmung einer Inventarfrist mit Rücksicht auf das bereis eingereichte Inventar abgelehnt worden ist; denn der Eintritt der in Frage stehenden Rechtsfolge kann unmöglich davon abhängig sein, daß ein Nachlaßgläubiger einen unzulässigen und vom Nachlaßgericht deshalb abzulehnenden Antrag stellt. Auf Grund dieser Erwägungen gelangt man also zu dem Ergebnis, daß die Rechtsfolge der unter a und b bezeichneten Verfehlungen den Erben im Falle der Inventarerrichtung nach § 1993 schon mit dem Zeitpunkte trifft, in welchem die Inventarerrichtung nach der von ihm ausdrücklich kundgegebenen oder aus den Umständen zu erschließenden Absicht sich als beendet darstellt, d. i. also regelmäßig mit der Einreichung des Inventars beim Nachlaßgericht (anders, wenn sich etwa der Erbe noch nachträgliche Ergänzung vorbehalten hat). Muß dies aber zugegeben werden (vgl. auch P. II Bd. 6 S. 395), so wird man sich für dieselbe Beurteilung auch zu entscheiden haben, wenn die Inventarerrichtung nach erfolgter Bestimmung der Inventarfrist erfolgt ist. Das Gesagte findet wesentliche Unterstützung durch die Vorschriften der §§ 2006, 2009, 2010, 2014. Wie die daselbst bestimmten Rechtsfolgen schon sofort mit der Vollendung der Inventarerrichtung eintreten, selbst wenn die zur Inventarerrichtung bestimmte Frist noch nicht abgelaufen ist, so muß dasselbe auch hinsichtlich der im § 2005 Abs. 1 bestimmten Rechtsfolge der böswilligen Inventarerrichtung gelten. Sonst würde man zu dem merkwürdigen Resultat gelangen, daß der Erbe, nachdem er sich den Nachlaßgläubigern gegenüber auf das eingereichte, absichtlich falsche Inventar berufen und diese hierdurch erfolgreich getäuscht hatte, sich der unbeschränkten Haftung noch immer dadurch entziehen könnte, daß er sein Inventar vor Ablauf der Inventarfrist noch rasch berichtigt (vgl. auch Strohal II § 73 Anm. 25; Leske S. 1088; Krug in Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 128; Dernburg V § 173). Die Unhaltbarkeit der gegnerischen Meinung tritt insbesondere auch hervor, wenn man an den Fall denkt, daß es, nachdem sich der Erbe bei der Inventarerrichtung einer der unter a und b bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht hat, noch vor dem Ablaufe der bestimmt gewesenen Inventarfrist auf Antrag eines Nachlaßgläubigers zur Anordnung der Nachlaßverwaltung oder zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses kommt. Denn da die Bestimmung der Inventarfrist nunmehr nach § 2000 unwirksam wird, würde den Erben nach jener Ansicht, aber der offenbaren Absicht des Gesetzes zuwider, die im § 2005 Abs. 1 bestimmte Rechtsfolge der unbeschränkten Haftung ebenfalls nicht treffen können.

In dem unter c gedachten Falle liegt das Verhältnis insofern anders, als es sich hier nicht um den vollendeten Tatbestand der Einreichung eines gesetzwidrigen Inventars, sondern um einen Verstoß gegen eine Verpflichtung handelt, die dem Erben auferlegt ist, um die Aufstellung eines richtigen Inventars zu ermöglichen. Die Beurteilung des Falles bedarf deshalb einiger Vorsicht. Es wird insbesondere die nachteilige Folge des § 2005 Abs. 1 dann nicht als eingetreten angesehen werden dürfen, wenn der Erbe die anfangs verweigerte Auskunft nachträglich so zeitig erteilt, daß eine erhebliche Verzögerung vermieden wird, oder wenn in der ablehnenden Erklärung des Erben eine Verweigerung der „erforderlichen Auskunft" (§ 2003 Abs. 2) deshalb nicht gelegen ist, weil diese in hinreichender Weise von anderer Seite erteilt wurde, oder wenn die Verweigerung nur einen unwesentlichen Punkt betrifft (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 756). Außerdem wird nicht übersehen werden dürfen, daß eine strenge Beurteilung des unter c bezeichneten Verhaltens des Erben nur dann gerechtfertigt ist, wenn sich dieser dadurch in Widerspruch mit seinem Antrag setzt, durch den die bereits bestimmte Inventarfrist gewahrt werden sollte, und daß die sachliche Erwägung, auf welcher der an die Verweigerung oder erhebliche Verzögerung der erforderlichen Auskunft geknüpfte Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung beruht, kaum jemals zutreffen wird, wenn dem Erben eine Inventarfrist noch nicht bestimmt war und deren Wahrung daher auch nicht in Frage kommt. „Die Stellung des Antrags auf Inventarerrichtung" — so heißt es in den P. II Bd. 5 S. 756 — „könne zur Wahrung der Inventarfrist nur unter der Voraussetzung genügen, daß der Erbe zu der von seiner Seite erforderlichen Mitwirkung bereit sei. Verweigere er dieselbe und ver-

§. 2006. Der Erbe hat auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers vor dem Nachlaßgerichte den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Nachlaßgegenstände so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei.

---

hindere er dadurch, daß die Gläubiger rechtzeitig durch das Inventar Aufschluß über den Bestand des Nachlasses erhalten, so geschehe ihm kein Unrecht, wenn er so behandelt werde, wie wenn er die Errichtung des Inventars unterlassen habe." Behandelt man aber den Erben in unserem Falle wirklich in dieser Weise, so kann der Verlust der beschränkten Haftung nur eintreten, wenn mit dem bezeichneten Verhalten des Erben zusammentrifft, daß die bestimmte Inventarfrist bereits verstrichen ist.

Auf ein Inventar, das der Erbe ungeachtet der Vorschriften des § 2000 nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses einreicht, findet § 2005 keine Anwendung (M. V S. 609).

Darüber, ob der Erbe das Recht zur Haftungsbeschränkung durch eine Verfehlung nach § 2005 Abs. 1 verwirkt habe, entscheidet selbstverständlich nicht das Nachlaßgericht. Die Frage kann vielmehr nur im Prozeßwege ausgetragen werden. Nach Maßgabe des § 256 CPO. wird auch eine das bezeichnete Ziel verfolgende Feststellungsklage als zulässig zu erachten sein. Der Beweis der dem Erben zur Last gelegten Verfehlung ist vom Gegner zu führen (vgl. auch RG. v. 15. Mai 1902, aber in einem Falle des preuß. Rechtes bei Gruchot Bd. 46 S. 1125).

3. Hat sich eine Unvollständigkeit des Inventars herausgestellt, ohne daß ein Fall des Abs. 1 vorliegt, so ist die **Ergänzung des Inventars** zulässig und geboten. In vielen Fällen wird diese Ergänzung von selbst gegeben sein und auf der Stelle erfolgen können. Für den Fall jedoch, daß zunächst nur die Unvollständigkeit des Inventars nach einer bestimmten Richtung im allgemeinen feststeht, ohne daß sogleich die einzelnen Gegenstände angegeben werden können, die noch in das Inventar aufgenommen werden müssen (also nicht wegen einer nur die Passiven betreffenden Unvollständigkeit), wird im Abs. 2 die Bestimmung einer neuen Frist zugelassen. Durch die Bezeichnung dieser Frist als Inventarfrist wird klargestellt, daß auf sie die Vorschriften des § 1994 Abs. 1 Satz 2 und der §§ 1994—2000 entsprechende Anwendung finden. Die Dauer der neuen Inventarfrist wird jedoch, wenn die Ergänzung wenig umfangreich ist, auch unter einen Monat herabgesetzt werden dürfen. Die Fristbestimmung hat, wenngleich dies nicht ausdrücklich gesagt ist, nur auf Antrag eines Nachlaßgläubigers (anders Herzfelder S. 225), jedoch unbeschadet des dem Erben nach § 1995 Abs. 3 bezüglich der Verlängerung der Inventarfrist zustehenden Antragsrechtes, zu erfolgen, allerdings nicht notwendig desjenigen Gläubigers, auf dessen Antrag die ursprüngliche Frist bestimmt worden ist (vgl. E. I § 2106 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 2096). Ein Zeitpunkt, bis zu welchem die Bestimmung der neuen Frist erfolgen darf, ist im Gesetze nicht angegeben; sie ist daher so lange zulässig, als der Antrag auf Bestimmung gestellt werden kann (Erl. zu § 1994 Nr. 2 a. E.). Das Nachlaßgericht hat dem Antrag nur stattzugeben, wenn es die Ergänzungsbedürftigkeit des Inventars für erwiesen (vgl. dazu §§ 12, 15 FGG.) erachtet. Bloße Glaubhaftmachung kann hier nicht genügen. Ist die Unvollständigkeit des Inventars von der Beschaffenheit, daß eine neue Fristbestimmung als gerechtfertigt erscheint, so wird meist auch die Zuziehung eines Beamten (§ 2002) zur Herstellung des Nachtrags geboten sein.

Die Verfügung, durch welche über die Bestimmung einer neuen Inventarfrist entschieden wird, unterliegt nach dem FGG. § 77 Abs. 2, 3 der sofortigen Beschwerde (vgl. dazu Boschan II S. 116).

Wenn das Gesetz die zur Ergänzung eines unvollständigen Inventars bestimmte Frist als „neue Inventarfrist" bezeichnet, so ist dies übrigens nicht ganz zutreffend. Denn es ist sehr wohl möglich, daß die Errichtung des unvollständigen Inventars ohne vorangegangene Bestimmung einer Inventarfrist erfolgt ist und daß daher die zur Ergänzung dieses Inventars bestimmte Frist nicht eine zweite, sondern die erste auf die Inventarerrichtung sich beziehende Frist ist.

§ 2006.

E. I § 2142; II § 1980 rev. § 1983; III § 1981. P. I S. 11125 ff.; M. V S. 609 ff. P. II Bd. 5 S. 757 ff.; Bd. 6 S. 395.

Pflaum, DJZ. 1900 S. 67; Reinhard, Z. f. Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 950; Josef in Lobes CBl. Bd. 3 S. 603.

Der Erbe kann vor der Leistung des Eides das Inventar vervollständigen.

Verweigert der Erbe die Leistung des Eides, so haftet er dem Gläubiger, der den Antrag gestellt hat, unbeschränkt. Das Gleiche gilt, wenn er weder in dem Termine noch in einem auf Antrag des Gläubigers bestimmten neuen Termin erscheint, es sei denn, daß ein Grund vorliegt, durch den das Nichterscheinen in diesem Termine genügend entschuldigt wird.

Eine wiederholte Leistung des Eides kann derselbe Gläubiger oder ein anderer Gläubiger nur verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß dem Erben nach der Eidesleistung weitere Nachlaßgegenstände bekannt geworden sind.

---

1. Für die Verpflichtung des Erben zur **eidlichen Bekräftigung des Inventars** sollten nach dem E. I (§ 2142) die allgemeinen Vorschriften über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids (§ 777, entsprechend BGB. § 260) maßgebend sein. Betreffs des Verfahrens war jedoch vorgesehen, daß die Eidesleistung in dem Rechtsstreite zwischen dem Erben und einem Nachlaßgläubiger, wenn der Erbe die Abzugseinrede geltend mache, auf Antrag des Gläubigers und auf Grund eines Beschlusses des Prozeßgerichts zu erfolgen habe. Die Verweigerung der Eidesleistung sollte die Verwerfung der Abzugseinrede, mithin die unbeschränkte Haftung des Erben gegenüber dem betreffenden Nachlaßgläubiger zur Folge haben. Mit der Beseitigung der Abzugseinrede ergab sich die Notwendigkeit einer Umgestaltung dieser in der Kritik (Zstlg. V S. 207) auch an sich als unbefriedigend bezeichneten Vorschriften. Der E. II hat die Leistung des Offenbarungseids seitens des Erben zu einem *Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit* gemacht, der *vor dem Nachlaßgericht* erfolgt. Sind die Verrichtungen des Nachlaßgerichts landesgesetzlich einer nicht gerichtlichen Behörde übertragen, so ist nach EG. Art. 147 Abs. 2 für die Abnahme des Eides das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke die Nachlaßbehörde ihren Sitz hat. Das *Verfahren* ist im FGG. § 79 dahin geordnet, daß die Bestimmung des Termins zur Leistung des Eides sowohl von dem Nachlaßgläubiger als von dem Erben beantragt werden kann. Zu dem Termine sind beide Teile von Amts wegen zu laden. Die Anwesenheit des Gläubigers ist nicht erforderlich. Die Eidesleistung erfolgt gemäß dem FGG. § 15 nach den Vorschriften der CPO. über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden (§§ 478—484). Das Protokoll über die Leistung des Eides (mitsamt dem beschworenen Inventar) ist nach dem FGG. § 78 jedem zur Einsicht vorzulegen und auf Verlangen in beglaubigter Abschrift mitzuteilen, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht.

2. **Voraussetzung** für die Verpflichtung des Erben zur Leistung des Offenbarungseids ist, daß das Inventar errichtet ist, bzw. nach § 2004 als vom Erben eingereicht zu gelten hat (vgl. KGJ. Bd. 28 S. A 27), und daß ein Nachlaßgläubiger den Eid verlangt. *Abweichend* von § 260 wird *nicht erfordert*, daß Grund zu der Annahme besteht, daß das Inventar nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden sei. Der Nachlaßgläubiger hat wie nach § 1994 Abs. 2 seine Forderung *glaubhaft* zu machen, was jedoch noch nicht in dem Antrag auf Terminsbestimmung zu geschehen braucht, vielmehr auch im Termine nachgeholt werden kann. Ein vollstreckbarer Titel wie für den Offenbarungseid nach § 807 der CPO. ist nicht erforderlich. Auch ein im Aufgebotsverfahren *ausgeschlossener* oder einem solchen gleichgestellter Nachlaßgläubiger (anders noch *Strohal* II § 73 Anm. 33) kann den Offenbarungseid verlangen (vgl. Erl. 1 und 8 zu § 1973). Daß ein ausgeschlossener Gläubiger vom Erben nach der vom *Bearbeiter* in Erl. 5c zu § 1973 vertretenen Ansicht unter Umständen die Leistung des Offenbarungseides nach § 259 bzw. § 260 verlangen kann, steht der Anwendung des § 2006 Abs. 3 nicht entgegen. Denn verweigert der Erbe dem ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber die eidliche Bekräftigung des errichteten Inventars, so entzieht er dadurch der ihm obliegenden Auskunfterteilung die erforderliche Basis und ist deshalb der Eintritt des im § 2006 Abs. 3 bestimmten Rechtsnachteils vollkommen begründet (vgl. auch P. II Bd. 6 S. 395, 396). Ob das Inventar von dem Erben freiwillig (nach § 1993) oder zufolge der Bestimmung einer Inventarfrist errichtet, ob die Aufnahme nach § 2002 oder nach § 2003 erfolgt ist und ob im letzteren Falle auf Grund des § 1960 Abs. 2 eine Siegelung des Nachlasses stattgefunden hatte (vgl. preuß. ALR. I 9 § 441), macht an sich keinen Unterschied. Wenn jedoch im Falle des § 1993 der Erbe erklärt, daß er zur Vervollständigung des Inventars längerer Zeit bedürfe, wird ihm unter der Voraussetzung, daß ein hierauf gerichteter Antrag eines Nachlaßgläubigers (§ 1994) vorliegt, zunächst

eine Inventarfrist zu bestimmen sein. Hat der Erbe die Erbschaft rechtswirksam ausgeschlagen, so kann ein Nachlaßgläubiger von ihm die Leistung des im § 2006 bestimmten Offenbarungseides nicht mehr verlangen (Rspr. 2 S. 191).

3. Der Offenbarungseid bezieht sich nur auf die **Nachlaßaktiven**, und zwar nach § 2001 Abs. 1 auf die zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände (vgl. die Erl. zu § 2001 Nr. 1 a. E.). Die Eidesnorm entspricht derjenigen des § 260, die auch für die neue Fassung des Offenbarungseids nach CPO. § 807 vorbildlich gewesen ist. Zu einer den Umständen entsprechenden Änderung der Eidesnorm (§ 261 Abs. 2, vgl. CPO. § 883 Abs. 3) ist das Nachlaßgericht nicht für befugt zu erachten, wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die vorgeschriebene Norm bei einem nach § 2003 aufgenommenen Inventar nicht immer passend sein wird. Übrigens ist aus den Worten: „so vollständig, als er dazu imstande sei" nicht etwa abzuleiten, daß der Erbe zu Nachforschungen nach weiteren als den ihm bekannten Nachlaßgegenständen verpflichtet wäre; er hat nur sein „bestes Wissen" zu beeidigen. Wenn im Abs. 2 besonders hervorgehoben wird, daß der Erbe vor der Eidesleistung das Inventar vervollständigen kann, so liegt darin keine Einschränkung der im § 2005 aufgestellten materiellen Rechtssätze. Ist nach § 2005 (s. die dortige Erl. Nr. 2) wegen absichtlich herbeigeführter Unvollständigkeit des Inventars der Verlust der beschränkten Haftung eingetreten, so bleibt diese Wirkung bestehen; der Erbe soll durch den Abs. 2 nur vor der Leistung eines Meineids oder Falscheids bewahrt werden.

4. An die **Verweigerung des Offenbarungseids** knüpft Abs. 3 den Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung gegenüber demjenigen Nachlaßgläubiger, welcher den Antrag gestellt hat.

a) Daß die Folge der Eidesweigerung nur im Verhältnisse zwischen dem Erben und dem Antragsteller eintritt, hat seinen Grund in praktischen Erwägungen. Die zweite Kommission hat angenommen, daß der Erbe aus Achtung vor der Heiligkeit des Eides es oft vorziehen werde, für die vielleicht unbedeutende oder ihrem Rechtsbestande nach zweifelhafte Verbindlichkeit, um deren willen ihm der Offenbarungseid abverlangt werde, unbeschränkt zu haften. Es würde eine Härte sein, den Erben, der aus diesem Grunde die Eidesleistung verweigert, auch gegenüber den anderen Gläubigern die größere Beträge zu fordern haben, unbeschränkt haften zu lassen, oder ihn zu zwingen, auf eine zweifelhafte Verbindlichkeit sofort zu zahlen, um damit den Antrag auf Leistung des Offenbarungseids hinfällig zu machen (P. II Bd. 5 S. 758, vgl. auch M. V S. 620). Mangelnde Folgerichtigkeit gegenüber dem § 1994 kann dem § 2006 Abs. 3 nicht vorgeworfen werden, denn der Nachlaßgläubiger, der gegen den Erben vorgeht, handelt in dem einen Falle sowenig wie in dem anderen als Vertreter der übrigen Gläubiger; die allgemeine Wirkung der Fristversäumung und die auf den Antragsteller beschränkte Wirkung der Eidesweigerung beruhen auf verschiedenen Gründen (vgl. Erl. 5a zu § 1994). Die von Pflaum aufgeworfene Zweifelsfrage, ob die für den Fall der Eidesweigerung bestimmte unbeschränkte Haftung des Erben nur hinsichtlich der vom Antragsteller im Antrag bezeichneten Forderung (bzw. Forderungen) oder schlechthin hinsichtlich aller gegen den Nachlaß sich richtenden Forderungen des Antragstellers, also auch solcher, die im Antrag weder direkt noch indirekt bezeichnet sind, eintritt, wird mit Pflaum im ersten Sinne zu beantworten sein (anders Herzfelder S. 228). Denn es wäre im höchsten Grade unbillig, wenn den Erben infolge der Eidesverweigerung die unbeschränkte Haftung auch hinsichtlich einer Forderung träfe, die er bei seiner Entscheidung gar nicht in Betracht zog und möglicherweise nicht einmal in Betracht ziehen konnte (man denke an Forderungen, die dem verlangenden Nachlaßgläubiger erst hinterher von anderen Nachlaßgläubigern zediert wurden). Auch steht es ja dem Gläubiger, der zunächst nur hinsichtlich einer seiner Forderungen das vergebliche Verlangen auf Leistung des Offenbarungseides gestellt hat, frei, nunmehr sein Verlangen auch hinsichtlich seiner weiteren Forderungen zu stellen.

b) Der Weigerung des Eides wird es im Abs. 3 Satz 2 gleichgestellt, wenn der Erbe weder in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine noch in einem auf Antrag des Gläubigers anberaumten neuen Termine erscheint. Der Antrag auf Bestimmung des neuen Termins kann von dem Gläubiger in dem ersten Termine oder nachträglich gestellt werden. Der Erbe muß zu beiden Terminen ordnungsmäßig geladen sein. Das Nichterscheinen im zweiten Termine hat die Wirkung des Rechtsverlusts nicht, wenn ein Grund vorliegt (gleichviel, ob er vom Erben geltend gemacht ist oder nicht), durch den die Versäumung genügend entschuldigt wird. Ob ein solcher Grund bestanden hat, ist später vom Prozeßrichter (vgl. auch

§. 2007. Ist ein Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen, so bestimmt sich seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten in Ansehung eines jeden der Erb-

---

Rspr. 4 S. 118) zu prüfen. Wenn jedoch das Nachlaßgericht aus Anlaß eines vom Erben gestellten Antrags auf Anberaumung eines dritten Termins die Frage geprüft und bejaht, demgemäß den weiteren Termin angesetzt und dem Erben den Eid abgenommen hat, so können der Gläubiger und das Prozeßgericht den Eid nicht als wirkungslos behandeln, weil das Ausbleiben des Erben in dem zweiten Termine nicht entschuldigt gewesen und daher schon mit jenem Zeitpunkte der Verlust des Rechtes auf beschränkte Haftung eingetreten sei.

c) Indem das Gesetz die Rechtsfolge der Eidesverweigerung in der oben angegebenen Weise bestimmt, schließt es die unmittelbare Erzwingung des nach § 2006 zu beurteilenden Offenbarungseides doch wohl aus. Ein im Wege der Klage und späterer Zwangsvollstreckung durchsetzbarer Anspruch auf Leistung dieses Offenbarungseides kommt also den Nachlaßgläubigern gegen den Erben nicht zu. So auch die herrschende Meinung; vgl. Strohal § 73 Anm. 39; Binder II S. 233 Anm. 72; Dernburg V § 173 Anm. 1; ebenso ObLG. Dresden in Rspr. 10 S. 296 (dazu Reinhard); a. A. die früheren Auflagen dieses Werkes. Anders verhält es sich selbstverständlich, wenn gegen den Erben ein Anspruch auf Leistung eines nach § 260 zu beurteilenden Offenbarungseides begründet ist (vgl. dazu Erl. 5c, 6 zu § 1973, Erl. 2b zu § 1978, Erl. 2c zu § 1991).

d) Der Umstand, daß der Erbe einem Nachlaßgläubiger gegenüber den Offenbarungseid verweigert hat, steht dem Rechte eines anderen Gläubigers, auch seinerseits die Leistung des Offenbarungseids zu verlangen, nicht entgegen. Jeder Gläubiger ist daher in der Lage, durch das Verlangen des Offenbarungseids entweder den Erben zur Ableistung desselben zu nötigen oder im Falle der Weigerung auch sich den Vorteil der unbeschränkten Haftung des Erben zu verschaffen.

5. Hat der Erbe den Offenbarungseid geleistet, so ist damit nur die im § 2009 aufgestellte Vermutung für die Vollständigkeit des Inventars bekräftigt. Der Beweis, daß die Angabe der Nachlaßgegenstände unvollständig sei, ist unbeschränkt zulässig, insbesondere ist auch der Beweis, daß der Erbe absichtlich eine Unvollständigkeit herbeigeführt hat, nicht der nach CPO. § 463 Abs. 2 bei dem prozessualischen Schiedseide geltenden Beschränkung unterworfen. Ob der Beweis nach CPO. § 292 auch durch Eideszuschiebung zu führen ist, kann als prozeßrechtliche Frage hier dahingestellt bleiben.

Eine wiederholte Leistung des Offenbarungseids kann nach Abs. 4 von demselben oder von einem anderen Nachlaßgläubiger nur verlangt werden, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß dem Erben nach der Eidesleistung weitere Nachlaßgegenstände bekannt geworden sind. Die Vorschrift ist der des § 903 Abs. 1 der CPO. nachgebildet. Die Voraussetzung des Abs. 4 ist dem Nachlaßgerichte glaubhaft zu machen (§ 15 Abs. 2 FGG.).

6. Die Kosten der Abnahme des Offenbarungseids hat der Gläubiger zu tragen (vgl. § 261 Abs. 3 und die Erl. 2 daselbst, Bd. II S. 46).

7. Während der Dauer der Nachlaßverwaltung (vgl. auch KGJ. 28 S. A 27ff.) oder des Nachlaßkonkurses sowie nach der Beendigung des letzteren durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich ist der Erbe zur Leistung des Offenbarungseids auf Grund des § 2006 nicht verpflichtet, da nach § 2000 in diesen Fällen keine Verpflichtung zur Inventarerrichtung besteht (vgl. M. V S. 671, 672). Der Konkursverwalter und ein am Konkurse teilnehmender Nachlaßgläubiger können den Erben nach KO. § 125 zur Leistung des Offenbarungseids laden, das Verfahren richtet sich nach CPO. §§ 900ff. Der Nachlaßverwalter kann den Offenbarungseid nur nach Maßgabe des § 260 verlangen, also nur wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Erbe das ihm obliegende Nachlaßverzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt hat, und er kann, wenn der Erbe den Eid nicht freiwillig leistet, sein Verlangen nur im Prozeßweg und eventuell im Wege der Zwangsvollstreckung nach CPO. §§ 888, 889 durchsetzen. Der Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung ist mit der Verweigerung des Eides gegenüber dem Nachlaßverwalter oder dem Konkursverwalter nicht verbunden.

§ 2007.

E. I § 2147; II § 1881 rev. § 1984; III § 1962. P. I S. 11147, 11151ff., 11417; M. V S. 677f. P. II Bd. 5 S. 805f.

Wendt im Arch. f. civ. Pr. Bd. 86 S. 431ff.; Knitschky ebenda Bd. 91 S. 296ff. Kreß, Erbengemeinschaft S. 196ff.; Binder II S. 235ff., III S. 293, 330.

theile so, wie wenn die Erbtheile verschiedenen Erben gehörten. In den Fällen der Anwachsung und des §. 1935 gilt dies nur dann, wenn die Erbtheile verschieden beschwert sind.

Berufung des Erben zu mehreren Erbteilen.

1. Die Fälle, in welchen eine Berufung desselben Erben zu mehreren Erbteilen stattfindet, sind in der Erl. 1 zu § 1951 dargelegt. Danach hat man zwei Hauptgruppen zu unterscheiden.

Erste Hauptgruppe. Zu ihr gehören bei der gesetzlichen Erbfolge die Fälle der §§ 1927, 1934; bei der gewillkürten Erbfolge die Einsetzung desselben Erben auf mehrere Bruchteile der Erbschaft, mag sie nun in demselben Testament oder Erbvertrag oder mag sie in verschiedenen nebeneinander bestehenden Verfügungen von Todes wegen enthalten sein (wobei es insbesondere wieder vorkommen kann, daß derselbe Erbe in Ansehung des einen Erbteils unbedingt und unbetagt, in Ansehung des anderen dagegen mit Beifügung einer Bedingung oder Befristung eingesetzt ist); endlich kann dieselbe Person in Ansehung eines Anteils der Erbschaft kraft Gesetzes in Ansehung eines anderen Anteils durch Verfügung von Todes wegen berufen sein.

Innerhalb dieser Gruppe ist nach § 1951 wieder zu unterscheiden, ob die Berufung des Erben zu den mehreren Erbteilen auf demselben Grunde oder auf verschiedenen Gründen beruht. Vgl. hierzu Erl. 2 zu § 1951. Hier, bei der Besprechung des § 2007 ist jedoch diese Unterscheidung ohne erhebliche Bedeutung.

Zweite Hauptgruppe. Sie wird durch die Fälle der Erhöhung eines gesetzlichen Erbteils nach § 1935 und der Erweiterung eines gewillkürten Erbteils durch Anwachsung (vgl. dazu § 2095) gebildet. Nach den berufenen Bestimmungen gilt hier der zu dem ursprünglichen Erbteil hinzukommende weitere Erbteil zwar nicht allseitig, aber doch hinsichtlich der Vermächtnisse und Auflagen und hinsichtlich der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil. An diese Unterscheidung muß bei der Erläuterung des § 2007 angeknüpft werden; denn dessen Satz 1 bezieht sich auf die erste und dessen Satz 2 auf die zweite Hauptgruppe von Fällen.

2. Nach Satz 1 bestimmt sich die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten in den Fällen der in Erl. 1 bezeichneten ersten Hauptgruppe so, wie wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten. Für die Auslegung dieser Vorschrift ist die Stellung des § 2007 unter den Bestimmungen über die Inventarerrichtung von wesentlicher Bedeutung. Auf Grund dieser Erwägung gelangt man zu folgenden Ergebnissen:

a) Erwirbt ein Teilerbe, der rücksichtlich seines ursprünglichen Erbteils den Nachlaßgläubigern bereits unbeschränkt haftet, später noch einen weiteren selbständigen (hierdurch sollen die Fälle der zweiten Gruppe ausgeschlossen sein) Erbteil, so kommt ihm in Ansehung des letzteren die Rechtswohltat der beschränkten Haftung, solange die Voraussetzungen der unbeschränkten Haftung nicht auch hinsichtlich des später erworbenen Erbteils verwirklicht sind, noch immer zu statten. Die Behauptung von Knitschky S. 297, daß das nur gelten soll, wenn der Erbe rücksichtlich des ursprünglichen Erbteils nach § 1994 (Versäumung der Inventarfrist) unbeschränkt haftet, nicht dagegen, wenn der Eintritt der unbeschränkten Haftung auf § 2005 Abs. 1 beruht, hat keinen Anhalt im Gesetz (vgl. auch Strohal II § 90 Anm. 2). Die (von Wendt und Binder mit Unrecht geleugnete) praktische Bedeutung der bezeichneten Behandlung tritt besonders hervor, wenn neben demjenigen Erben, in dessen Person mehrere Erbteile vereinigt sind, noch mindestens ein anderer Erbe vorhanden ist. Hierbei ist es z. B. möglich, daß der Erbe, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist, den Nachlaßgläubigern hinsichtlich des dem zuerst erworbenen Erbteil entsprechenden Teiles der Nachlaßverbindlichkeiten nach § 2059 Abs. 1 Satz 2 unbeschränkt, hinsichtlich des dem später erworbenen Erbteil entsprechenden Teiles dagegen nur beschränkt (vgl. § 2059 Abs. 1 Satz 1) haftet. Eine ähnliche Gestaltung kann sich aber unter besonderen Umständen auch (anders Wilke S. 79, 80; vgl. dagegen Strohal II S. 360, 361) ergeben, wenn es dem mehrere selbständige Erbteile in seiner Person vereinigenden Erben an einem Miterben fehlt. So etwa, wenn dem in Ansehung des zunächst erworbenen Erbteils bereits unbeschränkt haftenden Teilerben nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses kraft einer wirksam werdenden Ersatzberufung der Rest des Nachlasses unabweisbar (§ 1951) anfällt.

Erfüllen sich die in den §§ 1994, 2005 Abs. 1 bestimmten Voraussetzungen der unbeschränkten Haftung in der Person des Erben erst, nachdem er bereits mehrere Erbteile endgültig

§. 2008. Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört die Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesammtgute, so ist die Bestimmung der Inventarfrist nur wirksam, wenn sie auch dem Manne gegenüber erfolgt. Solange nicht die Frist dem Manne gegenüber verstrichen ist, endigt sie auch nicht der Frau gegenüber. Die Errichtung des Inventars durch den Mann kommt der Frau zu Statten.

Gehört die Erbschaft zum Gesammtgute, so gelten diese Vorschriften auch nach der Beendigung der Gütergemeinschaft.

---

erworben hat, so tritt die unbeschränkte Haftung allerdings mit Notwendigkeit in Ansehung aller dieser Erbteile ein.

b) Der mehrere selbständige Erbteile in seiner Person vereinigende Erbe braucht hinsichtlich solcher Verbindlichkeiten, die nur einen Erbteil belasten (wie dies bei Vermächtnissen und Auflagen leicht vorkommen kann), und für die er nur beschränkt haftet, den sich herausstellenden Ausfall nicht aus dem Überschusse zu decken, der sich für ihn aus einem anderen Erbteile ergibt.

3. Der Satz 2 von § 2007 stellt die Auslegungskunst auf eine harte Probe. Mit Sicherheit läßt sich aus ihm nur herausschälen, daß die Vorschrift des Satz 1 für die Fälle der zweiten Hauptgruppe d. i. für die der §§ 1935, 2095 grundsätzlich nicht gilt, oder m. a. W., daß der ursprüngliche Erbteil und der nach § 1935 oder 2095 hinzukommende weitere Erbteil im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern grundsätzlich als ein Erbteil zu behandeln sind. Hat der Erbe demgemäß rücksichtlich des ursprünglichen Erbteils die Rechtswohltat der Haftungsbeschränkung eingebüßt, so kann ihm die Beschränkung der Haftung grundsätzlich auch rücksichtlich des in der angegebenen Weise hinzukommenden Erbteils nicht mehr zustatten kommen. Besonderes soll jedoch gelten, wenn die Erbteile verschieden beschwert, d. h. verschieden mit Vermächtnissen oder Auflagen belastet sind. Nach dem Wortlaute von Satz 2 soll unter dieser Voraussetzung hier dieselbe Beurteilung eintreten, wie für die Fälle der ersten Hauptgruppe, so daß also der Erbe, welcher, nachdem er hinsichtlich des ursprünglichen Erbteils die Rechtswohltat der beschränkten Haftung bereits eingebüßt hatte, einen weiteren Erbteil durch Erhöhung nach § 1935 oder durch Anwachsung erlangt, hinsichtlich dieses Erbteils allen Nachlaßgläubigern gegenüber der Rechtswohltat der Haftungsbeschränkung noch teilhaftig wäre, wenn auf einen der in Frage kommenden Erbteile ein kleines Vermächtnis gelegt ist, das den anderen nicht mitbelastet. Dieses Ergebnis ist aber so sachwidrig (vgl. Strohal II § 90 Anm. 6; Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 845; Cosack § 387 a. E.), daß die Annahme eines Redaktionsversehens überaus nahe gelegt ist. Hierfür spricht aber auch noch folgende Erwägung: für die Gestaltung der Haftung desjenigen Erben, dessen ursprünglicher Erbteil nach § 1935 oder durch Anwachsung eine Erweiterung erfährt, kommt neben § 2007 auch die Vorschrift der §§ 1935, 2095 in Betracht, daß der zum ursprünglichen Erbteil in der angegebenen Weise hinzutretende Erbteil in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen (und der Ausgleichungspflicht, was aber hier ohne Belang ist) als besonderer Erbteil gilt. Insoweit trifft daher das in Erl. 2b auf Grund von § 2007 Satz 1 Ausgeführte auch für die Fälle der §§ 1935, 2095 zu. Es dürfte deshalb zulässig sein, den Satz 2 von § 2007 so zu verstehen, wie wenn daselbst gesagt wäre: „In den Fällen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils und der Anwachsung gilt dies (nämlich Satz 1 von § 2007) nicht, sondern bewendet es bei den Vorschriften der §§ 1935, 2095." Was das Gesetz grundsätzlich will, wird hierdurch zur Geltung gebracht. Zugleich wird aber eine Entscheidung vermieden, von der aus sachlichen Gründen anzunehmen ist, daß sie der wirklichen Absicht des Gesetzes zuwiderläuft. Sachlich dasselbe scheint auch Wilke S. 80 sagen zu wollen, obschon er freilich die vorhandene Schwierigkeit nicht ganz erkennt.

§ 2008.

E. I § 2148 Nr. 2, 3, 4. § 2149; II § 1882 rev. § 1985; III § 1983. P. I E. 10951 ff., 11126, 11131, 11144 ff., 11158 ff., 11169 ff.; M. V E. 679 ff. P. II Bd. 5 E. 806 f.

Krug, Nachlaßinventar und ehelicher Güterstand in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 120 ff.

Die Ehefrau als Erbin.

1. Fällt die Erbschaft einer Ehefrau an, so ist für die rechtlichen Beziehungen der Erbschaft, insbesondere für die Gestaltung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten das zwischen den

Eheleuten bestehende Güterrecht entscheidend. Bei dem gesetzlichen Güterstand und bei der Errungenschaftsgemeinschaft wird die Erbschaft eingebrachtes Gut (§ 1663 Abs. 2, § 1521), sofern nicht der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, daß sie Vorbehaltsgut sein soll (§ 1369, § 1526 Abs. 1). Mit der gleichen Maßgabe gehört bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft eine der Frau angefallene Erbschaft zum Gesamtgute (§ 1438 Abs. 1, § 1440 Abs. 2). Bei der Fahrnisgemeinschaft wird die Erbschaft eingebrachtes Gut oder Vorbehaltsgut der Frau, wenn der Erblasser das eine oder das andere letztwillig bestimmt hat (§ 1553 Nr. 2, § 1549 i. V. m. § 1369, § 1440 Abs. 2); in Ermangelung einer solchen Bestimmung wird das in der Erbschaft enthaltene unbewegliche Vermögen eingebrachtes Gut und das bewegliche Vermögen Gesamtgut (§§ 1551, 1556). Besteht Gütertrennung, so werden der Erwerb der Erbschaft und die erbrechtlichen Verhältnisse durch das Bestehen der Ehe überhaupt nicht berührt. Wegen des bei der Gütergemeinschaft möglichen sog. Sonderguts s. §§ 1439, 1522, 1552.

Was die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten anbelangt, so bedarf es keiner besonderen Vorschriften für die Fälle, in denen die Erbschaft Vorbehaltsgut wird, weil das Vorbehaltsgut der Frau nach § 1365 der Verwaltung und Nutznießung des Mannes nicht unterliegt bzw. nach § 1440 Abs. 1, § 1526 Abs. 3, § 1549 von dem Gesamtgut ausgeschlossen ist und weil nach §§ 1413, 1461, § 1525 Abs. 2, § 1549, § 1550 Abs. 2 das eingebrachte Gut bzw. das Gesamtgut nicht für die Verbindlichkeiten einer von der Frau als Vorbehaltsgut erworbenen Erbschaft haftet. Dagegen sind besondere Vorschriften erforderlich, wenn die **Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute** gehört.

2. Das BGB. gibt solche Vorschriften nur im § 2008 bezüglich der Inventarerrichtung. Daß jedoch der Ehemann gegen die aus der Annahme einer Erbschaft seitens der Frau (vgl. § 1406 Nr. 1, § 1453, § 1519 Abs. 2, § 1549) für das eingebrachte Gut bzw. das Gesamtgut entspringenden Gefahren in weiterem Umfange geschützt wird, ist in der Erl. des § 1406 Nr. 1 (Bd. IV S. 185) dargelegt. Nach dem dort Bemerkten kann der Mann, auch soweit dies nicht im BGB. (§ 2008) oder in der CPO. (§ 999) und der KO. (§ 218) ausdrücklich anerkannt ist, alle diejenigen Mittel, durch welche die Beschränkung der Haftung der Frau auf den Nachlaß herbeigeführt wird, unabhängig von der Frau geltend machen. Die Wirkung dieser Rechtsgestaltung ist, daß der Mann durch Wahrnehmung der ihm zustehenden Befugnisse nicht nur seine Rechte am eingebrachten Gute bzw. das Gesamtgut vor Beeinträchtigung durch die Nachlaßgläubiger schützt, sondern auch die persönliche Haftung der Frau auf den Nachlaß beschränkt. Dies geht zwar über den Gesichtspunkt des Schutzes des Mannes hinaus, ist jedoch sachlich angemessen und, da es zu einer Vereinfachung des Rechtes führt, auch zweckmäßig.

Hinsichtlich der **Inventarerrichtung** wird der im vorstehenden entwickelte Gedanke in den Vorschriften der drei Sätze des § 2008 Abs. 1 durchgeführt:

a) Die Bestimmung der Inventarfrist für die Frau ist nur wirksam, wenn sie auch dem Manne gegenüber erfolgt. Die Verfügung, durch welche die Frist bestimmt wird, muß daher auch dem Manne zugestellt werden (Erl. zu § 2005); es wird in der Verfügung selbst zum Ausdrucke zu bringen sein, daß sie sich auch an den Mann richtet. Die Bestimmung der Frist gegenüber dem Manne erfolgt von Amts wegen, also auch dann, wenn sie von dem Nachlaßgläubiger (§ 1994 Abs. 1 Satz 1) nicht besonders beantragt war. Die Bestimmung der Frist nur gegenüber dem Manne ist ebenso unwirksam wie die Bestimmung nur gegenüber der Frau. Von selbst versteht sich, daß die Dauer der Frist gegenüber dem Manne und der Frau gleich zu bemessen ist.

b) Die Inventarfrist endigt der Frau gegenüber nicht eher, als sie auch dem Manne gegenüber verstrichen ist. Hiernach ist der Zeitpunkt der Zustellung an den Mann sowie die nach § 1997 etwa eintretende Hemmung oder Nichtvollendung der für diesen laufenden Frist auch für die Frau von Bedeutung; wegen der Anwendbarkeit des § 1998 im Falle des Todes des Mannes s. unten Erl. 3c. Es fragt sich, ob die Frist auch dem Manne gegenüber niemals eher endigt, als sie der Frau gegenüber verstrichen ist. Aus dem Grundgedanken des § 2008 läßt sich entnehmen, daß die Inventarfrist, gleich wie sie für Mann und Frau nur einheitlich bestimmt werden kann, auch nur für beide einheitlich zu laufen beginnen und ablaufen könne. Hiernach würde für den Beginn der Frist gegenüber jedem der Ehegatten die zuletzt erfolgende Zustellung maßgebend sein und eine Hemmung oder Nichtvollendung der Frist, die in der Person eines von ihnen ihren Grund hat, stets auch dem anderen gegenüber wirken (vgl. auch Krug S. 124). Wollte man aber auch dies nicht annehmen und den Satz 2 strenge nach seinem Wortlaut auslegen, so würde doch Satz 3 so aufzufassen sein, daß er auch gilt, wenn die Frist für den Mann bereits verstrichen ist, sofern sie nur für die Frau noch läuft.

Als zweifelhaft mag erscheinen, ob dem Manne auch das Recht zur Stellung des Antrags auf Fristverlängerung nach § 1995 Abs. 3 und auf Bestimmung einer neuen Inventarfrist nach § 1996 zuzuerkennen ist und ob ihm hinsichtlich der die Frau betreffenden Maßnahmen (Bestimmung der Inventarfrist, Entscheidung betreffend die Bestimmung einer neuen Inventarfrist oder die Verlängerung der bestimmten Inventarfrist) ein selbständiges Beschwerderecht zusteht. Die letzte Frage ist mit Rücksicht auf § 20 FGG. jedenfalls zu bejahen (vgl. auch Schultze-Görlitz, Komm. z. FGG. Erl. 3a zu § 77 und Krug S. 126). Die Tendenz des § 2008 spricht aber auch für die Bejahung der zuerst gestellten Fragen (teilweise anders Krug S. 126).

c) Die Errichtung des Inventars durch den Mann kommt der Frau zustatten, d. h. das Recht auf Beschränkung der Haftung wird der Frau durch ein vom Manne errichtetes Inventar erhalten, auch ohne daß die Frau gemäß § 2004 auf das Inventar Bezug nimmt. Hat der Mann das Inventar freiwillig (nach § 1993) eingereicht, so kann der Frau eine Inventarfrist nicht bestimmt werden (Erl. 1 zu § 1993); eine ihr bestimmte Inventarfrist aber wird durch die Inventarerrichtung seitens des Mannes gewahrt. Darüber, ob das Inventar auch vor dem Ablaufe der etwa für den Mann laufenden besonderen Frist errichtet sein muß, s. vorstehend unter b.

Dem Satz 3 analoge Vorschriften enthalten § 2063 Abs. 1, § 2144 Abs. 2, § 2383 Abs. 2; vgl. Erl. 4 zu § 1994. Errichtet die Frau das Inventar, so bedarf sie nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1406 Nr. 1, § 1453 Abs. 2, § 1525 Abs. 2, § 1549, § 1550 Abs. 2).

3. Die Vorschriften des § 2008 gelten auch:

a) wenn der im Abs. 1 Satz 1 vorausgesetzte Güterstand, sei es mit der Eheschließung, sei es vermöge eines späteren Vertrags, erst nach dem Anfalle der Erbschaft an die Frau eintritt, und zwar auch dann, wenn die Inventarfrist der Frau schon bestimmt war (a. A. für diesen Fall Krug S. 127), sofern nur die Frau die beschränkte Haftung noch nicht verloren hat (M. V S. 679);

b) wenn die Ehegatten die Erbschaft, nachdem diese der Frau angefallen und bereits eingebrachtes Gut oder Gesamtgut geworden ist, durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklären. Nicht anzuwenden ist dagegen die Vorschrift dann, wenn die Erbschaft der Frau schon vor der Eheschließung angefallen und durch Ehevertrag von vornherein für Vorbehaltsgut erklärt ist. Denn in diesem Falle gehörte die Erbschaft keinen Augenblick zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute (vgl. auch M. V S. 679).

c) In den Fällen der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft, sofern die Erbschaft Gesamtgut geworden ist, gemäß Abs. 2 auch nach der Beendigung der Gemeinschaft. Ist die Gütergemeinschaft durch Vertrag oder rechtskräftiges Urteil (§§ 1468 bis 1470) aufgehoben oder durch die Auflösung der Ehe beendigt worden, so haftet nach § 1459 Abs. 2, § 1549 der Mann für Verbindlichkeiten der Frau, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, mithin auch für die Schulden der ihr angefallenen Erbschaft, persönlich und über die Dauer der Gütergemeinschaft hinaus als Gesamtschuldner. Der Mann hat daher auch nach der Beendigung der Gütergemeinschaft noch ein rechtliches Interesse daran, daß die Haftung der Frau bzw. des Gesamtguts auf den Nachlaß beschränkt werde. Aus diesem Grunde wird die Geltung der Vorschriften des § 2008 auf die spätere Zeit, und zwar nicht etwa nur bis zur Auseinandersetzung ausgedehnt.

Ist die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst, so stehen die nach § 2008 dem Manne zustehenden Befugnisse seinen Erben zu, sofern nicht eine Beerbung des Mannes durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff., vgl. § 1489 Abs. 3) ausgeschlossen wird. Zugunsten der Erben findet § 1998 Anwendung, d. h. es endigt die dem Manne bestimmte Inventarfrist (und damit auch die Frist für die Frau) nicht vor dem Ablaufe der für die Erbschaft des Mannes geltenden Ausschlagungsfrist. Für eine Erbschaft, die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft der überlebenden Ehefrau oder den Abkömmlingen anfällt, gilt § 2008 nicht (§ 1459 Abs. 2 findet nach § 1487 Abs. 1 bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft keine Anwendung).

4. Der § 2008 trifft keine Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise bei einer Ehefrau als Erbin die übrigen Tatbestände wirken, die neben der Versäumung der Inventarfrist den Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung herbeiführen. In dieser Beziehung gilt folgendes:

a) Verzichtet die Frau einem Nachlaßgläubiger gegenüber auf das Recht, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen, so wirkt der Verzicht dem eingebrachten Gute gegenüber nur im Falle der Zustimmung des Mannes. Der E. I enthielt eine dahingehende Vorschrift in Ansehung des nach ihm zulässigen allgemeinen Verzichts auf das Inventarrecht. Für das BGB., das den Verzicht nur durch Vertrag mit dem einzelnen Gläubiger zuläßt, ergibt sich der Satz aus den

in den §§ 1412, 1460, § 1525 Abs. 2, § 1549, § 1550 Abs. 2 aufgestellten Grundsätzen des ehelichen Güterrechts. In entsprechender Weise wirkt ein Urteil, durch welches die Frau ohne den Vorbehalt der beschränkten Haftung (CPO. § 780 Abs. 1) zur Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit verurteilt wird, nicht gegen den Mann; dieser kann, wenn er auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verklagt wird (CPO. § 739), die Beschränkung der Haftung seinerseits geltend machen (vgl. Erl. 1 zu § 1406, Bd. IV S. 186).

b) Bezüglich der schweren Verfehlung bei der Inventarerrichtung hatte der E. I § 2148 Ziff. 3 bestimmt, daß das Verschweigen von Nachlaßgegenständen im Inventar (denn nur diese Verfehlung wurde geahndet) den Verlust des „Inventarrechtes" nur nach sich ziehen solle, wenn die (nach E. I erforderliche) Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, beiden Ehegatten zur Last falle. Diese Bestimmung konnte in das BGB. schon deshalb nicht aufgenommen werden, weil dieses die den Verlust der beschränkten Haftung nach sich ziehende schwere Verfehlung bei der Inventarerrichtung wesentlich anders bestimmt (vgl. § 2005 Abs. 1), als dies im E. I geschehen war. Aber auch nach anderer Richtung hin erwies sich die Bestimmung als nicht annehmbar; sie wurde deshalb auf Beschluß der zweiten Kommission gestrichen, ohne durch eine andere Vorschrift ersetzt zu werden (P. II Bd. 5 S. 806, 807). Auf Grund des § 2005 Abs. 1 in Verbindung mit § 2008 dürften sich aber folgende Entscheidungen ergeben:

α) Haben sich beide Gatten einer Verfehlung der im § 2005 Abs. 1 bezeichneten Art schuldig gemacht, so büßt die Frau die Rechtswohltat der beschränkten Haftung selbstverständlich ein.

β) Fällt die begangene Verfehlung lediglich der Frau zur Last und trifft damit zusammen, daß der Mann bis zum Ablaufe der bestimmten Inventarfrist ganz untätig geblieben ist, so gilt dasselbe wie im Falle α (hierüber besteht keine Meinungsverschiedenheit; vgl. auch P. II Bd. 5 a. a. O.). War dagegen das Inventar von beiden Gatten eingereicht worden, oder hat sich der Mann vor dem Ablaufe der Inventarfrist auch nur auf das von der Frau eingereichte Inventar bezogen (§ 2004), so muß der Eintritt der unbeschränkten Haftung als abgewendet gelten, wenn die absichtlich herbeigeführte erhebliche Unvollständigkeit der Angabe der Nachlaßgegenstände oder die in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachteiligen, erfolgte Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit nur der Frau, nicht dem Manne zur Last fällt (entspricht der überwiegenden Meinung; abweichend Wilke S. 81; gegen ihn Strohal II § 73 Anm. 28). Dasselbe wird (mit Strohal II S. 221) auch anzunehmen sein, wenn der Mann vor dem Ablaufe der Inventarfrist die Berichtigung der von der Frau zu verantwortenden Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des Inventars veranlaßt, oder wenn er, nachdem zunächst die Frau die ihr im Falle des § 2003 obliegende Auskunfterteilung verweigert oder in erheblichem Maße verzögert hatte, durch Einsetzung seiner Autorität gegenüber der Frau und durch Verwertung seiner Kenntnis der Verhältnisse dafür sorgt, daß es bei dem von ihm rechtzeitig errichteten Inventar an der zu dessen Aufnahme erforderlichen Auskunft nicht fehlt, bzw. daß eine erhebliche Verzögerung der Aufnahme nicht eintritt. Verweigert jedoch die Frau auch bei der Inventarerrichtung durch den Mann die Erteilung der nach § 2003 erforderlichen Auskunft oder verzögert sie diese absichtlich in erheblichem Maße, ohne daß dieser Mißstand vom Manne behoben wird, so tritt die im § 2005 Abs. 1 bestimmte Rechtsfolge in Verbindung mit der Begleitwirkung für den Mann allerdings ein. Teilweise anders Krug S. 130 (im Anschluß an Strohal 2. Aufl. § 73 Anm. 30); danach soll der Mann durch nachträgliche Inventarerrichtung innerhalb der noch laufenden Inventarfrist die Unbeschränkbarkeit der Haftung der Frau nicht mehr abwenden können. Allein dies widerspricht der Absicht des Gesetzes, das dem Manne diese Abwendung gerade ermöglichen will. Dies gibt Krug insofern selbst zu (vgl. S. 130 Anm. 1), als auch er im Falle eines von den Gatten errichteten gemeinschaftlichen Inventars den Verlust der beschränkten Haftung für abgewendet hält, wenn die begangene schwere Verfehlung lediglich der Frau zur Last fällt. Daß es zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Inventars kommt, hängt aber keineswegs nur vom Willen des Mannes ab. Die Frau kann dem Manne mit der Inventarerrichtung zuvorkommen und insbesondere auch zur Inventarerrichtung schreiten, noch bevor eine Inventarfrist bestimmt worden ist (§ 1993). Ein Schutz gegen die sich hieraus ergebenden Gefahren kann dem Manne nicht versagt sein.

γ) Fällt ein Verhalten der im § 2005 Abs. 1 bezeichneten Art lediglich dem Manne zur Last, so wird die unbeschränkte Haftung der Frau dadurch noch nicht herbeigeführt. Hat das vom Manne errichtete Inventar mit Rücksicht auf den darauf gerichteten Antrag der an der Verfehlung des Mannes unbeteiligten Frau zugleich als ein von dieser errichtetes zu gelten, so kann der Frau das Recht zur Beschränkung der Haftung offenbar nicht verloren gehen

§. 2009. Ist das Inventar rechtzeitig errichtet worden, so wird im Verhältnisse zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern vermuthet, daß zur Zeit des Erbfalls weitere Nachlaßgegenstände als die angegebenen nicht vorhanden gewesen seien.

(so auch Krug S. 131, 132; anders mit Unrecht Herzfelder S. 232). Aber auch, wenn dies nicht zutrifft, muß es der Frau, dafern eine Inventarfrist noch nicht wirksam bestimmt oder die bestimmte Inventarfrist noch nicht beendigt ist, noch immer möglich sein, den Eintritt der unbeschränkten Haftung dadurch abzuwenden, daß sie zu neuerlicher Inventarerrichtung bzw. zur Berichtigung des vom Manne errichteten Inventars schreitet. Ja noch mehr! Da die Versehlung des Mannes für sich allein der Frau nicht schaden kann, so muß der Eintritt der unbeschränkten Haftung selbst dann als abgewendet gelten, wenn auch nur der Mann vor Ablauf der Inventarfrist zur abermaligen Inventarerrichtung bzw. zur Ergänzung oder Berichtigung des ursprünglichen Inventars schreitet, ohne sich dabei eine der Versehlungen des § 2005 Abs. 2 zuschulden kommen zu lassen (vgl. Krug S. 130, 131). Kommt jedoch zu dem nicht wieder gut gemachten Verhalten des Mannes noch hinzu, daß der Frau eine Frist zur Inventarerrichtung nicht mehr zur Verfügung steht, so ist hierdurch die Rechtsfolge der unbeschränkten Haftung allerdings gegeben.

c) Was den **Offenbarungseid** des § 2006 anbelangt, so dürften folgende Entscheidungen (vgl. auch Hachenburg S. 404ff.; Strohal II § 73 a. E.; Herzfelder S. 232; Krug S. 136) zu treffen sein:

α) Hinsichtlich des lediglich von der Frau errichteten Inventars kann das Verlangen auf Leistung des Offenbarungseides nur ihr gegenüber gestellt werden. Von einem zivilrechtlich verfolgbaren und durch Zwangsmittel durchzusetzenden Anspruch auf Eidesleistung kann jedoch aus dem schon in Erl. 4c zu § 2006 angegebenen Grunde keine Rede sein. Verweigerung der Eidesleistung sowie das dieser gleichstehende Verhalten hat die unbeschränkte Haftung der Frau gegenüber dem betreffenden Gläubiger mit der damit für den Mann verbundenen Begleitwirkung jedenfalls dann zur Folge, wenn damit zusammentrifft, daß der Mann die Inventarfrist unbenutzt verstreichen ließ.

β) Liegt ein nur vom Manne errichtetes Inventar vor, so ist das Verlangen auf Eidesleistung auch nur ihm gegenüber zulässig. An die Verweigerung der Eidesleistung durch den Mann bzw. an das Nichterscheinen im Termin im Sinne des § 2006 Abs. 3 knüpft sich aber der Eintritt der unbeschränkten Haftung der Frau dem Gläubiger gegenüber nur dann, wenn der Frau eine Frist zur rechtzeitigen Inventarerrichtung nicht mehr zur Verfügung steht. Schreitet die Frau noch rechtzeitig zur Inventarerrichtung, so ist das unter γ Ausgeführte maßgebend.

γ) Ist das vorliegende Inventar als sowohl von der Frau als auch von dem Manne errichtet anzusehen (oder hat — obschon das selten vorkommen wird — jeder Gatte selbständig ein Inventar errichtet), so bleibt der Frau dem Gläubiger gegenüber das Recht zur Beschränkung ihrer Haftung solange erhalten, als ihrerseits weder eine Verweigerung der Eidesleistung noch ein dieser gleichstehendes Nichterscheinen im Termin vorliegt. Selbst im Falle eines solchen Verhaltens der Frau tritt aber deren unbeschränkte Haftung gegenüber dem Gläubiger nur ein, wenn auch auf seiten des Mannes eine der Voraussetzungen des § 2006 Abs. 3 vorliegt. Wird der Offenbarungseid also auch nur vom Manne geleistet, so ist hierdurch nicht nur die nachteilige Einwirkung der unbeschränkten Haftung auf den Mann (so die früheren Aufl. dieses Werkes und Strohal II § 73 a. E.), sondern die unbeschränkte Haftung der Frau selbst abgewendet (vgl. auch Krug S. 138).

Eine grundsätzlich abweichende Ansicht vertreten Wilke S. 81 und Dernburg V § 173 Anm. 4 in dem Punkte, daß sie die Leistung des Offenbarungseides durch den Mann unter allen Umständen für ausgeschlossen halten, weil der Offenbarungseid des § 2006 überhaupt nur vom Erben geleistet werden könne. Allein diese Behauptung kann schon mit Rücksicht auf die den Fall des Erbschaftskaufes betreffende Bestimmung des § 2383 nicht aufrecht erhalten werden.

§ 2009.

E. II § 1883 rev. § 1986; III § 1984. P. II Bd. 5 S. 757.

Die im § 2009 enthaltene **Rechtsvermutung für die Vollständigkeit des Inventars** ist von der zweiten Kommission auf Vorschlag der Subkommission beschlossen worden. Betreffs dieser Vermutung ist folgendes zu bemerken:

§. 2010. Das Nachlaßgericht hat die Einsicht des Inventars Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

---

a) **Voraussetzung** ist, daß das Inventar rechtzeitig errichtet worden. „Rechtzeitig" bedeutet nur: vor dem Ablauf einer dem Erben bestimmten Inventarfrist; im übrigen tritt die Vermutung ein, auch wenn die Inventarerrichtung erst lange Zeit nach dem Erbfall erfolgt (vgl. Erl. 2 a. E. zu § 1994). Sie gilt auch für ein vom Erben freiwillig (nach § 1993) errichtetes Inventar. In der Vorlage der Subkommission war die „vorschriftsmäßige" Errichtung des Inventars erfordert. Dieses Wort wurde jedoch von der Hauptkommission beseitigt, um das Mißverständnis auszuschließen, als ob irgendein noch so unbedeutender Mangel des Inventars den Eintritt der Vermutung hindere. Ob ein Inventar im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist „nach den Zwecken, die mit der Inventarerrichtung verfolgt werden, an der Hand des einzelnen Falles" zu entscheiden (P. II Bd. 5 S. 757). Natürlich muß die Form der §§ 2002, 2003 gewahrt sein. Bekräftigung des Inventars durch den Offenbarungseid ist nicht Voraussetzung, und selbst die Verweigerung des Eides schließt die Berufung des Erben auf die Vermutung des § 2009, soweit sie nicht im Verhältnis zu demjenigen Nachlaßgläubiger, welcher die Eidesleistung vergeblich verlangt hat und welchem der Erbe nunmehr unbeschränkt haftet (§ 1006 Abs. 3), bedeutungslos geworden ist, nicht aus.

b) Ihrem **Inhalte** nach bezieht sich die Vermutung nur auf die Angabe der Nachlaßaktiven, und zwar wird, da für diese Angabe nach § 2001 Abs. 1 der Stand des Nachlasses bei dem Eintritte des Erbfalls maßgebend ist, angenommen, daß zur Zeit des Erbfalls weitere Nachlaßgegenstände als die im Inventar angegebenen nicht vorhanden gewesen seien. Die Frage, ob später ein Zuwachs eingetreten, bleibt unberührt. Die Vermutung gilt nicht bezüglich der Nachlaßverbindlichkeiten und auch nicht bezüglich des nach § 2001 Abs. 2 angegebenen Wertes der Nachlaßgegenstände. Letzteres ist von Bedeutung für die nach § 1973 Abs. 2 Satz 2, § 1989, § 1992 Satz 2 dem Erben zustehende Befugnis, die Herausgabe der Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden (P. II Bd. 5 S. 782, 783, Erl. 5 c δ zu § 1973). — Die Vermutung des § 2009 hat nur einen negativen Inhalt; eine Rechtsvermutung dafür, daß die im Inventar angegebenen Gegenstände auch wirklich zum Nachlasse gehören, wird durch § 2009 nicht begründet.

c) Die Vermutung gilt nur im **Verhältnisse zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern.** Die von Wendt (S. 395) ohne jede Begründung aufgestellte Behauptung, daß die Fassung des § 2009 zu eng sei und die Vermutung auch im Verhältnisse zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer (§ 2027), zwischen dem Vorerben und dem Nacherben (§ 2127) sowie zwischen Miterben bei der Erbteilung eintreten müsse, ist willkürlich. Ob bei Rechtsstreitigkeiten zwischen jenen Personen der Richter auf Grund der freien Beweiswürdigung den Angaben des Inventars tatsächlich Glauben schenkt, ist eine andere Frage. Auch den persönlichen Gläubigern des Erben gegenüber kommt die Vermutung des § 2009 nicht in Betracht (vgl. dazu Strohal II § 73 Anm. 7).

d) Die Vermutung hat die Wirkung, daß im Verhältnisse zwischen den Personen, für die sie besteht, die Angabe der Nachlaßgegenstände im Inventar als vollständig gilt und bezüglich eines bestimmten Gegenstandes, der im Inventar nicht aufgeführt ist, angenommen wird, daß er nicht zum Nachlasse gehört. Der Beweis des Gegenteils ist gemäß CPO. § 292 zulässig. Wird dem Erben gegenüber der Beweis erbracht, daß ein Fall des § 2005 Abs. 1 Satz 1 vorliegt, so fällt die Vermutung des § 2009 gänzlich weg.

e) Die (von Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 636 mit Unrecht bezweifelte) praktische Bedeutung des § 2009 besteht darin, daß zufolge der Vermutung das Inventar die Grundlage für die dem Erben nach § 1978 obliegende Rechenschaftsablegung bildet und in den Fällen der §§ 1973, 1974, 1990, 1992 bis zur Erbringung des Gegenbeweises den Umfang der Verpflichtung des Erben zur Herausgabe des Nachlasses begrenzt. Vgl. auch Hedemann, Die Vermutung nach dem R. d. Deutsch. Reiches (1904) S. 299 Anm. 8.

§ 2010.

E. I § 2107; II § 1884 rev. § 1987; III § 1985. P. I S. 1091 f.; M. V S. 621. P. II Bd. 5 S. 756; Bd. 6 S. 338 f.

Befugnis zur Einsicht des Inventars.

1. Aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen wird im § 2010 jedem, der ein **rechtliches Interesse** glaubhaft macht (FGG. § 15 Abs. 2), das Recht eingeräumt, von dem bei dem

§. 2011. Dem Fiskus als gesetzlichem Erben kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden. Der Fiskus ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu ertheilen.

Nachlaßgerichte befindlichen Inventar Einsicht zu nehmen. Die Vorschrift enthält eine Anweisung an das Nachlaßgericht, deren Befolgung nötigenfalls im Wege der Beschwerde (FGG. § 19) durchgesetzt werden kann. Das Interesse des Antragstellers muß ein rechtliches (nicht wie nach GBO. § 11 und nach FGG. §§ 34, 78 nur ein berechtigtes) sein, kann im übrigen aber die verschiedensten Gründe haben. Bei einem Nachlaßgläubiger, der seine Forderung glaubhaft macht, ist es ohne weiteres anzunehmen, auch wenn der Gläubiger wegen eines Vorrechts seiner Forderung oder wegen einer dinglichen Sicherung als zweifellos gesichert erscheint; der Erbe kann dem Gläubiger die Einsicht nur dann verwehren, wenn er ihm die ihm gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise anbietet. Wegen der Eröffnung eines verschlossen eingereichten Inventars s. die Erl. 2 zu § 1993.

2. Der § 2010 gibt neben dem Rechte auf Einsicht nicht auch, wie dies bei ähnlichen Vorschriften geschieht (§§ 79, 1563, 2264; FGG. § 78; HGB. § 9; GBO. § 11), das Recht, eine einfache oder beglaubigte Abschrift zu verlangen. Ein unbedingtes Recht auf die Erteilung einer Abschrift erkennt das Gesetz also in dem hier fraglichen Falle nicht an. Der § 34 des FGG. bestimmt aber allgemein, daß das Gericht eine einfache oder beglaubigte Abschrift aus den Gerichtsakten jedem erteilen kann, der ein berechtigtes Interesse an einer solchen Abschrift glaubhaft macht. Das Wort „kann" bedeutet hier wie in dem BGB., daß das Gericht dasjenige, was es tun kann, auch zu tun hat, wenn nach seinem pflichtmäßigen Ermessen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen es nach der Absicht des Gesetzes von seiner Befugnis Gebrauch machen soll (s. Bd. I S. 27 Nr. 4a). Diese Voraussetzungen bestehen im Falle des § 34 des FGG. darin, daß der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der Erlangung der Abschrift hat und — wie nach der Absicht des Gesetzes wohl hinzugefügt werden muß — daß nicht andere ebenso berechtigte Interessen entgegen stehen. Regelmäßig dürften diese Voraussetzungen in dem Falle des § 2010 wie in den meisten ähnlichen Fällen (s. z. B. §§ 1342, 1953, 1957, 2081, 2146, 2228, 2384) vorliegen.

§ 2011.

E. I § 1974 Abs. 3, 4; II § 1885 rev. § 1988; III § 1966. P. I S. 10118 f., 10124 ff., 11429 f.; M. V S. 380 f. P. II Bd. 5 S. 487 ff., 820.

Hörle im Recht 1904 S. 377.

Der Fiskus als gesetzlicher Erbe.

1. Der Fiskus kann nach § 1942 Abs. 2 die ihm als gesetzlichem Erben (§ 1936) angefallene Erbschaft nicht ausschlagen, er bedarf daher in dieser Eigenschaft eines besonderen Schutzes gegen die aus der Überschuldung des Nachlasses erwachsenden Gefahren. Dieser Schutz wird ihm außer durch die Vorschriften der §§ 1964—1966 durch die besondere Regelung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zuteil. Nach § 2011 Satz 1 kann dem Fiskus als gesetzlichem Erben **eine Inventarfrist nicht bestimmt werden**, der Fiskus kann mithin des Rechtes auf Beschränkung der Haftung nicht nach § 1994 durch Versäumung einer Inventarfrist verlustig gehen. Eine der Vorschrift des § 2011 zuwider erfolgte Fristbestimmung müßte als unwirksam angesehen werden (Hörle). Daß der Fiskus ein Inventar nach § 1993 freiwillig bei dem Nachlaßgericht einreicht, wird nicht vorkommen, denn in der Regel wird schon das Nachlaßgericht ein Verzeichnis nach § 1960 aufgenommen haben, das die fiskalische Behörde für ihre Zwecke benutzen wird, oder diese Behörde wird zwar ein Nachlaßverzeichnis aufnehmen, es aber nicht dem Nachlaßgericht einreichen. Hieraus und aus der Erwägung, daß ein Verfahren der fiskalischen Behörde, welches unter den § 2005 Abs. 1 fallen würde, als ausgeschlossen gelten muß, ergibt sich, daß auch der Verlust auf Beschränkung der Haftung gemäß § 2005 für den Fiskus tatsächlich niemals eintreten wird. Die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nach § 2006 besteht, wie aus § 2011 Satz 1 zu folgern ist (vgl. Erl. 2 zu § 2006), für den Fiskus nicht, er kann also auch auf dem Wege des § 2006 Abs. 3 das Recht auf Beschränkung der Haftung nicht verlieren. Endlich ist nach CPO. § 780 Abs. 2 auch der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung im Urteile nicht erforderlich, wenn der Fiskus als gesetzlicher Erbe verurteilt wird. Hiernach läßt sich sagen, daß dem Fiskus als gesetzlichem Erben (also auch im Falle des § 2105 Abs. 1) das Recht auf Beschränkung der Haftung unter allen

§. 2012. Einem nach den §§. 1960, 1961 bestellten Nachlaßpfleger kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden. Der Nachlaßpfleger ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu ertheilen. Der Nachlaßpfleger kann nicht auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten.

Diese Vorschriften gelten auch für den Nachlaßverwalter.

Umständen zusteht. Soweit der Fiskus gewillkürter Erbe wird, gelten für seine Haftung durchaus die allgemeinen Vorschriften.

2. Hinsichtlich der **Geltendmachung** des Rechtes auf beschränkte Haftung ist der Fiskus nicht anders gestellt als jeder andere Erbe. Auch der Fiskus muß die Beschränkung seiner Haftung durch die Mittel der Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses oder gegebenen Falles nach Maßgabe der §§ 1973, 1974, 1989, 1990, 1992 herbeiführen (Wendt S. 405). Bei der Zwangsvollstreckung aus einem gegen ihn als gesetzlichen Erben erlassenen oder für vollstreckbar erklärten Urteile muß auch der Fiskus sich gemäß CPO. § 781 auf die Beschränkung der Haftung berufen, widrigenfalls diese unberücksichtigt bleibt; jedoch ist hier der Vorbehalt des EG. zur CPO. § 15 Nr. 3 zu beachten. Natürlich kann der Fiskus, was freilich kaum vorkommen wird, auch durch Vertrag mit einem Nachlaßgläubiger auf die Beschränkung der Haftung verzichten.

3. Die Vorschrift des Satz 1 findet ihre notwendige Ergänzung durch die des Satz 2. Sichert jene den Fiskus als gesetzlichen Erben gegen die Gefahr des Verlustes der beschränkten Haftung, so zieht diese dem Grundgedanken des § 1978 (vgl. auch § 1991 Abs. 1) entsprechend, die Konsequenz daraus, daß der Fiskus als gesetzlicher Erbe des Rechtes zur beschränkten Haftung immer teilhaftig ist. Demgemäß legt das Gesetz dem Fiskus als gesetzlichem Erben im § 2011 Satz 2 ausdrücklich die **Verpflichtung** auf, den Nachlaßgläubigern auf Verlangen **über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen.** Die Verpflichtung besteht gegenüber jedem einzelnen Gläubiger, wenn jedoch die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, nur gegenüber dem zur Vertretung aller Gläubiger berufenen Verwalter. Wie jedes andere Recht kann auch der Anspruch auf Auskunfterteilung gemäß § 1966 gegen den Fiskus erst geltend gemacht werden, wenn die im § 1964 vorgesehene Feststellung getroffen ist. Der Fiskus hat nach § 260 Abs. 1 dem Auskunftsberechtigten ein Verzeichnis des Nachlaßbestandes vorzulegen und ist an sich auch verpflichtet, durch den zu seiner Vertretung berufenen Beamten den im § 260 Abs. 2 vorgesehenen Offenbarungseid zu leisten, doch ist letztere Verpflichtung, da die Voraussetzung, daß Grund zu der Annahme mangelnder Sorgfalt bestehe, wohl selten oder nie zutreffen wird, ohne praktische Bedeutung. Der Rechenschaftsablegung nach § 1978 muß sich der Fiskus wie jeder andere Erbe unterziehen, an die Stelle der Annahme der Erbschaft tritt dabei der Zeitpunkt, in welchem die Feststellung nach § 1964 getroffen wird.

4. Wenn auf Grund des Vorbehalts im EG. Art. 138 und einer entsprechenden landesgesetzlichen Vorschrift an Stelle des Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes gesetzlicher Erbe wird, so gilt § 2011 gleich den übrigen nach dem BGB. und der CPO. für den Fiskus als gesetzlichen Erben bestehenden Besonderheiten auch für die betreffende juristische Person des öffentlichen Rechtes. Wegen des Falles des EG. Art. 139 s. die Erl. in Bd. VI.

§ 2012.

E. I § 2063, § 2065 Abs. 2; II § 1886 rev. § 1989; III § 1987. P. I S. 10638 ff., 10844 ff.; M. V S. 550 ff. P. II Bd. 5 S. 667 ff.

1. Der § 2012 gibt einige besondere Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben für die Fälle, daß nach §§ 1960, 1961 eine **Nachlaßpflegschaft** (Sicherungspflegschaft) eingeleitet oder nach §§ 1975, 1981 eine **Nachlaßverwaltung** (Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger) angeordnet ist. Der Aufgabe des Nachlaßpflegers und Nachlaßverwalters, die beide dazu berufen sind, die Rechte des Erben als solchen zu wahren, entspricht es, daß ihnen die Möglichkeit einer Schmälerung dieser Rechte entzogen wird, soweit dies nach der rechtlichen Natur ihrer Stellung und mit Rücksicht auf andere berechtigte Interessen als zulässig erscheint. Aus diesem Gesichtspunkte sind die Vorschriften des § 2012 getroffen, die freilich positiver Natur sind.

§. 2013. Haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, so finden die Vorschriften der §§. 1973 bis 1975, 1977 bis 1980, 1989 bis 1992 keine Anwendung; der Erbe ist nicht berechtigt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen. Auf eine nach §. 1973 oder nach §. 1974 eingetretene Beschränkung der Haftung kann sich der Erbe jedoch berufen, wenn später der Fall des §. 1994 Abs. 1 Satz 2 oder des §. 2005 Abs. 1 eintritt.

Die Vorschriften der §§. 1977 bis 1980 und das Recht des Erben, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen, werden nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Erbe einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet.

---

2. Der § 2012 sorgt für den Schutz des Erben in zweifacher Weise:

a) Dem Nachlaßpfleger und dem Nachlaßverwalter kann eine Inventarfrist nicht bestimmt werden (Abs. 1 Satz 1). Beide sind schon kraft ihres Amtes verpflichtet, ein Verzeichnis des Nachlasses aufzunehmen (§§ 1802, 1915) und werden durch den Satz 2 noch besonders angewiesen, den Nachlaßgläubigern auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen (§ 260). Auf die Erfüllung dieser Verpflichtungen durch die Bestimmung einer Inventarfrist hinzuwirken, deren Versäumung nur dem Erben schaden würde, erscheint nicht angemessen. Die vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung dem Erben gegenüber erfolgte Bestimmung einer Inventarfrist hat dem Nachlaßverwalter gegenüber keine Wirksamkeit und wird nach § 2000 Satz 1 mit der Anordnung der Verwaltung auch für den Erben unwirksam. Während der Dauer der Nachlaßverwaltung kann nach § 2000 Satz 2 dem Erben eine Inventarfrist nicht bestimmt werden. Was die Nachlaßpflegschaft anbetrifft, so kann die Bestimmung einer Inventarfrist gegenüber dem Erben zwar unter Umständen (wenn nämlich der Erbe bekannt ist) schon vor der Bestellung des Nachlaßpflegers oder während der Dauer der Nachlaßpflegschaft erfolgen, doch ist die Bestimmung auch im ersteren Falle gegenüber dem Nachlaßpfleger unwirksam und ihre Wirksamkeit für den Erben in beiden Fällen dadurch suspendiert, daß die Frist nach § 1995 Abs. 2 erst mit der Annahme der Erbschaft zu laufen beginnt.

b) Der Nachlaßpfleger und der Nachlaßverwalter können nicht (durch Vertrag mit einem Nachlaßgläubiger) auf die Beschränkung der Haftung des Erben verzichten (Abs. 1 Satz 3). Dem entspricht die Bestimmung der CPO. (§ 780 Abs. 2), daß in einem Urteile, welches über eine Nachlaßverbindlichkeit gegen einen Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter erlassen wird, der Vorbehalt der beschränkten Haftung nicht erforderlich ist, um dem Erben die Geltendmachung der beschränkten Haftung zu wahren.

§ 2013.

E. I § 2110 Abs. 2, § 2125 Satz 3; II § 1868 Abs. 2, § 1887 rev. §§ 1982, 1990; III § 1988. P. I E. 10935 ff., 11112 ff.; M. V E. 625, 648. P. II Bd. 5 E. 733 f., 764, 777 f., 810; Bd. 6 E. 395 f. RG. E. 2101.

Folgen der unbeschränkten Haftung.

1. Der § 2013 beruht in seiner endgültigen Gestalt, abgesehen von einer geringfügigen sprachlichen Änderung, welche die Reichstagskommission vorgenommen hat, auf den Beschlüssen des Bundesrats. Im E. II fehlte eine dem Abs. 2 entsprechende Vorschrift gänzlich, während der Inhalt des Abs. 1 nur teilweise durch Vorschriften, die sich an verschiedenen Stellen befanden, gedeckt war. Gleichwohl bedeuten die Beschlüsse des Bundesrats keine sachliche Änderung, sondern nur eine Klarstellung der schon im E. II enthaltenen Rechtssätze.

Der § 2013 ist für die Haftung des Erben von der größten Wichtigkeit, weil erst durch ihn die vorangehenden in den Unterabschnitten II—IV enthaltenen Vorschriften ihre Begrenzung erhalten und auf ihre eigentliche Bedeutung zurückgeführt werden. Durch den § 2013 wird der Unterschied in der Gestaltung der Haftung des beschränkt und des unbeschränkt haftenden Erben klargestellt, indem diejenigen Vorschriften aufgeführt werden, welche bei unbeschränkter Haftung des Erben nicht zur Anwendung gelangen.

2. Der Abs. 1 des § 2013 bezieht sich grundsätzlich sowohl auf diejenigen Fälle, in welchen der Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung gegenüber allen Nachlaßgläubigern eingetreten ist (§ 1994 Abs. 1 Satz 2, § 2005 Abs. 1), als auf die Fälle des Verlustes nur gegenüber einem einzelnen Nachlaßgläubiger (§ 2006 Abs. 3, vertragsmäßiger Verzicht und Versäumung

des Vorbehalts im Urteile nach CPO. § 780; vgl. übrigens auch Vorbm. 6 zu §§ 1993ff.), doch sind für die Fälle der letzteren Art im Abs. 2 einschränkende Vorschriften gegeben. Es sind daher im folgenden zunächst nur die Fälle der allgemein unbeschränkten Haftung ins Auge gefaßt. Für diese Fälle gilt folgendes:

a) Der § 1975 findet keine Anwendung, d. h. die Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß tritt nicht ein, wenngleich eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist. Der Erbe ist mangels eigenen Interesses nicht berechtigt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen (Satz 1 Halbsatz 2). Das Recht der Gläubiger, in ihrem Interesse die Nachlaßverwaltung zu erwirken (§ 1981 Abs. 2), bleibt unberührt. Die auf Antrag eines Gläubigers angeordnete Nachlaßverwaltung sowie der auf Antrag des Erben oder eines Nachlaßgläubigers (KO. §§ 216, 217) eröffnete Nachlaßkonkurs sind jedoch auf die persönliche Haftung des Erben ohne Einfluß. Selbst während der Dauer der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses ist die auf die unbeschränkte Haftung des Erben sich stützende Verfolgung von gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüchen auch gegen die Person des Erben nicht ausgeschlossen (vgl. auch Strohal II S. 279 und 293/294). Die Vorschriften des § 1984 Abs. 1 Satz 3 und des § 14 Abs. 1 KO. (vgl. auch M. V S. 605, D. z. KO. S. 45; L. Seuffert in Z. f. CP. Bd. 22 S. 501; Jaeger, KO. Anm. 9 zu § 214) finden somit im Falle der unbeschränkten Haftung des Erben keine Anwendung. Wird neben der Nachlaßverwaltung oder dem Nachlaßkonkurse, sei es vor oder nach der Anordnung dieser Maßregeln, der Konkurs über das Vermögen des Erben eröffnet, so können die Nachlaßgläubiger bei unbeschränkter Haftung des Erben ihre Forderungen sowohl gegen den Nachlaßverwalter bzw. im Nachlaßkonkurs als auch im Konkurs über das Vermögen des Erben geltend machen. Zum Schutze der Gläubiger des Erben, die durch die Konkurrenz der Nachlaßgläubiger in der Befriedigung aus dem Vermögen des Erben beeinträchtigt werden würden, während sie ihrerseits an der Ausschüttung des Nachlasses nicht teilnehmen, ist jedoch in der KO. § 234 (vgl. § 64) vorgeschrieben, daß die Nachlaßgläubiger in dem gedachten Falle wie Absonderungsberechtigte zu behandeln sind, daß sie also aus dem Vermögen des Erben nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen können, zu welchem sie auf Befriedigung aus dem Nachlasse verzichteten oder mit welchem sie bei dem Nachlaß ausgefallen sind. Durch diese Regelung werden freilich Kollusionen der Nachlaßgläubiger zum Nachteile der Gläubiger des Erben nicht ausgeschlossen. Eingehendes bei Jaeger, KO. Anm. 6—11.

b) Die im § 1976 der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurse beigelegte Wirkung einer Wiederaufhebung der Konfusion oder Konsolidation, welche mit dem Erbfalle bezüglich der zwischen dem Erben und dem Erblasser bestehenden Rechtsverhältnisse eintreten, wird durch die unbeschränkte Haftung des Erben nicht berührt. Auch der unbeschränkt haftende Erbe kann die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche im Nachlaßkonkurse geltend machen (KO. § 225 Abs. 1, vgl. D. S. 45). Dagegen ist die Anwendung des § 1977 bei unbeschränkter Haftung des Erben ausgeschlossen. Die Aufrechnung, die von einem Nachlaßgläubiger gegen eine nicht zum Nachlasse gehörende Forderung des Erben oder von einem Privatgläubiger des Erben gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung vollzogen ist, bleibt, auch wenn der Erbe nicht zugestimmt hat und wenn später die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, bestehen, sofern der Erbe unbeschränkt haftet. Daß die von einem Nachlaßgläubiger gegen eine eigene Forderung des Erben vollzogene Aufrechnung (§ 1977 Abs. 1) bestehen bleibt, erklärt sich daraus, daß der Erbe den Zugriff der Nachlaßgläubiger auf sein eigenes Vermögen dulden muß. Daß auch die Vorschrift des § 1977 Abs. 2 keine Anwendung findet, also die von einem Gläubiger des Erben gegen eine Nachlaßforderung vorgenommene Aufrechnung ihre Wirksamkeit behalten soll, beruht auf dem Gedanken, daß eine so anomale Vorschrift wie die des § 1977, nach welcher eine gültig erfolgte Aufrechnung nach rückwärts als nicht erfolgt angesehen werden soll, sich nur rechtfertigt, wenn ein dringendes praktisches Bedürfnis sie erfordert, daß ein solches Bedürfnis aber für die zum Schutze der Nachlaßgläubiger getroffene Vorschrift des § 1977 Abs. 2 nicht mehr besteht, wenn der Erbe den Nachlaßgläubigern unbeschränkt persönlich haftet (s. Strohal II § 78 Anm. 6; Hellmann, Krit. Viert. Bd. 39 S. 241, 242; Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 835, 836; Wilke, Haftung, S. 16; Binder II S. 160 Anm. 105).

Dem Ausschlusse des § 1977 entspricht auf prozessualem Gebiete, daß trotz der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses der unbeschränkt haftende Erbe nicht verlangen kann, daß Maßregeln der Zwangsvollstreckung, die zugunsten eines Nachlaßgläubigers in sein nicht zum Nachlasse gehörendes Vermögen erfolgt sind, aufgehoben

werden (CPO. § 784 Abs. 1). Zweifelhaft kann sein, ob auch die Anwendung der Vorschrift des § 784 Abs. 2 der CPO., nach welcher dem Nachlaßverwalter das gleiche (d. h. das im Abs. 1 bezeichnete) Recht gegenüber Maßregeln der Zwangsvollstreckung zusteht, die zugunsten eines anderen Gläubigers als eines Nachlaßgläubigers in den Nachlaß erfolgt sind, entfällt, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Hierfür müßte man sich aussprechen, wenn die Schlußworte des Abs. 1 „es sei denn, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet" auch für den Abs. 2 gelten würden. Sachliche Gründe sprechen jedoch gegen diese Geltung. Denn der Zweck der Nachlaßverwaltung, die ja auch im Falle der unbeschränkten Haftung des Erben von den Nachlaßgläubigern beantragt werden kann, würde zum Teil vereitelt sein, wenn dem Nachlaßverwalter das fragliche Recht nicht auch in diesem Falle zukäme. Aus dem Ausschlusse des § 1977 Abs. 2 wird man einen Gegengrund nicht ableiten können, weil daraus, daß eine der besonderen zum Schutze der Nachlaßgläubiger getroffenen Bestimmungen im Falle der unbeschränkten Haftung des Erben für entbehrlich erachtet worden ist, nicht ohne weiteres geschlossen werden kann, daß auch alle anderen denselben Zweck verfolgenden Vorschriften beseitigt werden sollen. Mit dieser Auffassung stimmt überein, daß für den § 221 der KO., nach welchem auf Grund einer nach dem Eintritte des Erbfalls (zugunsten eines Nachlaßgläubigers oder eines persönlichen Gläubigers des Erben) gegen den Nachlaß erfolgten Maßregel der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden kann, die beschränkte oder unbeschränkte Haftung des Erben ohne Bedeutung ist (P. II Bd. 5 S. 765). Sachlich ebenso Strohal II § 78 Anm. 2; Binder II S. 132.

c) Die im § 1978 bestimmte Verantwortlichkeit des Erben für die Verwaltung des Nachlasses und die nach § 1980 bestehende Haftung wegen des Schadens, der den Nachlaßgläubigern aus der Versäumung oder Verzögerung des Antrags auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses erwächst, treten nicht ein, wenn der Erbe unbeschränkt haftet (vgl. aber doch auch Erl. zu §§ 2060, 2061). Der Erbe ist hiernach auch im Falle der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses den Nachlaßgläubigern nicht rechenschafts- und ersatzpflichtig, kann auf der anderen Seite aber auch keinen Ersatz seiner Aufwendungen nach § 1978 Abs. 3 beanspruchen. Bei dieser Rechtslage besteht auch für die Anwendung des § 1979, nach welchem die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit seitens des Erben unter Umständen als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gilt, kein Raum; ebensowenig tritt der Erbe, wie das sonst in Ermangelung der Voraussetzungen des § 1979 der Fall ist, im Nachlaßkonkurs an die Stelle des befriedigten Gläubigers (KO. § 225 Abs. 2).

Die dargelegten Vorschriften beruhen auf der in der Subkommission (vgl. deren Prot. S. 112—114; in der Hauptkommission ist die Frage nicht näher erörtert) zur Geltung gelangten Auffassung, daß eine Verwaltungspflicht des Erben und besondere Ansprüche aus einer solchen nicht anzuerkennen seien, wenn die Beschränkung der Haftung von dem Erben nicht in Anspruch genommen werden könne oder auch nur tatsächlich nicht in Anspruch genommen werde. Man nahm an, wenn der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen hafte, bestehe kein Anlaß, ihn wegen der Verwaltung des Nachlasses noch besonders zur Rechenschaftslegung und zum Ersatze von Fehlbeträgen zu verpflichten, für die er doch in keiner anderen Weise als bis zur Höhe der Nachlaßschulden und nach Kräften seines Vermögens einzustehen habe. Der Nachlaß besteht hiernach bei unbeschränkter Haftung des Erben nur aus den noch vorhandenen Nachlaßgegenständen; Ansprüche gegen den Erben als solchen treten nicht hinzu. Diese Behandlung hat den Vorzug der Einfachheit und stellt die Nachlaßgläubiger im Falle der Konkurrenz mit eigenen Gläubigern des Erben nicht ungünstiger, als sie stehen würden, wenn seitens des Nachlaßverwalters oder des Nachlaßkonkursverwalters zugunsten des Nachlasses ein besonderer Ersatzanspruch gegen das Vermögen des Erben geltend gemacht werden könnte, denn auch dieser würde im Konkurs über das Vermögen des Erben nur eine gewöhnliche Konkursforderung sein. Als Konsequenzen der Ausschließung der §§ 1978—1980 erkannte die Subkommission an, daß die Frage der Überschuldung des Nachlasses (KO. § 215) und der Zulänglichkeit zur Deckung der Kosten (§ 1982, § 1988 Abs. 2; KO. §§ 107, 204) lediglich nach dem Bestande der vorhandenen Nachlaßgegenstände zu beurteilen sei und daß eine Surrogation nur insoweit stattfinde, als durch zufällige Begebenheiten (Zerstörung, Beschädigung, Entziehung von Nachlaßgegenständen), nicht aber insoweit, als durch Rechtsgeschäfte des Erben ein Abgang an den Nachlaßgegenständen eintrete.

d) Der § 1989 und die §§ 1990—1992 kommen nicht zur Anwendung, da sie die Rechtsbehelfe bezeichnen, durch welche nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses und in den

Fällen der Untunlichkeit des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung die Geltendmachung der beschränkten Haftung des Erben erfolgt; für diese Vorschriften ist bei unbeschränkter Haftung kein Raum.

c) Endlich finden auch die Vorschriften der §§ 1973, 1974 keine Anwendung. Daß der unbeschränkt haftende Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und die Zwangsversteigerung eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks nicht beantragen kann, ist in der CPO. (§ 991 Abs. 1) und im ZVG. (§ 175 Abs. 2) ausgesprochen. (Wegen der Frage, ob das Aufgebot bei unbeschränkter Haftung des Erben vom Nachlaßverwalter oder vom Testamentsvollstrecker beantragt werden kann, s. Erl. 1 zu § 1970.) Wenn nun noch im § 2013 der § 1973 für unanwendbar erklärt wird, so hat das die Bedeutung, daß die daselbst bestimmten Wirkungen des Ausschlußurteils nicht eintreten, wenn der Erbe vor dem Erlasse desselben (allgemein oder gegenüber dem ausgeschlossenen Gläubiger) das Recht auf Beschränkung der Haftung verliert. Ebensowenig wie die Wirkung des Ausschlußurteils tritt zugunsten des unbeschränkt haftenden Erben die Beschränkung des Gläubigers ein, die nach § 1974 mit der verspäteten Geltendmachung der Forderung verbunden ist.

Ist das Ausschlußurteil im Aufgebotsverfahren bereits erlassen oder hat ein Nachlaßgläubiger sein Recht auf gleichmäßige Befriedigung mit den übrigen bereits gemäß § 1974 eingebüßt, so bleibt, wie im § 2013 Abs. 1 Satz 2 bestimmt wird, der damit herbeigeführte Rechtszustand bestehen, wenn später einer der Fälle eintritt, in welchen der Erbe allen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet (Versäumung der Inventarfrist oder absichtlich unrichtige Inventarerrichtung). Der Erbe hat mit dem Ausschlußurteil oder dem Ablaufe der im § 1974 bestimmten Frist gegen den ausgeschlossenen oder einem ausgeschlossenen gleichstehenden Gläubiger ein festes Recht erworben, das durch die Versäumung der Inventarfrist oder ein unrichtiges Inventar nicht wieder verloren wird. Anders liegt die Sache, wenn der Erbe dem Gläubiger den Offenbarungseid verweigert; hier tritt der Rechtsverlust nach § 2006 Abs. 3 auch dann ein (P. II Bd. 6 S. 395, 396), wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen war oder einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichstand (vgl. dazu oben Erl. 1, 8 zu § 1973 und Erl. 2 zu 2006). Das gleiche gilt, wenn der Erbe die in den §§ 1973, 1974 bestimmte Beschränkung der Haftung nicht in der nach Lage der Sache erforderlichen Weise geltend macht (vgl. dazu Erl. 5b, 6 zu § 1973) und, wie sich von selbst versteht, bei einem vertragsmäßigen Verzicht auf die Beschränkung der Haftung.

3. Im Gegensatze zum Abs. 1 betrifft Abs. 2 ausschließlich diejenigen Fälle, in welchen der Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung nur gegenüber einzelnen Nachlaßgläubigern eingetreten ist. Dem Abs. 2 liegt der Gedanke zugrunde, daß durch den Verlust der beschränkten Haftung gegenüber einem einzelnen Gläubiger an der Rechtsstellung des Erben gegenüber den übrigen Nachlaßgläubigern nichts geändert wird. Dieser Gedanke ist jedoch nicht erschöpfend zum Ausdrucke gelangt. Für die Fassung scheint die Erwägung maßgebend gewesen zu sein, daß die Einflußlosigkeit des einem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber eingetretenen Rechtsverlustes auf das Verhältnis des Erben zu den übrigen Nachlaßgläubigern insoweit nicht der besonderen Hervorhebung bedürfe, als es sich auch hier nur um die Rechtsbeziehungen des Erben zu einzelnen Nachlaßgläubigern handelt. Demgemäß ist die Geltung der §§ 1973, 1974, 1989—1992 nicht besonders ausgesprochen. Freilich kann es sich auch in den Fällen dieser Paragraphen um eine Mehrheit der betroffenen Gläubiger handeln, allein diese Gläubiger stehen doch als einzelne im Gegensatze zur Gesamtheit der Nachlaßgläubiger. Auch in den Fällen der §§ 1990, 1991 wird immer nur der einzelne Gläubiger ins Auge gefaßt, der gegen den Erben vorgeht und von diesem auf die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände verwiesen wird. Nur soweit Vorschriften in Frage stehen, die allen Nachlaßgläubigern gegenüber Wirkung üben, ist deren Anwendbarkeit im Abs. 2 besonders ausgesprochen. Dieser Gesichtspunkt trifft außer bei den §§ 1978—1980 auch bei dem § 1977 zu, denn die Wiederaufhebung der Aufrechnung erfolgt mit Wirkung für und gegen alle Nachlaßgläubiger. An sich hätte bei Durchführung dieses Gedankens auch der § 1975 im Abs. 2 mit aufgeführt werden müssen, denn in der Sache ist unzweifelhaft, daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses ihre der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger gegenüber eintretende Wirkung nicht dadurch verlieren, daß der Erbe einem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber unbeschränkt haftet. Wenn die Allegierung des § 1975 unterblieben und statt dessen nur gesagt ist, das Recht des Erben, die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen, bleibe unberührt, so beruht dies vielleicht darauf, daß man den Schein eines Wider-

spruchs vermeiden wollte, der darin hätte gefunden werden können, daß nach § 1975 die Beschränkung der Haftung eintreten und der Erbe doch, wie vorausgesetzt, einem Nachlaßgläubiger gegenüber unbeschränkt haften sollte. Das Ergebnis ist hiernach, daß durch die unbeschränkte Haftung des Erben gegenüber einem einzelnen Nachlaßgläubiger und durch das sich hieraus ergebende Verhältnis des Erben zu diesem Gläubiger im übrigen die Anwendung nicht nur der im Abs. 2 angezogenen §§ 1977—1980, sondern auch der §§ 1973—1975, 1989—1992 nicht ausgeschlossen wird.

Der nur einzelnen Gläubigern unbeschränkt haftende Erbe kann das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragen (D. z. ZPO. S. 175). Im § 225 Abs. 3 der KO. wird er für befugt erklärt, im Nachlaßkonkurse die Forderung des Gläubigers, welchem er unbeschränkt haftet, für den Fall geltend zu machen, daß der Gläubiger sie nicht geltend macht. Hierdurch wird einer ungerechtfertigten Bereicherung der dem betreffenden Nachlaßgläubiger gleich- oder nachstehenden Gläubiger vorgebeugt.

Im Verhältnis zwischen dem Erben und demjenigen Nachlaßgläubiger, welchem jener bereits unbeschränkt haftet, bewendet es selbstverständlich bei den Folgen der unbeschränkten Haftung. Hatte ein solcher Nachlaßgläubiger also vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung, der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ohne Zustimmung des Erben gegen eine zu dessen Eigenvermögen gehörende Forderung aufgerechnet, so erweist sich die Aufrechnung mit Rücksicht darauf, daß die im § 1975 bestimmte Haftungsbeschränkung einem Gläubiger der bezeichneten Art gegenüber nicht eintritt, auch dann als fortdauernd wirksam, wenn es hinterher zur Anordnung der Nachlaßverwaltung oder zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses kommt, und bleibt dem betreffenden Gläubiger selbst die Möglichkeit einer gegen eine solche Forderung des Erben erst vorzunehmenden Aufrechnung gewahrt (vgl. Strohal II § 86 a. E.).

4. Ist streitig, ob der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet, so gilt hinsichtlich der **Beweislast** und hinsichtlich der Frage, in welchem Stadium der Streit auszutragen ist, folgendes:

a) Da der Erbe des Rechtes zur Beschränkung der Haftung grundsätzlich teilhaftig ist und es nur in Ausnahmefällen einbüßt, so ist hinsichtlich derjenigen Umstände, vermöge welcher der Erbe allgemein oder hinsichtlich einer bestimmten Verbindlichkeit schlechthin unbeschränkt haftet, der Nachlaßgläubiger beweispflichtig. Im Falle des § 1994 Abs. 1 Satz 2 beschränkt sich freilich nach allgemeinen Grundsätzen die Beweispflicht des Gläubigers auf die Bestimmung der Inventarfrist, während der Erbe den Beweis der rechtzeitigen Inventarerrichtung zu führen hat (Erl. zu § 1994 Nr. 4 a. E.). Steht in Frage, ob im konkreten Falle die Voraussetzungen für die Verwirklichung der Haftungsbeschränkung gegeben sind, so trifft die Beweislast grundsätzlich den Erben. Dies ist jedoch, wenn die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist (§ 1975), da es sich hier um offenkundige Tatsachen handelt, ohne besondere Erheblichkeit. Verhältnismäßig leicht zu erbringen wird für den Erben auch der Beweis sein, daß ein Nachlaßgläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen worden ist (bezüglich der den Erben im Falle des § 1973 sonst noch treffenden Beweispflicht vgl. Erl. 4c zu dem genannten Paragraph). Im Falle des § 1974 hat der Erbe darzutun, daß der von ihm zugegebene Akt der Geltendmachung der Forderung erst nach Ablauf der maßgebenden fünfjährigen Frist vorgenommen worden ist, wogegen die Beweislast dafür, daß die Geltendmachung auch schon früher erfolgt war, oder daß einer der Ausnahmefälle vorliegt (vgl. Erl. 5 zu § 1974), in denen die Fristversäumung für den Gläubiger unschädlich ist, den Gläubiger trifft. Bezüglich der den Erben in dem besonders wichtigen Falle des § 1990 treffenden Beweislast vgl. Vorbm. 1 zu §§ 1990, 1991 und Erl. 2c zu § 1991.

b) Haftet der Erbe bereits allgemein oder doch dem klagenden Nachlaßgläubiger gegenüber unbeschränkt, so braucht sich dieser die Aufnahme des vom Erben beantragten Vorbehalts der Beschränkung der Haftung in das Urteil und die dadurch erfolgende Verweisung des Streites über die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung in die Vollstreckungsinstanz nicht gefallen zu lassen. Der Nachlaßgläubiger kann also in solchem Falle darauf bestehen, daß der Erbe schlechthin zur Leistung verurteilt werde (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 790). Besteht jedoch der Gläubiger hierauf nicht und erfolgt die Verurteilung des Erben also mit dem Vorbehalt der beschränkten Haftung, so ist damit die Verhandlung der bezeichneten Frage allerdings der Vollstreckungsinstanz überlassen (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 786, 787, 790). Besonderes gilt jedoch für diejenigen Fälle, in welchen die Passivlegitimation des verklagten Erben davon abhängig ist, daß dieser überhaupt oder doch dem klagenden Gläubiger unbeschränkt haftet (vgl. Erl. 4 zu

V. Aufschiebende Einreden.

§ 1975). Hier ist der Nachlaßgläubiger mit seiner gegen die Person des Erben sich richtenden Klage abzuweisen, dafern ihm dieser nicht unbeschränkt haftet und ist die Möglichkeit einer Verurteilung des Erben unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung somit ausgeschlossen.

c) Darüber, in welchem Stadium bei beschränkter Haftung des Erben zum Austrag gelangt, ob und in welchem Maße der klagende Gläubiger Befriedigung finden kann, vgl. Erl. 5, 6 zu § 1973 und Erl. 2 zu § 1991.

V. Aufschiebende Einreden.

Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 607, Bd. 44 S. 898, Bd. 49 S. 156; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 378 und Zivilprozeß I S. 256; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 355; Herzfelder in v. Staudingers Komm. Bd. 5, 2. Aufl. S. 241 und DJZ. 1905 S. 61; Müller (München) DJZ. 1905 S. 685; Fuchs (Cassel) Recht 1905 S. 339 und S. 425; Engländer, Aufgebot der Nachlaßgläubiger S. 24; Binder II § 21.

1. **Grundgedanke.** Sobald der Erbe die Erbschaft angenommen hat (hinsichtlich der Zeit vor der Annahme der Erbschaft vgl. § 1958 und CPO. § 778; dazu Erl. zu § 1958 und bezüglich der Frage des Leistungsverzugs auch Erl. 1 zu § 2017), können die Nachlaßgläubiger ihre Ansprüche gegen ihn richten und können die persönlichen Gläubiger des Erben zum Zwecke ihrer Befriedigung die Zwangsvollstreckung auch in Gegenstände führen, die zu dem von ihrem Schuldner erworbenen Nachlaß gehören. Dem für die Nachlaßverbindlichkeiten noch nicht unbeschränkt haftenden Erben müssen jedoch, damit er vorher die erforderliche Übersicht über den Stand des Nachlasses gewinnen und danach seine weiteren Maßnahmen treffen kann, **vorläufige Abwehrmittel** gegen ein den später als notwendig sich herausstellenden Entschließungen vorgreifendes Andringen jener und dieser Gläubiger gewährt werden. Auf dieser Erwägung beruhen die Vorschriften über die in den §§ 2014—2017 behandelten „aufschiebenden Einreden" und die damit zusammenhängenden Vorschriften der CPO. §§ 782, 783 und der KO. § 221.

2. **Durchführung.** Nach § 2014 ist der Erbe zunächst berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit **bis zur Errichtung des Inventars**, jedoch nicht länger als drei Monate nach der Annahme der Erbschaft zu verweigern. Ein noch weitergehender Schutz wird dem Erben jedoch dann gegeben, wenn er sich zur Ermittelung des Schuldenstandes des Aufgebots der Nachlaßgläubiger (§ 1970) bedient. Vor dem Schlusse des Aufgebotsverfahrens kann der Erbe oft nicht hinreichend übersehen, ob nicht durch die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers die Interessen der übrigen verletzt werden (§§ 1979, 1980). Im § 2015 wird daher für den Fall, daß das Aufgebot beantragt und zugelassen ist, die Frist, während deren der Erbe die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit verweigern kann, **bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens** ausgedehnt, jedoch wird diese Erstreckung, um Verschleppungen vorzubeugen, an die Voraussetzung geknüpft, daß der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt hat.

Auf die **prozessuale Behandlung** der aufschiebenden Einreden der §§. 2014, 2015 beziehen sich die §§ 305 (Abs. 1), 782 CPO. Nach der zuerst genannten Bestimmung wird durch die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden eine unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben nicht ausgeschlossen; und nach CPO. § 782 Abs. 1 kann der Erbe auf Grund der hier in Frage kommenden Einreden nur verlangen, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der in den §§ 2014, 2015 bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Letzteres gilt in gleicher Weise für eine Zwangsvollstreckung, die zur Zeit des Erbfalls gegen den Erblasser bereits begonnen hatte (CPO. § 779), wie für eine solche, die auf Grund eines gegen den Erben erlassenen Urteils oder der gegen ihn erteilten Vollstreckungsklausel erst gegen den Erben begonnen wird. Die Beschränkung tritt den Nachlaßgläubigern sowohl dann entgegen, wenn sie die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß als auch dann, wenn sie dieselbe in das eigene Vermögen des Erben betreiben; sie gilt übrigens entsprechend auch für die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Gegenständen (CPO. §§ 883 ff.). Eine Erweiterung der Vorschriften des BGB., die im Interesse der Nachlaßgläubiger geboten ist, tritt nach § 783 der CPO. ein, indem hier dem Erben das Recht beigelegt wird, in Ansehung der

Nachlaßgegenstände die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf die zur Vollziehung des Arrestes zulässigen Maßregeln auch gegenüber seinen eigenen Gläubigern zu verlangen.

Durch diese Regelung sollen die widerstreitenden Interessen des Erben, der Nachlaßgläubiger und der sonstigen Gläubiger des Erben in billiger Weise ausgeglichen werden (D. S. 726). Der Erbe kann sich nicht über die Zulässigkeit solcher Maßregeln beschweren, die nur darauf abzielen, den von ihnen ergriffenen Gegenstand für die dereinstige Befriedigung des Gläubigers festzulegen. Ebensowenig verstoßen solche Maßregeln gegen das Interesse der anderen Gläubiger. Da die Versteigerung der gepfändeten Sachen, die Überweisung der gepfändeten Forderungen usw. ausgeschlossen bleibt, erleidet der Bestand des Nachlasses oder des eigenen Vermögens des Erben durch sie keine Veränderung. Wird später die Nachlaßverwaltung angeordnet, so nimmt die von Nachlaßgläubigern in den Nachlaß betriebene Zwangsvollstreckung, sofern nicht der Verwalter für die Befriedigung sorgt, ihren Fortgang (Erl. 4 zu § 1984); soweit eigene Gläubiger des Erben die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß betrieben haben, werden nach CPO. § 784 Abs. 2 auf Antrag des Nachlaßverwalters die erfolgten Maßregeln aufgehoben. Kommt es zum Nachlaßkonkurse, so werden die nach dem Erbfalle zugunsten eines Nachlaßgläubigers oder eines persönlichen Gläubigers des Erben gegen den Nachlaß erfolgten Vollstreckungsmaßregeln unwirksam, da sie nach KO. § 221 ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht begründen. Hinsichtlich seines eigenen Vermögens aber wird der Erbe dadurch geschützt, daß er nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses seinerseits die Aufhebung der zugunsten eines Nachlaßgläubigers in sein Vermögen erfolgten Vollstreckungsmaßregeln verlangen kann (CPO. § 784 Abs. 1).

Für den Fall des Nachlaßkonkurses enthält die CPO. (§ 782 Satz 2) noch eine zeitliche Erweiterung des Schutzes, der dem Erben und den übrigen Gläubigern gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger gewährt wird. Denn nach der angezogenen Vorschrift ist, sofern vor dem Ablaufe der nach § 2014 oder 2015 maßgebenden Frist die Konkurseröffnung beantragt wird, auf Antrag die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auch nach dem Ablaufe der Frist noch aufrecht zu erhalten, bis über die Eröffnung des Konkursverfahrens rechtskräftig (KO. §§ 109, 116) entschieden ist.

3. Darüber, daß unter Umständen auch eine **Verpflichtung** des Erben besteht, von den aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 Gebrauch zu machen, vgl. Erl. 2b zu § 1978.

4. Die aufschiebenden Einreden stehen auch dem Nachlaßpfleger, dem Nachlaßverwalter und dem Testamentsvollstrecker zu. Im Falle der Bestellung eines Nachlaßpflegers beginnen die Fristen für die Geltendmachung der Einreden gegenüber dem Nachlaßpfleger und gegenüber dem Erben mit der Bestellung des Pflegers. Das Nähere s. zu § 2017. Ist eine Ehefrau die Erbin und gehört die Erbschaft zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgute, so kann auch der Ehemann und zwar ohne Zustimmung der Frau die aufschiebenden Einreden geltend machen (vgl. Erl. 1 zu § 1406, Erl. 2 zu § 2008).

5. **Wegfall der Einreden.** Da sie dem Erben Zeit zur Vorbereitung seines Entschlusses darüber verschaffen sollen, ob und wie er von seinem Rechte auf Beschränkung der Haftung Gebrauch machen will, so müssen sie dem Erben versagt sein, wenn er bereits das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren hat (§ 2016 Abs. 1). Aber auch bei beschränkter Haftung des Erben können die Einreden nicht solchen Nachlaßgläubigern entgegengesetzt werden, welche ein dingliches oder sonstiges Recht auf Befriedigung aus bestimmten Nachlaßgegenständen haben, soweit sie ihre Befriedigung aus dem ihnen haftenden Gegenstande suchen und daher gemäß § 1971 auch von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen werden (§ 2016 Abs. 2). Nur wenn das betreffende Pfand- oder Vorzugsrecht erst nach dem Erbfall im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder der einstweiligen Verfügung erlangt ist, greifen auch ihm gegenüber die aufschiebenden Einreden Platz, und zwar mit Rücksicht darauf, daß im Nachlaßkonkurs auf Grund eines dergestalt erworbenen Rechtes abgesonderte Befriedigung nicht verlangt werden kann (KO. § 221) und es daher dem Gläubiger nicht gestattet sein darf, sich durch die Durchführung der Zwangsvollstreckung eine ihm im Verhältnisse zu den übrigen Gläubigern nicht gebührende Befriedigung zu verschaffen.

6. Über die **rechtliche Natur** der aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 herrscht Streit. Im Anschluß an die in den P. II Bd. 5 S. 744, 790 verzeichnete und von der D. S. 726 übernommene Auffassung der Mehrheit der zweiten Kommission setzte sich in Literatur (vgl. auch die früheren Auflagen dieses Werkes und auch noch Bd. II der 3. Aufl. Erl. 7e zu § 284, ferner

Strohal II § 74) und Praxis (Rspr. 2 S. 388, 3 S. 131, 434) zunächst die Meinung fest, daß dem Erben unter den in §§ 2014, 2015 bestimmten Voraussetzungen ein materielles Leistungsverweigerungsrecht erwachse, dessen Vorhandensein den Eintritt des Verzugs und daher auch den der Verzugsfolgen ausschließe. Hiergegen hat zuerst Eccius entschiedenen und zugleich eingehend begründeten Widerspruch erhoben. Er bemißt die rechtliche Bedeutung der „aufschiebenden Einreden" lediglich nach den Vorschriften der §§ 305, 782 CPO. und gelangt dabei zu dem, durch sehr beachtenswerte praktische Erwägungen unterstützten Ergebnisse, daß der von den genannten Einreden Gebrauch machende Erbe die Verzugsfolgen tragen müsse. Dieser Meinung von Eccius haben sich in jüngster Zeit Herzfelder und Fuchs mit der Wendung angeschlossen, daß es sich bei den sogenannten aufschiebenden Einreden nicht um materiellrechtliche Einreden, sondern nur um ein prozessuales Widerspruchsrecht handle. Etwas anders Müller, der einerseits die Annahme eines materiellrechtlichen Einrederechtes nicht fallen lassen will, andererseits aber zu Lasten des auf sein Leistungsverweigerungsrecht sich stützenden Erben zwar nicht alle aber doch gewisse Verzugsfolgen eintreten läßt. Ausführlich, aber ohne neue Gesichtspunkte ist die bisher herrschende Lehre (für sie auch Kohler, Lehrbuch II S. 87 Anm. 1) dann wieder von Engländer verteidigt worden.

Mit Rücksicht auf diesen Widerstreit der Meinungen bedürfen die einschlagenden Fragen einer sorgfältigen Überprüfung. Schon im voraus ist jedoch zu bemerken, daß die folgenden Ausführungen durch die Autorität des Herausgebers, der an seiner a. a. O. ausgesprochenen bisherigen Absicht festhält, nicht gedeckt, sondern lediglich vom Bearbeiter des V. Buches vertreten werden.

a) Der E. I (vgl. dessen §§ 2130, 2143) gestand dem Erben in den hier in Frage kommenden Fällen nicht ein materielles Leistungsverweigerungsrecht, sondern nur die Befugnis zum Verlangen auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bzw. auf Aufhebung gewisser Maßregeln der Zwangsvollstreckung zu. Die zur Vorberatung des Titels über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten eingesetzte Subkommission stellte sich auf einen anderen Standpunkt. Sie schuf die damals allerdings noch nicht so genannten „aufschiebenden Einreden" der §§ 2014, 2015 BGB. und brachte im Abs. 3 des von ihr neugefaßten § 2130 von E. I zu unzweideutigem Ausdruck, daß der Erbe in den daselbst bezeichneten Fällen durch Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug kommt (vgl. P. II Bd. 5 S. 744, 784, 785). Die gleichzeitigen prozessualen Vorschläge der Subkommission (vgl. P. II a. a. O. S. 748, 749, 785) suchten diesen Standpunkt festzuhalten, ließen aber doch Zweifel darüber offen (vgl. besonders den zur CPO. beantragten § 276a auf S. 748 und die Auseinandersetzung auf S. 785), ob und in welchem Maße die Geltendmachung der genannten Einreden auf den Inhalt des gegen den Erben ergehenden Urteils von Einfluß sein sollte. Aus den auf dieser Grundlage geführten Beratungen der Hauptkommission (P. II a. a. O. S. 785—791, Bd. 6 S. 661) gingen schließlich die §§ 2014, 2015 BGB. und §§ 305, 782 CPO. hervor. Bemerkenswert ist zunächst, daß in jenen Paragraphen eine gesetzliche Entscheidung der Frage des Leistungsverzugs vermieden wurde, obschon die Mehrheit der Hauptkommission der Redaktionskommission anheimgestellt hatte, zu prüfen, ob der Satz, daß der Erbe in den fraglichen Fällen die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern berechtigt ist, nicht vielleicht „in der Weise zu fassen sei, daß der Erbe unter den bezeichneten Voraussetzungen durch die Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug kommt" (P. II Bd. 5 S. 790). Diese Anregung blieb jedoch ohne Folge. Nach der Auffassung des Herausgebers jedoch nur deshalb, weil man die Ausschließung des Verzugs als eine selbstverständliche Folge aus dem Wesen einer aufschiebenden Einrede und den Grundsätzen über den Verzug ansah.

Es darf ferner nicht unerwähnt bleiben, daß bei der Beratung in der Hauptkommission zu wiederholten Malen Auffassungen zutage traten, die sich zu dem bezeichneten Standpunkte der Subkommission in Gegensatz stellten: vgl. besonders den allerdings abgelehnten Antrag 6 auf S. 786, der aber in dem angenommenen Antrag Ib auf S. 791 doch wiederklingt, sodann die auf den Verzug sich beziehende Bemerkung auf S. 790/791 und den Antrag 10 auf S. 787, mit Bezug auf den vorbehalten wurde, „nach der Beendigung der zivilprozessualen Bestimmungen auf die Frage der rechtlichen Natur der Einreden zurückzukommen" (S. 787). Von diesem Vorbehalte wurde jedoch kein Gebrauch gemacht. Denn, nachdem die dem jetzigen § 305 CPO. entsprechende prozessuale Bestimmung (vgl. § 293e in P. II Bd. 6 S. 661) beschlossen war, wurde in der Kommission über die rechtliche Natur der aufschiebenden Einreden überhaupt nicht mehr verhandelt.

b) Obschon durch den Inhalt der §§ 2014, 2015 die Annahme nahegelegt ist, daß die Vorschützung der aufschiebenden Einreden den Verzug des Erben ausschließe, so scheinen der Durchführung dieser Auffassung doch durch die Vorschriften der §§ 305, 782 CPO. große (vom Herausgeber jedoch nicht für unüberwindlich gehaltene) Schwierigkeiten bereitet zu werden. Um sich dieser bewußt zu werden, braucht man sich nur die Frage vorzulegen, wie man sich die unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben, welche nach CPO. § 305 Abs. 1 durch die Geltendmachung der dem Erben nach den §§ 2014, 2015 BGB. zustehenden Einreden nicht ausgeschlossen ist, zu denken hat. Handelt es sich dabei nur um eine Verurteilung zu künftiger Leistung (nach Ablauf der drei Monate des § 2014, bzw. nach Beendigung des Aufgebotsverfahrens) oder um eine solche zu gegenwärtiger Leistung? Würden lediglich die §§ 2014, 2015 BGB. maßgebend sein, so müßte man sich für das erstere entscheiden (so in der Tat Langheineken S. 356). Damit würde zugleich ausgesprochen sein, daß dem Kläger in Ansehung der Zeit, während welcher er die eingeklagte Leistung als gegenwärtige nicht fordern kann, Prozeßzinsen nicht zuerkannt werden dürfen (§ 291). Sollte aber der Kläger, sich darauf stützend, daß der Erbe nach allgemeinen Grundsätzen in Leistungsverzug gekommen sei, bereits auf Leistung desjenigen geklagt haben, was der Schuldner nach Maßgabe der §§ 286 bis 290 BGB. zu leisten hat, so würde er hinsichtlich seines darauf gerichteten Begehrens abzuweisen sein (so noch Strohal II § 74 S. 229; s. auch Weismann, Civilproz. § 144 Anm. 5; Binder II S. 110 Anm. 13). Dieser Behandlung stellen sich jedoch folgende Bedenken entgegen:

α) Nach § 202 Abs. 2 wird die Verjährung eines gegen den Nachlaß sich richtenden Anspruchs dadurch nicht gehemmt, daß dem Erben die in den §§ 2014, 2015 bestimmten aufschiebenden Einreden zustehen. Diese Vorschrift beruht laut der P. II Bd. 6 S. 383 auf der Erwägung, daß die Geltendmachung der genannten Einreden nur die Einschränkung der Zwangsvollstreckung zur Folge hat, während die Klagerhebung nicht gehindert wird. Hierdurch scheint anerkannt zu sein, daß der Nachlaßgläubiger ungeachtet der dem Erben zustehenden aufschiebenden Einreden die Klage so erheben kann, wie er sie abgesehen von diesen Einreden erheben könnte, also auf gegenwärtige Leistung.

β) Die aufschiebenden Einreden sollen den Erben nicht nur schützen, wenn er wegen einer Nachlaßverbindlichkeit verklagt wird, sondern in gleicher Weise auch dann, wenn auf Grund eines von einem Gläubiger bereits gegen den Erblasser erlangten Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung gegen den Erben begonnen oder fortgesetzt werden soll (vgl. P. VI Bd. 5 S. 788, 789). In diesen Fällen ist es aber mit Rücksicht auf § 782 CPO. ganz zweifellos, daß der Erbe auf Grund der aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 nur verlangen kann, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Die Möglichkeit, daß der Erbe hinsichtlich der in den §§ 2014, 2015 bestimmten Fristen von den dem Gläubiger in dem gegen den Erblasser ergangenen Urteil bereits zugesprochenen Verzugs- oder Prozeßzinsen hinterher wieder entlastet werde, ist also ausgeschlossen.

Die grundsätzliche Bedeutung der Vorschrift des § 782 CPO. tritt aber auch bei folgender, leicht möglichen Gestaltung deutlich hervor. Macht ein Nachlaßgläubiger nach Ablauf der Dreimonatsfrist des § 2014, aber noch bevor der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger gestellt hat, auf Grund des Leistungsverzugs des Erben Ansprüche geltend, so kommt dem Erben die Einrede des § 2014 nicht mehr und die des § 2015 noch nicht zustatten. Im vorausgesetzten Falle ist also die Verurteilung des Erben nach Maßgabe des klägerischen Antrags jedenfalls zulässig, bleibt aber dem Erben, dafern im Urteil der Vorbehalt der beschränkten Haftung enthalten ist, die nachträgliche Geltendmachung der aufschiebenden Einrede des § 2015 noch möglich. Was kann der Erbe nun, wenn sich hinterher die Voraussetzungen für die Geltendmachung der genannten Einrede verwirklichen, gegenüber dem Gläubiger, nachdem dieser mit der Führung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß bereits begonnen hat, verlangen? Nach § 782 CPO. nichts weiter, als daß die Zwangsvollstreckung des Gläubigers die mehrerwähnte Beschränkung erfährt. Davon, daß die zum Nachteil des Erben eingetretenen Verzugsfolgen nunmehr nach rückwärts hin als nicht eingetreten anzusehen seien, ist keine Rede, es muß also bei denselben bewenden.

Dies führt zu einem allgemeinen Schluß auf den Charakter der Vorschriften der §§ 305, 782 CPO. Sie sind offenbar so gedacht, daß die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 BGB. auf die Entscheidung der Frage, wozu der Erbe auf die vom Nachlaßgläubiger erhobene Klage

hin zu verurteilen ist, überhaupt keinen Einfluß haben sollen (vgl. auch Eccius a. a. O. Bd. 43 S. 607 und Hellwig a. a. O.), so daß der Erbe auf Grund derselben in Übereinstimmung mit dem E. I nur die im § 782 CPO. bestimmte Einschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen kann.

Nach der Ansicht des Herausgebers ist dieser Schluß nicht gerechtfertigt. Wird in dem hervorgehobenen Falle nach dem Urteil das Aufgebotsverfahren eröffnet, so entsteht damit eine neue aufschiebende Einrede. Diese kann auch noch in dem Zwangsvollstreckungsverfahren geltend gemacht werden und hat nach der Meinung des Herausgebers zur Folge, daß mit ihrer Entstehung die eingetretenen Wirkungen des Verzugs für die Zukunft aufhören.

γ) Das vom Bearbeiter bisher gewonnene Ergebnis scheint noch durch folgende Erwägung bestätigt zu werden. Zur Zeit, in welcher gegen den Erben das Urteil auf Leistung ergeht, wird oft noch unsicher sein, wie sich die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten bereits gestaltet hat (etwa infolge eines vom Erben vor dem Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger bereits eingereichten Inventars, das sich später als ein ungetreues herausstellt) oder gestalten wird. Und doch ist gerade dieser Punkt für die Zulässigkeit der aufschiebenden Einreden von entscheidender Bedeutung. Mit Rücksicht hierauf ergeht die Verurteilung des auf die aufschiebenden Einreden sich berufenden Erben unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung. Dadurch ist es dem des Rechtes der Haftungsbeschränkung noch teilhaftigen Erben ermöglicht, im Vollstreckungsstadium das im § 782 CPO. bezeichnete Verlangen zu stellen, während dies demjenigen Erben versagt ist, welcher das Recht zur Haftungsbeschränkung eingebüßt hat. Die Ungewißheit darüber, ob das eine oder das andere zutreffen wird, kann aber auf den die Leistungspflicht des Erben betreffenden Inhalt des gegen diesen ergehenden Urteils keinen Einfluß üben. Der Inhalt muß für beide Möglichkeiten gleichmäßig zutreffen und kann daher auch von dem Begründet- oder Nichtbegründetsein einer der aufschiebenden Einreden nicht abhängig sein.

Damit steht man vor einem Gegensatz zwischen der theoretischen Auffassung der Mehrheit der zweiten Kommission und der von derselben Kommission beschlossenen praktischen Behandlung. Wie ist dieser Widerspruch zu lösen? Nach der Auffassung des Herausgebers steht die Sache hier nicht anders als in jedem Falle, in dem eine Partei eine ihr gegen eine Einrede zustehende Replik während des Prozesses nicht kannte. Die Replik ist infolge des ergangenen Urteils verloren.

ε) Selbst in der Mitte der zweiten Kommission war die Meinung nicht unvertreten, daß es an einem inneren Grunde fehle, den Erben im Falle der Vorschützung der aufschiebenden Einreden nicht in Verzug kommen zu lassen. Allein die Mehrheit der Kommission sah die Vermeidung des Verzugs dadurch für gerechtfertigt an, daß es für den Erben eine unbillige Härte wäre, wenn er ungeachtet des ihm zukommenden und von ihm geltend gemachten Einrederechtes den Verzugsfolgen unterworfen sein würde, zumal es auch im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger gelegen sei, daß der Erbe von seinem Einrederechte Gebrauch mache, damit nicht die Gläubiger, deren Forderungen fällig seien, besser gestellt würden als die anderen (P. II Bd. 5 S. 790, 791).

Bei der Würdigung dieses Standpunktes müssen folgende zwei Fragen wohl auseinandergehalten werden:

α) Würde es mit der Billigkeit und mit den allgemeinen Grundsätzen vereinbar sein, wenn den Erben wegen des, ungeachtet der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden, anzunehmenden Leistungsverzugs hinsichtlich der Verzugsfolgen eine unbeschränkte persönliche Haftung träfe?

β) Entspricht es der Billigkeit, daß im Falle der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden der Eintritt des Verzugs und der Verzugsfolgen vom Nachlaß abgewendet wird?

Zu α. Die bezeichnete Frage ist gewiß zu verneinen. Denn es würde ein innerer Widerspruch sein, wenn dem Erben einerseits die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden unter Umständen sogar zur Pflicht gemacht wird (vgl. oben Erl. 3), und wenn ihm andererseits aus dieser Pflichterfüllung eine unbeschränkte persönliche Haftung erwachsen würde. Dem Gesetze liegt letzteres aber auch durchaus fern, da im Falle der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden nach CPO. § 305 Abs. 1 ja doch nur eine unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben in Frage kommt.

Zu β. War bereits der Erblasser in Leistungsverzug geraten, so dauert dieser, solange nicht ein ihn beendigender Umstand eintritt, auch nach des Erblassers Tode ohne Rücksicht auf die dem Erben nach Maßgabe der §§ 2014, 2015 zustehenden aufschiebenden Einreden

(vgl. auch § 287 Satz 2) fort (nach der Auffassung des Herausgebers hört mit der Entstehung der aufschiebenden Einrede der früher eingetretene Verzug auf). Die obige Frage geht daher von der Voraussetzung aus, daß sich der normale Tatbestand des Leistungsverzugs erst nach dem Erbfall verwirklicht. Bei Geldschulden knüpft sich an den Verzug des Schuldners vor allem die Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen (§ 288 Abs. 1). Nach der Ansicht, welche den Eintritt des Leistungsverzugs im vorausgesetzten Falle für ausgeschlossen hält, würden dem Gläubiger diese Zinsen (und nach Maßgabe der oben unter a hervorgehobenen Konsequenz auch die Prozeßzinsen) für die unter Umständen recht erhebliche Zeit (vgl. Erl. 2 zu § 2015) bis zum Ablauf der Fristen der §§ 2014, 2015 vollständig entgehen, während dem später als zur Befriedigung aller Nachlaßverbindlichkeiten zureichend sich herausstellenden Nachlaß bzw. dem Erben hierdurch möglicherweise sogar eine Bereicherung erwüchse. Es wird Eccius zuzugeben sein, daß dieses Ergebnis der Billigkeit nicht entspricht. Noch schlimmer ist, daß dem auf pünktliche Erfüllung seiner Forderung rechnenden Nachlaßgläubiger, dafern ihm auf Grund der Einreden der §§ 2014, 2015 die Leistung verweigert wird, nach jener Ansicht selbst der Anspruch auf die bedungene Strafleistung sowie der auf Schadensersatz versagt sein soll. Als die allerbedenklichste Konsequenz der bezeichneten Meinung (deren Durchführbarkeit übrigens auch durch die auf den Annahmeverzug sich beziehende Vorschrift des § 298 i. V. m. § 452 in Frage gestellt ist) darf aber wohl die bezeichnet werden, daß ihr zufolge dem Nachlaßgläubiger, welcher mit dem Erblasser einen gegenseitigen Vertrag geschlossen hatte, im vorausgesetzten Falle auch die Ausübung der im § 326 bestimmten Rechte, also sogar des Rücktrittsrechtes abgeschnitten sein müßte (anders verhält es sich mit dem Rücktrittsrecht allerdings im Falle eines Fixgeschäftes, da — was Eccius a. a. O. S. 902 nicht beachtet — der in dieser Beziehung maßgebende § 361 für die Ausübung des genannten Rechtes Leistungsverzug des Gegners nicht verlangt).

Die Summe des Gesagten ist also, daß der hier in Frage kommende Ausschluß des Leistungsverzugs des Erben bei später als zureichend sich herausstellendem Nachlasse jedenfalls zu einer empfindlichen Schädigung der betroffenen Nachlaßgläubiger führen muß, während dem vorwurfsfrei vorgehenden Erben bei der umgekehrten Entscheidung nicht mehr drohen kann, als daß er mit dem Nachlaß für die eingetretenen Verzugsfolgen haften muß.

Nach der Auffassung des Herausgebers liegt in dem Ausschlusse des Verzugs keine so große Unbilligkeit gegen die Nachlaßgläubiger und keine so ungerechte Bevorzugung des Erben wie oben angenommen ist. Jedenfalls können nach seiner Auffassung die aus jener Unbilligkeit sich ergebenden Bedenken nur de lege condenda, nicht aber den vom Gesetze gegebenen Vorschriften gegenüber in Betracht kommen.

d) Ein in sich geschlossenes Ergebnis ist durch die bisherigen Ausführungen freilich noch nicht erzielt. Denn aus den für den Leistungsverzug maßgebenden Bestimmungen ergeben sich neue Bedenken. Nach § 285 kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Scheint hieraus nicht geschlossen werden zu müssen, daß der die aufschiebenden Einreden vorschützende Erbe deshalb nicht in Verzug kommen könne, weil in der Geltendmachung eines dem Erben zur Wahrung des Interesses der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger und auch in dessen eigenem Interesse (nämlich zur Wahrung des Rechtes auf die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß) von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfes nicht ein vom Erben zu vertretender Umstand erblickt werden könne? So naheliegend dieser Schluß aber auch ist, so hat er doch keine zwingende Kraft. Denn dem BGB. ist der Gedanke nicht fremd, daß jemand unter Umständen auch wegen der durch Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes einem andern verursachten Nachteile verantwortlich werden kann. Hierher gehört vor allem der Fall des § 826 i. V. m. § 226. Es wird sich nicht bezweifeln lassen, daß auch die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden lediglich zur Schikane erfolgen kann (vgl. Strohal II § 74; Sohm, Gegenstand S. 85 Anm. 69), wennschon die schikanöse Absicht des Erben nur in seltenen Fällen nachweisbar sein wird. Man denke aber z. B. daran, daß jemand Erbe eines Erblassers geworden ist, dessen Vermögen durch Jahre hindurch bis zum Erbfall unter vormundschaftlicher oder pflegschaftlicher Verwaltung gestanden hatte, oder daß der bisherige Inhaber der elterlichen Gewalt das Kind, dessen Vermögen er verwaltet hatte, beerbt, oder daß der Erblasser ein Kaufmann war, aus dessen wohlgeführten Büchern der Stand des hinterlassenen Vermögens zu entnehmen ist, und daß der Erbe in allen diesen Fällen die Einleitung des völlig zwecklosen Aufgebotsverfahrens lediglich deshalb beantragt, um den Nachlaßgläubigern die aufschiebende Einrede des

§ 2015 entgegenstellen zu können. Noch wichtiger ist die Bestimmung des § 904. Es handelt sich hier um eine eigenartige Interessenkollision (vgl. dazu R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, 1895), bei deren Vorhandensein ein von einer gegenwärtigen Gefahr Bedrohter einerseits zum Eingriff in ein fremdes Recht (Eigentum) für berechtigt, andererseits aber wieder wegen der Verletzung des fremden Rechtes für schadensersatzpflichtig erklärt wird. Mit einer ähnlichen Interessenkollision (vgl. übrigens auch die Bestimmungen der §§ 258, 867, 1005, 962) hat man es bei den aufschiebenden Einreden des Erben zu tun. Auf der hiermit gewonnenen Grundlage dürfte die rechtliche Natur dieser Einreden also zu bestimmen sein:

α) Die aufschiebenden Einreden sind dem Erben wesentlich deswegen zur Verfügung gestellt, damit durch deren Ausübung eine Befriedigung der hinter den sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten zurückgesetzten Ansprüche aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen auf Kosten der übrigen Nachlaßgläubiger vermieden und zugleich unter diesen für den Fall der späteren Eröffnung des Nachlaßkonkurses die par condicio gewahrt werde. Dieser Zweck erheischt den Ausschluß der Verzugsfolgen nicht. Denn im Nachlaßkonkurse können diejenigen Nachlaßgläubiger, welchen gegenüber sich der Erbe durch die aufschiebenden Einreden entsprechend geschützt hat, Ansprüche auf Grund des Verzugs doch nur in der konkursmäßigen Rangordnung (§ 224 KO.) geltend machen. Soweit dem Erben aber durch die aufschiebenden Einreden die Wahrung des Rechtes auf Beschränkung der Haftung ermöglicht werden soll, wird der eben bezeichnete Zweck vollständig auch dann erreicht, wenn die Vorschützung dieser Einreden den Eintritt des Leistungsverzugs zu Lasten des Nachlasses nicht ausschließt (vgl. oben Nr. 1).

β) Aus Gründen der Praktikabilität mußten die Voraussetzungen für die Zulassung der aufschiebenden Einreden so bestimmt werden, daß diese vom Erben auch in Fällen geltend gemacht werden können, in denen sich der Nachlaß späterhin als völlig zureichend erweist. Hier liegt in der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden eine zweifellose Verletzung des Rechtes desjenigen Gläubigers, welchem die rechtzeitige Befriedigung vorenthalten wird. Die Rechtsordnung läßt jedoch, soweit nicht § 226 eingreift, diese Rechtsverletzung mit Rücksicht auf die dem Falle des § 904 verwandte Interessenkollision zunächst zu. Das Interesse des einzelnen Nachlaßgläubigers muß vorläufig hinter dem möglicherweise gefährdeten Interesse der übrigen Nachlaßgläubiger zurückstehen, jedoch unter Haftung des Nachlasses für die eingetretenen Verzugsfolgen. Den aufschiebenden Einreden wird somit der zivilrechtliche Charakter nicht völlig abgesprochen werden dürfen. Aus ihnen erwächst dem Erben nicht bloß ein prozessuales Widerspruchsrecht, sondern ein nicht hinwegzuleugnendes einstweiliges Leistungsverweigerungsrecht, jedoch nur mit der vorhin bezeichneten Maßgabe.

γ) Daß der Eintritt des Verzugs durch die Vorschützung der aufschiebenden Einreden nicht ausgeschlossen wird, steht mit den Vorschriften über den Leistungsverzug nicht in Widerspruch. Denn zu den vom Schuldner zu vertretenden Umständen (§ 285) gehört nicht nur das schuldbare Verhalten des Schuldners selbst (§ 276) und der im § 278 bezeichneten Personen, sondern in dem im § 279 bestimmten Umfang auch das Unvermögen zur Leistung. Obschon sich diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach nur auf Gattungsschulden bezieht, so nimmt die überwiegende Meinung doch mit Recht an (vgl. Bd. II d. Werkes Erl. 2 zu § 279), daß der dem § 279 zugrunde liegende Gedanke auch für Speziesschulden dann durchgreift, wenn deren Nichterfüllung im letzten Grunde auf dem Mangel an Geldmitteln beruht. Schließt aber selbst wirkliches Unvermögen zur Leistung im Sinne des § 279 den Eintritt des Verzugs nicht aus, so wird ein solcher Ausschluß grundsätzlich um so weniger angenommen werden dürfen, wenn einem Nachlaßgläubiger die ihm gebührende Leistung nur mit Rücksicht auf die Möglichkeit verweigert wird, daß der Nachlaß überschuldet sein könnte. Eine eigenartige Bedeutung hat die Überschuldung des Nachlasses jedoch hinsichtlich der erst infolge des Erbfalls zur Entstehung gelangenden Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten (die das ursprüngliche Vorhandensein eines reinen Nachlasses sogar zur positiven Voraussetzung haben), aus Vermächtnissen und Auflagen (vgl. auch § 1992). Es bedarf in dieser Beziehung einer besonderen, mit der Lehre von den aufschiebenden Einreden nicht in Zusammenhang stehenden Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen der Erbe in Leistungsverzug gerät und wegen Verzugsfolgen verurteilt werden kann (vgl. darüber Erl. zu §§ 2176, 2317).

δ) Sowohl durch zweckwidrige Veranlassung des kostspieligen Aufgebotsverfahrens (vgl. § 1980 a. E.) als auch durch zweckwidrige Vorschützung der aufschiebenden Einreden kann unter

§. 2014. Der Erbe ist berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablaufe der ersten drei Monate nach der Annahme der Erbschaft, jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus, zu verweigern.

Umständen eine Schädigung der Nachlaßgläubiger herbeigeführt werden, indem diese infolge der Belastung des Nachlasses mit Kosten und Verzugsverpflichtungen aus dem Nachlaß weniger erhalten, als sie sonst bei zweckentsprechendem Vorgehen des Erben erhalten haben würden. Wegen solcher Schädigung haftet der Erbe den Nachlaßgläubigern möglicherweise nach § 1978 Abs. 1 Satz 1; vgl. aber auch oben Nr. 3.

c) Dadurch, daß einer gegen den Nachlaß sich richtenden Forderung die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 entgegenstehen, wird die Aufrechnung dieser Forderung (dafern die Voraussetzungen der Aufrechnung nur sonst gegeben sind) gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung nicht ausgeschlossen (vgl. auch Herzfelder S. 242, 243). Denn die bloße Möglichkeit der Überschuldung des Nachlasses kann offenbar nicht stärker wirken als die Eröffnung des Nachlaßkonkurses selbst. Im Falle des Nachlaßkonkurses ist aber dem Nachlaßgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung grundsätzlich gegeben. Vgl. übrigens auch Erl. 7 zu § 1973, Erl. 3 zu § 1991 und Erl. 5 zu § 1992. Rechnet ein Nachlaßgläubiger dagegen gegen eine Eigenforderung des Erben auf, so ist dieser ohnedies durch § 1977 Abs. 1 geschützt (vgl. auch Erl. 3 zu § 1991).

Zur Wahrung des abweichenden Standpunktes des Herausgebers wird noch bemerkt: Nach dessen Auffassung ist die Nichtausschließung des Verzugs in dem hier fraglichen Falle mit den vom BGB. aufgestellten Grundsätzen über den Verzug unvereinbar. Es kommt nicht nur der § 285, sondern auch der § 284 in Betracht. Nach diesem kann ein Verzug nur bei einer fälligen Forderung eintreten. Fällig ist aber eine Forderung nicht, solange ihr eine aufschiebende Einrede entgegensteht (s. Bd. II Erl. 3 und 7 *e* zu § 284). Die §§ 2014, 2015 geben nun dem Erben für die dort bestimmte Zeit eine aufschiebende Einrede gegen die Forderungen der Nachlaßgläubiger. Solange dem Erben diese Einrede zusteht (über den Standpunkt des Bearbeiters zu dieser Frage vgl. oben b *a*), kann er daher nicht in Verzug kommen. Es wird nicht verkannt, daß erhebliche Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit einer solchen Gestaltung des Verhältnisses sprechen; aber das BGB. hat diese Bedenken nicht für durchschlagend gehalten gegenüber den großen Vorteilen, welche die Durchführung des einfachen Prinzips bietet, nach welchem dem Erben sowohl in seinem Interesse als auch im Interesse der Gläubiger kraft eigenen Rechtes die fragliche aufschiebende Einrede zusteht. Nur die aus CPO. §§ 305, 782 sich ergebenden Modifikationen hat das Gesetz für nötig erachtet. Indem es trotz derselben in den §§ 2014, 2015 BGB. den technischen Ausdruck „aufschiebende Einreden" beibehält, gibt es deutlich zu erkennen, daß es im übrigen bei den Konsequenzen, die sich aus dem Wesen der aufschiebenden Einreden ergeben, verbleiben soll. Hätte das Gesetz dies nicht gewollt, so hätte es dies ausdrücklich aussprechen und entsprechend dem Satze 2 des § 904 den §§ 2014, 2015 einen Zusatz dahin geben müssen, daß der Verzug des Erben durch die fragliche Einrede nicht ausgeschlossen werde. Der, nach der Ansicht des Herausgebers klaren Fassung des Gesetzes gegenüber können Zweckmäßigkeitsgründe, die für eine andere Gestaltung des Gesetzes sprechen, nicht in Betracht kommen.

§ 2014.

E. I § 2057 Abs. 1, § 2143 Abs. 1, 2; II § 1888 rev. § 1991; III § 1989. P. I S. 10869 ff., 10946 ff., 11050 ff., 11112 ff., 11401 ff., 12271 f., 12278 ff.; M. V S. 539 ff., 652, 672 f. P. II Bd. 5 S. 660 ff., 784 ff., 805,

1. Der Grundgedanke der §§ 2014 ff. und seine Durchführung in den Vorschriften der Prozeßgesetze ist in der Vorbm. zu diesem Unterabschnitte dargelegt. Hier sind zunächst einige Einzelpunkte zu erledigen, die auf die aufschiebenden Einreden beider Paragraphen Bezug haben.

a) Ausnahmefälle. Nach dem Wortlaut und der nächsten Absicht der §§ 2014, 2015 werden von den aufschiebenden Einreden alle Nachlaßverbindlichkeiten betroffen, soweit nicht nach § 2016 Abs. 2 eine Ausnahme eintritt. Gleichwohl muß für einzelne Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Inhalte des Anspruchs und dem Zwecke der betreffenden Vorschrift das Gegenteil angenommen werden. So verhält es sich vor allem mit den Verpflichtungen, die dem Erben nach § 673 und § 727 Abs. 2 obliegen, sofern man in diesen Verpflichtungen überhaupt Nachlaßverbindlichkeiten zu erblicken hat (vgl. die Erl. 7 zu § 1967).

Verwandte Gesichtspunkte drängen sich bezüglich des nach § 1969 den Familienangehörigen des Erblassers zustehenden Anspruchs auf Unterhalt und Duldung im Haushalte auf. Da er nur in Ansehung der ersten dreißig Tage nach dem Erbfall besteht, so würde, wenn ihm die aufschiebenden Einreden entgegengestellt werden könnten, seine Verwirklichung in der vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzten Art ausgeschlossen sein. Hat der Erbe freilich guten Grund zur Annahme, daß der Nachlaß überschuldet sei, so wird er die Befriedigung des bezeichneten Anspruchs trotzdem zu verweigern haben und der zwangsweisen Durchsetzung des Anspruchs durch rechtzeitige Stellung des Antrags auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder doch nach Maßgabe des § 1990 oder des § 1992 entgegentreten können. Hinsichtlich des im § 1963 bestimmten Anspruchs vgl. Erl. 2 zu § 2017.

b) **Art der Geltendmachung.** Wird der durch die aufschiebenden Einreden geschützte Erbe wegen einer Nachlaßverbindlichkeit verklagt, so wahrt er sich die ihm kraft jener zukommenden Rechtsvorteile schon dadurch, daß er sich die Beschränkung seiner Haftung in dem gegen ihn ergehenden Urteile vorbehalten läßt. Selbst ohne besonderen Antrag des Erben ist dieser Vorbehalt in das Urteil jedoch dann aufzunehmen, wenn sich der Erbe dem klagenden Gläubiger gegenüber im Stadium des Prozesses auch nur auf die aufschiebenden Einreden beruft (vgl. CPO. § 305 Abs. 1). In den in CPO. § 780 Abs. 2 bezeichneten Fällen ist übrigens auch zur Wahrung der aufschiebenden Einreden die Aufnahme des Vorbehalts der beschränkten Haftung in das Urteil nicht erforderlich. Schreitet der Gläubiger auf Grund des gegen den Erben erlangten Vollstreckungstitels zur Zwangsvollstreckung, so kann der Erbe auf Grund der aufschiebenden Einreden erforderlichenfalls die in CPO. § 782 bezeichnete Beschränkung der Vollstreckungsmaßregeln auf dem durch CPO. § 785 vorgeschriebenen Wege erwirken.

c) Darüber, daß die aufschiebenden Einreden des Erben eine *Hemmung der Verjährung* der gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüche **nicht zur Folge haben**, vgl. Vorbm. Nr. 6 bα.

d) Soweit bei der *fortgesetzten Gütergemeinschaft* der überlebende Ehegatte nach § 1489 Abs. 2 berechtigt ist, eine Beschränkung seiner persönlichen Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten herbeizuführen, finden wie überhaupt die Vorschriften über die Haftung des Erben so auch die §§ 2014, 2015 entsprechende Anwendung. Mit Rücksicht hierauf wird in der CPO. § 305 Abs. 2, § 786 für den gedachten Fall auch die entsprechende Anwendung der auf die §§ 2014, 2015 bezüglichen prozeßrechtlichen Bestimmungen (s. die Vorbm. Nr. 2) vorgeschrieben. Aus CPO. § 305 Abs. 2 läßt sich übrigens ein weiteres in Vorbm. Nr. 6 noch nicht verwertetes Argument *gegen* die Lehre gewinnen, daß die Vorschützung der aufschiebenden Einreden den Eintritt des Leistungsverzugs ausschließe. Denn denkt man sich im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft z. B. den Mann als den überlebenden Teil, so stehen ihm die aufschiebenden Einreden lediglich hinsichtlich derjenigen Verbindlichkeiten der Frau zu, welche schon bisher Gesamtgutsverbindlichkeiten waren und für welche der überlebende Mann nunmehr auch persönlich haften soll (§ 1489 Abs. 2). Würde nun die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden den Eintritt des Verzugs und somit auch die Haftung des Gesamtgutes für die Verzugsfolgen ausschließen, so müßte dies zu einer offenbaren Benachteiligung der genannten Gläubiger gegenüber allen übrigen Gläubigern, denen das Gesamtgut haftet, führen. Denn zugunsten dieser würden während der in Frage kommenden Zeit die Verzugsfolgen eintreten können, und nur jene würden unter der Nichtauslösung der Folgen des Leistungsverzugs zu leiden haben.

Nach der Auffassung des *Herausgebers* liegt in der hier hervorgehobenen Konsequenz keine erhebliche Unbilligkeit und genügt sie keinesfalls, um die für die Ausschließung des Verzugs sprechenden Gründe zu entkräften.

2. Für die **Berechnung** der im § 2014 bestimmten **Frist** sind die Vorschriften des § 187 Abs. 1 und des § 188 Abs. 2, 3 maßgebend. Ist streitig, ob die Frist noch läuft, so trifft den Nachlaßgläubiger die *Beweispflicht* für den von ihm behaupteten Zeitpunkt der Erbschaftsannahme (vgl. die Erl. Nr. 7 zu § 1943). Auch den Zeitpunkt der Inventarerrichtung hat eintretenden Falles der Gläubiger zu beweisen. Ein Streit darüber wird übrigens, da die Errichtung des Inventars erst mit dessen Einreichung bei dem Nachlaßgerichte beendet ist, nur selten vorkommen. Für den Erben, welcher die ihm aus § 2014 erwachsende Einrede möglichst lange zur Verfügung haben will, empfiehlt es sich, zwar die Aufnahme des Inventars zu beschleunigen, die Einreichung desselben aber bis zum Ende der Inventarfrist zu verschieben; der Gläubiger muß sich seinerseits durch die Erwirkung einer kurzen Inventarfrist zu helfen suchen.

§. 2015. Hat der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt und ist der Antrag zugelassen, so ist der Erbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern.

Der Beendigung des Aufgebotsverfahrens steht es gleich, wenn der Erbe in dem Aufgebotstermine nicht erschienen ist und nicht binnen zwei Wochen die Bestimmung eines neuen Termins beantragt oder wenn er auch in dem neuen Termine nicht erscheint.

Wird das Ausschlußurtheil erlassen oder der Antrag auf Erlassung des Urtheils zurückgewiesen, so ist das Verfahren nicht vor dem Ablauf einer mit der Verkündung der Entscheidung beginnenden Frist von zwei Wochen und nicht vor der Erledigung einer rechtzeitig eingelegten Beschwerde als beendigt anzusehen.

---

§ 2015.

E. I § 2130 Abs. 1, §§ 2131, 2132; II § 1889 rev. § 1992; III § 1990. P. I S. 11017 ff., 11045 ff., 11212 f.; M. V S. 653 f. P. II Bd. 5 S. 785, 787, 792.

E. Goldmann in DJZ. 1899 S. 334.

1. Über die **zivilrechtliche Bedeutung** und die **prozeßrechtlichen Wirkungen** der im Abs. 1 enthaltenen Vorschrift s. die Vorbm. Nr. 1, 2, 6. Die dort erörterten Vorschriften der CPO. über die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf Grund des Aufgebots entsprechen im wesentlichen dem preuß. Gesetze betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben v. 28. März 1879 (§ 1 Abs. 2, § 11), doch ging dieses Gesetz insofern weiter, als es auf Verlangen des Erben auch die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrag erfolgten Vollstreckungsmaßregeln eintreten ließ, während nach der CPO. nur die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf die zur Vollziehung eines Arrestes zulässigen Maßregeln verlangt werden kann.

2. **Voraussetzung** für die aufschiebende Einrede des § 2015 ist, daß der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt hat und daß der Antrag zugelassen ist. Da der Antrag auf Erlassung des Aufgebots an sich an eine bestimmte Frist nicht gebunden ist (vgl. BGB. §§ 1970 ff., CPO. §§ 989 ff.), so ergibt sich im Hinblick auf die Möglichkeit von Verschleppungen die Notwendigkeit, die im § 2015 bestimmte Wirkung des Antrags von dessen Stellung innerhalb einer besonderen Frist abhängig zu machen. Unter Abwägung der Interessen des Erben und der Nachlaßgläubiger ist eine einjährige Frist seit der Annahme der Erbschaft für angemessen erachtet worden. Hiernach und mit Rücksicht darauf, daß die Aufgebotsfrist nach CPO. § 994 Abs. 1 höchstens sechs Monate betragen soll, wird der Zeitraum, während dessen die Nachlaßgläubiger der Beschränkung nach § 2015 unterworfen sind, in der Regel höchstens zwei Jahre seit dem Erbfalle betragen. Wegen der Berechnung der einjährigen Frist und der Beweispflicht für ihre Wahrung vgl. das zu § 2014 (Erl. 2) Bemerkte.

Sind mehrere Erben vorhanden, so wird die Einrede des § 2015 durch den von einem Miterben gestellten Aufgebotsantrag zugunsten aller Miterben begründet, denn nach CPO. § 997 Abs. 1 kommt der von einem Erben gestellte Antrag auch den anderen Erben zustatten. Wegen der Wirkung eines vom Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker gestellten Antrags s. Erl. 5 zu § 2017.

Der Antrag muß, um die Einrede aus § 2015 zu begründen, nicht nur gestellt, sondern auch zugelassen sein, d. h. das Aufgebotsgericht muß nach Prüfung seiner Zuständigkeit, der Berechtigung des Antragstellers und der formellen Erfordernisse des Antrags (CPO. §§ 990—993) die Erlassung des Aufgebots angeordnet haben (CPO. § 947 Abs. 2); ein besonderer Akt der Zulassung des Antrags findet nicht statt. Solange der Antrag nur gestellt, aber noch nicht zugelassen ist, besteht die Einrede an sich nicht; das Gericht (d. h. das für die nach CPO. §§ 767, 785 vom Erben zu erhebende Klage zuständige Prozeßgericht, unter Umständen auch das Vollstreckungsgericht) ist jedoch befugt, gemäß CPO. §§ 769, 785 einstweilige Anordnungen betreffs der Einstellung der Zwangsvollstreckung zu treffen. Zur Wahrung der Frist des § 2015 Abs. 1 genügt es, daß der Antrag vor Ablauf des einen Jahres gestellt ist, die Zulassung des Antrags kann später erfolgen.

§. 2016. Die Vorschriften der §§. 2014, 2015 finden keine Anwendung, wenn der Erbe unbeschränkt haftet.

Das Gleiche gilt, soweit ein Gläubiger nach §. 1971 von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen wird, mit der Maßgabe, daß ein erst nach dem Eintritte des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erlangtes Recht sowie eine erst nach diesem Zeitpunkt im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung außer Betracht bleibt.

---

3. Die Einrede besteht **bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens.** Diese tritt, abgesehen von dem Falle, daß das Verfahren zufolge der Zurücknahme des Antrags oder der späteren Aufdeckung des Mangels einer sonstigen Voraussetzung eingestellt wird, nach der CPO. an sich ein, wenn das Ausschlußurteil erlassen oder der Antrag auf Erlassung des Urteils rechtskräftig zurückgewiesen wird. Da jedoch nach CPO. § 952 Abs. 4 auch im Falle der Erlassung des Ausschlußurteils gegen Beschränkungen und Vorbehalte, die dem Urteile beigefügt sind, die sofortige Beschwerde stattfindet, so ist im § 2015 Abs. 3 (wie in dem preuß. Gesetze § 15) bestimmt, daß sowohl im Falle der Erlassung des Ausschlußurteils als auch im Falle der Zurückweisung des Antrags das Verfahren nicht vor dem Ablauf einer zweiwöchigen Frist seit der Verkündung der Entscheidung als beendigt anzusehen ist. Diese Frist entspricht der Beschwerdefrist, die nach CPO. § 577 Abs. 2 im Falle des § 952 Abs. 4 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt. Ist die Beschwerde rechtzeitig eingelegt, so endigt das Verfahren natürlich erst mit ihrer Erledigung.

Einer besonderen Vorschrift bedarf es für den Fall, daß der Antragsteller das Aufgebotsverfahren nicht betreibt, indem er in dem Aufgebotstermine nicht erscheint. Nach der CPO. § 954 kann der Antragsteller in diesem Falle binnen sechs Monaten die Bestimmung eines neuen Termins beantragen und sogar, was allerdings bestritten ist, bei Versäumung dieses Termins den Antrag wiederholen. Die hieraus entstehende Möglichkeit einer ungebührlichen Verzögerung des Verfahrens zwingt dazu, die Fortdauer der einschneidenden Wirkungen des Verfahrens betreffs der Befriedigung der angemeldeten Nachlaßgläubiger von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen. Deshalb bestimmt § 2015 Abs. 2 — gleichfalls im Anschluß an das preuß. Gesetz (§ 13) —, daß es im Sinne des Abs. 1 der Beendigung des Aufgebotsverfahrens gleichsteht, wenn der Erbe in dem Aufgebotstermine nicht erschienen ist und nicht binnen zwei Wochen die Bestimmung eines neuen Termins beantragt oder wenn er auch in dem neuen Termine nicht erscheint. Bei dieser Vorschrift ist zu beachten, daß zur Zeit ihrer Erlassung davon ausgegangen wurde, daß der Antrag auf Erlassung des Ausschlußurteils in dem Aufgebotstermine gestellt werden müsse (vgl. die bisherigen § 829 Abs. 1, § 831 der CPO., M. V S. 654). Nach dem (vom Reichstage beschlossenen) Abs. 2 des nunmehrigen § 952 der CPO. kann jedoch der Antrag auch vor dem Aufgebotstermine schriftlich gestellt oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden. Da ein solcher Antrag einem in der Sitzung gestellten Antrage „gleichgeachtet wird", so wird durch ihn auch das Erlöschen der Einrede nach § 2015 Abs. 2 ausgeschlossen. Der zweite Halbsatz des Abs. 2 ist also so zu verstehen, wie wenn es hieße: „wenn der Erbe weder im Aufgebotstermin erschienen ist, noch vor dem Termine nach CPO. § 952 Abs. 2 den Antrag auf Erlassung des Ausschlußurteils gestellt hat und auch nicht binnen zwei Wochen nachher die Bestimmung eines neuen Termines beantragt, oder wenn er auch weder in dem neuen Termine erscheint noch vor diesem Termine nach CPO. § 952 Abs. 2 den Antrag auf Erlassung des Ausschlußurteils stellt" (vgl. auch Goldmann). Dagegen kommt § 2015 Abs. 2 zur Anwendung, wenn der Erbe in dem Aufgebotstermine zwar erscheint, aber keinen Antrag stellt (CPO. § 333).

§ 2016.

E. I § 2130 Abs. 1, § 2143 Abs. 3; II § 1890 rev. § 1993; III § 1991. P. I S. 11017 ff., 11115 f., 11212 f.; M. V S. 653, 673. P. II Bd. 5 S. 786 f.

Der Grund und die Bedeutung der im § 2016 enthaltenen Vorschriften ist in der Vorbm. Nr. 5 dargelegt. Hier ist noch hervorzuheben:

a) Die aufschiebenden Einreden fallen nach Abs. 1 sowohl dann weg, wenn der Erbe allen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet, als auch dann, wenn der Verlust des Rechtes auf Beschränkung der Haftung nur gegenüber dem seine Befriedigung

§. 2017. Wird vor der Annahme der Erbschaft zur Verwaltung des Nachlasses ein Nachlaßpfleger bestellt, so beginnen die im §. 2014 und im §. 2015 Abs. 1 bestimmten Fristen mit der Bestellung.

---

fordernden Gläubiger eingetreten ist; dagegen entzieht die unbeschränkte Haftung gegenüber einem einzelnen Gläubiger dem Erben die Einrede nicht im Verhältnisse zu anderen Gläubigern. Wenn man der in Erl. 1 zu § 1970 vertretenen Ansicht folgt, daß der Nachlaßverwalter und der verwaltende Testamentvollstrecker das Aufgebot der Nachlaßgläubiger auch dann beantragen können, wenn der Erbe bereits unbeschränkt haftet, so muß übrigens dem Nachlaßverwalter bzw. dem Testamentsvollstrecker, wenn diese von der bezeichneten Möglichkeit Gebrauch machen und dafern die Voraussetzungen des § 2015 nur sonst vorliegen, die daselbst bestimmte aufschiebende Einrede ungeachtet der unbeschränkten Haftung des Erben zustehen.

b) Die **Vorschrift des Abs. 2** entspricht dem preuß. Gesetze vom 28. März 1879 § 1 Abs. 2, § 11. Daß ein erst **nach dem Erbfall auf dem Zwangsweg** erlangtes Pfand- oder Vorzugsrecht nicht gegen die aufschiebende Einrede sichert, ist zum Schutze des Erben und, wie in der Vorbm. dargelegt, im Interesse der übrigen Nachlaßgläubiger unerläßlich. Nach § 1990 Abs. 2 schützt ein solches Recht den Gläubiger auch nicht gegen die daselbst (in Abs. 1) bestimmte Beschränkung der Haftung des Erben. Hat ein Nachlaßgläubiger eine Vormerkung auf Grund der Bewilligung (§ 885) des Erben erlangt, so bleibt es bei der im Eingange von § 2016 Abs. 2 ausgesprochenen Regel.

c) Nach dem Grundsatze des § 780 Abs. 1 (vgl. aber auch die Ausnahmen des Abs. 2 daselbst) der CPO. kann der Erbe die ihm nach §§ 2014, 2015 zustehenden Einreden nur geltend machen, wenn ihm die Beschränkung der Haftung im Urteile vorbehalten ist. Eines besonderen Vorbehalts der Einreden bedarf es dagegen nicht (vgl. CPO. § 305 und den Antrag 6 P. II Bd. 5 S. 786). S. auch Erl. 1b zu § 2014.

§ 2017.

E. I § 2143 Abs. 2; II § 1891 rev. § 1994; III § 1992. P. I S. 11119, 12278 f.; M. V S. 673. P. II Bd. 5 S. 785, 829 ff.

1. Der § 2017 hat zur Voraussetzung, daß die Geltendmachung der in den §§ 2014, 2015 bestimmten Einreden auch durch den **Nachlaßpfleger** erfolgen kann. Eine buchstäbliche Übertragung der genannten Vorschriften auf den Fall des § 2017 war freilich ausgeschlossen. Denn für den Erben selbst können die genannten Einreden erst in Betracht kommen, nachdem er die Erbschaft angenommen hat. Solange die Annahme noch nicht erfolgt ist, bedarf der Erbe für seine Person der aufschiebenden Einreden überhaupt nicht. Ihn schützt in Ansehung dieser Zeit die Vorschrift des § 1958, zufolge deren Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, vor der Annahme der Erbschaft gegen den Erben überhaupt nicht gerichtlich geltend gemacht werden können. Auf Grund dieser Bestimmung in Verbindung mit § 1978 Abs. 1 Satz 2 ist auch die Antwort auf die Frage zu gewinnen, ob der noch deliberierende Erbe (unter Haftung des Nachlasses für die Folgen) schon dadurch in Leistungsverzug gerät, daß er eine ihm gegenüber außergerichtlich geltend gemachte Forderung eines Nachlaßgläubigers unbefriedigt läßt. Dies wird zu verneinen sein (für die Bejahung ohne entscheidenden Grund Herzfelder S. 242 in der 2. Anm.). Denn da der Erbe außer Verantwortung ist, wenn er sich vor der Annahme der Erbschaft jeder Einflußnahme auf die Verhältnisse des Nachlasses enthält (vgl. Erl. 1 zu § 1978), so kann in dem Unterbleiben der Befriedigung des Nachlaßgläubigers durch den deliberierenden Erben ein von ihm persönlich oder auch nur vom Nachlaß zu vertretender Umstand (§ 285) nicht erblickt werden.

Wesentlich anders verhält es sich, wenn für denjenigen, welcher Erbe wird, nach §§ 1960, 1961 ein Nachlaßpfleger bestellt worden ist. Diesem gegenüber greift die Vorschrift des § 1958 nicht durch (§ 1960 Abs. 3) und können daher gegen den Nachlaß sich richtende Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden, obschon der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat. Allein auch der Nachlaßpfleger bedarf in aller Regel einiger Zeit, um die Verhältnisse des Nachlasses übersehen und die zur Wahrung des Interesses der Nachlaßgläubiger und zum Zwecke der Liquidation des Nachlasses geeigneten Maßregeln ergreifen zu können; nach CPO. § 991 Abs. 2 ist er insbesondere auch in der Lage, seine Entscheidung durch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger vorzubereiten. Mit Rücksicht hierauf gesteht das Gesetz dem Nachlaßpfleger die

aufschiebenden Einreden in der Weise zu, daß die dreimonatige Frist des § 2014 und die einjährige Frist des § 2015 Abs. 1 für ihn schon mit seiner Bestellung beginnen. Aus der Fassung der Vorschrift ergibt sich aber weiter, daß, wenn demnächst der Erbe die Erbschaft annimmt, auch ihm gegenüber die Fristen in gleicher Weise zu berechnen sind; der Erbe muß den Ablauf der Fristen, soweit sie gegen seinen gesetzlichen Vertreter abgelaufen sind, gegen sich gelten lassen.

Bezüglich der Frage, ob die Vorschützung der aufschiebenden Einreden den Leistungsverzug ausschließt, gilt mit Rücksicht darauf, daß der Nachlaß im Nachlaßpfleger bereits ein zum Handeln berufenes Organ hat, das in Vorbm. Nr. 6 Gesagte auch für der Fall des § 2017.

2. Der im § 1963 bestimmte Anspruch wird normalerweise gegen einen Nachlaßpfleger geltend zu machen sein (vgl. Erl. 4b zu § 1963). Für diesen Anspruch gilt jedoch bezüglich der aufschiebenden Einreden ähnliches wie für das in § 1969 bestimmte Recht des Dreißigsten (vgl. Erl. 1a zu § 2014). Auch ihm scheinen daher die aufschiebenden Einreden nicht entgegengestellt werden zu können, weil sein normaler Zweck sonst vereitelt würde. Da übrigens der Mutter des erwarteten Erben der Unterhalt bis zur Entbindung nur aus demjenigen zu leisten ist, was dem bereits geborenen Erben aus dem Nachlaß zukommen würde (vgl. Erl. 4a zu § 1963), so wird der Nachlaßpfleger, sofern er guten Grund hat, den Nachlaß für überschuldet zu halten, den Anspruch als unbegründet zurückweisen müssen.

3. Aus der rechtlichen Natur und dem Zwecke der **Nachlaßverwaltung** folgt, daß der § 2017 auch dann eingreift, wenn einmal die Anordnung der Nachlaßverwaltung schon vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben erfolgen sollte (vgl. Erl. 4a zu § 1981). Die Fristen beginnen in diesem Falle für den Nachlaßverwalter und für den Erben mit der Bestellung des Verwalters. Abgesehen von diesem Falle beginnen die Fristen auch für den Nachlaßverwalter mit der Annahme der Erbschaft und im Falle des § 2017 mit der Bestellung des Nachlaßpflegers. Sind die Einreden durch Fristablauf für den Erben erloschen, so können sie auch vom Nachlaßverwalter nicht mehr geltend gemacht werden. Die entgegengesetzte Ansicht von Wendt (S. 374) ist nicht damit vereinbar, daß der Nachlaßverwalter im vorausgesetzten Falle bei der Geltendmachung der Einreden nur ein Recht des Erben ausübt, und würde im Gegensatze zu der Absicht des § 2017 zu einer Verlängerung der Fristen führen.

4. Wie der Nachlaßpfleger kann auch der **Testamentsvollstrecker**, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, sich auf die §§ 2014, 2015 berufen. Ein solcher Testamentsvollstrecker kann nach § 2213 von den Nachlaßgläubigern verklagt werden und zwar, da § 1958 auf ihn keine Anwendung findet (§ 2213 Abs. 2), auch noch bevor der Erbe die Erbschaft angenommen hat. Demgemäß kann sich der verwaltende Testamentsvollstrecker wie jeder anderen Einrede des Erben so auch der aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 jedenfalls so weit bedienen, als diese dem Erben selbst zukommen, in Ansehung der Zeit vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben aber auf Grund des entsprechend anzuwendenden § 2017. Die im § 2014 und im § 2015 Abs. 1 bestimmten Fristen beginnen für den Testamentsvollstrecker mit der Annahme der Erbschaft durch den Erben und im Falle des § 2017 mit der Bestellung des Nachlaßpflegers. Daß die Fristen, falls der Testamentsvollstrecker sein Amt früher annimmt (§ 2202 Abs. 1) als der Erbe die Erbschaft, von der Annahme des Amtes an zu berechnen wären, kann in Ermangelung einer positiven Vorschrift dieses Inhalts nicht angenommen werden. Es besteht auch für eine solche Regelung nicht das praktische Bedürfnis wie für den Fall der Bestellung eines Nachlaßpflegers, da letztere gerade dann erfolgt, wenn sich die Annahme der Erbschaft verzögert, während die Annahme der Testamentsvollstreckung durch den Vollstrecker in der Regel nicht früher oder nicht viel früher erfolgen wird als die Annahme der Erbschaft durch den Erben.

5. Mit Bezug auf den § 2015 ist hervorzuheben, daß die Befugnis des (nicht unbeschränkt haftenden) Erben bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens die Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu verweigern, auch dann eintritt, wenn der Aufgebotsantrag vom Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker gestellt ist, und daß andererseits der Nachlaßverwalter und der Testamentsvollstrecker sich ebenso auf den vom Erben wie auf den von ihnen selbst gestellten Antrag berufen können.

6. Soweit der Nachlaßverwalter und der Testamentsvollstrecker die Einreden nur aus dem Rechte des Erben ableiten, stehen dieselben auch ihnen nicht zu, wenn der Erbe unbeschränkt haftet. Vgl. aber doch auch Erl. a zu § 2016. Für den Nachlaßpfleger kommt der Fall der unbeschränkten Haftung des Erben praktisch nicht in Betracht. Denn die Nachlaßpflegschaft ist aufzuheben, sobald auch nur feststeht, daß der Erbe die Erbschaft angenommen hat.

Dritter Titel.
Erbschaftsanspruch.

Dritter Titel.

R. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, 1899; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 44 ff.; Binder III S. 356 ff.; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 148 ff.; Strohal II §§ 93 ff. Vgl. auch Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen (1886) S. 254 ff.; Leineweber, Die hereditatis petitio, 1899.

I. Schutz des Erben im allgemeinen.

1. Wenn man von Erbrecht in subjektivem Sinne (vgl. Vorbm. auf S. 4, 6) redet, so kann man dabei zunächst an das **Erbrecht als ius succedendi**, d. i. an die für jemanden auf Grund eines Berufungsgrundes gegebene rechtliche Möglichkeit zur Beerbung eines bestimmten Erblassers denken, dann aber auch an das **Erbrecht als ius successionis**, d. i. an die für den Erben infolge des endgültigen Erbschaftserwerbs sich ergebende Rechtsstellung. In Ansehung des bezeichneten ius succedendi bedarf der Erbe, dem die Vorschriften der §§ 1922, 1942 ohne weiteres zustatten kommen, eines besonderen Schutzes in der Regel nicht. Anders verhält es sich nur, wenn der Wirksamkeit der Berufung desjenigen, welcher Erbe werden will, die angreifbare vorläufige Berufung eines anderen entgegensteht. Dies trifft aber im Falle der Anfechtbarkeit der Verfügung von Todes wegen, auf Grund deren die vorläufige Berufung erfolgt ist (vgl. §§ 2078 ff., §§ 2281 ff.), und desgleichen im Falle der Erbunwürdigkeit des zunächst Berufenen (vgl. §§ 2340 ff.) zu. Der in seinem ius succedendi Beeinträchtigte kann hier den Anfall der Erbschaft an den Erbunwürdigen und dort die anfechtbare Verfügung von Todes wegen anfechten und auf diese Weise den für ihn selbst vorhandenen Berufungsgrund zur Wirksamkeit bringen (Strohal II S. 373).

2. Nach dem **endgültigen Erwerb** der Erbschaft stehen dem Erben als Gesamtnachfolger des Erblassers die schon für diesen zur Zeit des Erbfalls begründet gewesenen und der Vererbung unterliegenden Ansprüche zu und erwachsen für den Erben aus den auf ihn übergegangenen Rechtsverhältnissen neue Ansprüche, wie sie für den Erblasser selbst entstanden sein würden, wenn dieser noch lebte. Besondere Beachtung verdienen hierbei die Vorschriften der §§ 857, 1007. Infolge der im § 857 (im Gegensatz zum röm. R.) bestimmten Vererbung des Besitzes entsteht für den Erben gegenüber jedem Dritten, der sich nach dem Erbfall einer tatsächlich zum Nachlaß gehörenden Sache ohne den Willen des Erben bemächtigt, der besitzrechtliche Anspruch des § 861, sowie die der dreißigjährigen Verjährung unterliegende condictio possessionis (vgl. § 812) und unter Umständen auch ein Anspruch auf Schadensersatz (vgl. § 823 Abs. 2). In Ansehung beweglicher Sachen ferner, deren gutgläubig erworbener Besitz nach § 857 vom Erblasser auf den Erben übergegangen ist, kommt diesem gegenüber jedem nicht durch sein besseres Recht geschützten späteren Erwerber der petitorische Anspruch aus § 1007 (d. h. die deutschrechtliche Fahrnisklage) zu.

Allein dem Erben wird zur Wahrung seines ius successionis auch noch ein besonderer **erbrechtlicher Schutz** zuteil. Hierüber ist zu bemerken:

a) Nach § 2362 Abs. 1 kann der „wirkliche Erbe" von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen.

b) Die zur Zeit des Erbfalls und auch noch einige Zeit nachher obwaltenden Verhältnisse bringen es nicht selten mit sich, daß, noch bevor der Erbe in der Lage gewesen ist, zur Wahrung seines Interesses tätig zu werden, andere Personen bereits in die Verwaltung des Nachlasses eingegriffen oder doch wenigstens auf einzelne zum Nachlaß gehörende Gegenstände eingewirkt haben. Auf daß dem Erben die Beseitigung der hieraus sich ergebenden Unsicherheit tunlichst ermöglicht und erleichtert werde, stellt ihm das Gesetz Ansprüche auf Erteilung einer mehr oder minder umfassenden **Auskunft über erbschaftliche Verhältnisse** gegen folgende Personen zur Verfügung:

α) Gegen den Erbschaftsbesitzer, d. h. gegen denjenigen, welcher auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (§ 2018), sowie gegen den nach § 2030 einem Erbschaftsbesitzer Gleichstehenden auf Auskunfterteilung nach Maßgabe des § 2027 Abs. 1.

β) Gegen denjenigen, welcher ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat, nach § 2027 Abs. 2.

γ) Gegen denjenigen, welcher sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, nach § 2028.

δ) Endlich gegen denjenigen, welchem ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist, nach § 2362 Abs. 2.

e) Gegen den Erbschaftsbesitzer sowie gegen den nach § 2030 einem Erbschaftsbesitzer Gleichstehenden gibt das Gesetz dem Erben als einen alle auf die Herausgabe des vom Beklagten aus der Erbschaft Erlangten sich beziehenden Einzelansprüche in sich zusammenfassenden Gesamtanspruch: den **Erbschaftsanspruch** (§ 2018).

d) Sowohl im Falle der Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs als auch, wenn der Erbe einen von ihm geltend gemachten Einzelanspruch auf die zu seinen Gunsten eingetretene erbrechtliche Gesamtnachfolge stützt, hängt sein Sieg von der Bejahung der Vorfrage ab, daß er Erbe wirklich geworden ist. Das Ziel einer Klage des Erben kann aber auch geradezu auf **Feststellung des Erbrechts, d. h. auf Feststellung der zugunsten des Klägers eingetretenen Erbfolge** (Erbrechtsfeststellungsklage) gerichtet sein. In betreff des Feststellungsinteresses vgl. CPO. § 256 und in betreff des zuständigen Gerichtes CPO. § 27.

3. Besondere Rechtsmittel zur Erlangung des vorläufigen Erbschaftsbesitzes, wie solche im gem. Rechte bestanden (Windscheid III §§ 617—620; wegen des preuß. Rechtes vgl. Dernburg, Preuß. Priv.R. III § 227; Eccius IV 279 a. E.; s. auch M. V S. 296, 297), **gewährt das BGB. dem Erben nicht.** Hat das Nachlaßgericht sich der Erbschaft angenommen und einen Nachlaßpfleger bestellt oder sonstige Sicherungsmaßregeln getroffen, so hängt die Ausantwortung der Erbschaft an einen auftretenden Prätendenten, der sein Erbrecht nicht voll darzutun vermag, zunächst vom Ermessen des Nachlaßpflegers bzw. des Nachlaßgerichts ab. Befindet sich der Nachlaß bereits im Besitze eines Erbprätendenten, so wird zu einem gerichtlichen Eingreifen vor der Austragung des Streites im ordentlichen Verfahren in der Regel kein Anlaß bestehen, unter besonderen Umständen kann jedoch in diesem Falle durch einstweilige Verfügung gemäß CPO. §§ 935 ff. auch die Einräumung des Besitzes an den Gegner oder an einen Sequester angeordnet werden. Ebenso kann durch einstweilige Verfügung gemäß CPO. § 940 der Besitz vorläufig einem der mehreren Prätendenten übertragen werden, wenn dies zur Regelung eines einstweiligen Zustandes geboten erscheint, insbesondere weil sich die mehreren Prätendenten gegenseitig an der Besitzergreifung hindern. Über die Voraussetzungen und die Richtung des gerichtlichen Einschreitens entscheiden lediglich die Vorschriften der CPO.; zu beachten ist jedoch EG. Art. 26.

II. Der Erbschaftsanspruch insbesondere.

1. Der Erbschaftsanspruch des BGB. ist der römischen und gemeinrechtlichen hereditatis petitio nachgebildet. Während jedoch diese dem Erben gegen jeden Dritten gegeben war, der, ohne sich auf einen Singulartitel stützen zu können, sei es in Verbindung mit einer Erbrechtsanmaßung (possessor pro herede), sei es ohne solche (possessor pro possessore) etwas aus der Erbschaft erlangt hatte, schränkt das BGB. die Verwendung des Erbschaftsanspruchs dadurch erheblich ein, daß es ihn nur gegen den Erbschaftsbesitzer (vgl. oben I 2c) im Sinne des § 2018 (bezw. des § 2030) gewährt und somit schlechthin gegen denjenigen versagt, welcher zwar etwas aus der Erbschaft erlangt hat, jedoch ohne sich dabei eine ihm nicht zukommende Erbenstellung anzumaßen. Gegenüber einem Gegner dieser Art ist der Erbe also lediglich auf die Geltendmachung seiner Einzelansprüche angewiesen.

2. **Inhaltsübersicht.** Die Vorschriften des dem „Erbschaftsanspruch" gewidmeten Titels sind in der Weise geordnet, daß im § 2018 der (regelmäßige) Anspruchsgegner genannt und der Hauptgegenstand des Anspruchs im allgemeinen bezeichnet wird, während die §§ 2019 bis 2021 letzteren nach Inhalt und Umfang näher begrenzen (Surrogate, Nutzungen, Bereicherung). Der § 2022 regelt die Gegenansprüche des Erbschaftsbesitzers wegen Verwendungen, die §§ 2023, 2024 den Einfluß der Rechtshängigkeit des Anspruchs und der Unredlichkeit des Erbschaftsbesitzers. Der § 2025 betrifft Fälle einer verschärften Haftung (strafbare Handlungen, verbotene Eigenmacht). Im § 2026 wird die Ersitzung von Erbschaftssachen durch den Erbschaftsbesitzer beschränkt. Die §§ 2027, 2028 handeln von der Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers und anderer Personen. Der § 2029 bezieht sich auf die sog. erbschaftlichen Einzelansprüche. Im § 2030 wird die Passivlegitimation für den Erbschaftsanspruch auf den Erbschaftskäufer

ausgedehnt, während der § 2031 die Vorschriften des Titels auf einen dem Erbschaftsbesitze verwandten Fall überträgt.

3. Zur Redaktionsgeschichte. Mit Rücksicht darauf, daß manche bisherige Rechte, namentlich das preuß. ALR. und der code civ. sich besonderer Vorschriften über den Anspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer enthalten, ist in der ersten und in der zweiten Kommission eingehend erwogen, ob für die Aufnahme eines besonderen Erbschaftsanspruchs ein Bedürfnis bestehe (M. V S. 576—578, P. II Bd. 5 S. 701, 702). Die Gründe, aus denen sich beide Kommissionen dafür entschieden haben, nach dem Vorgange des gem. und des sächs. Rechtes einen eigenartig geregelten Erbschaftsanspruch aufzustellen, sind folgende: Wollte man das Verhältnis zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer nur nach Maßgabe der die einzelnen Erbschaftsgegenstände betreffenden Ansprüche beurteilen, so ergebe sich zunächst das Bedürfnis für eine Vorschrift, durch die dem Erbschaftsbesitzer die Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft und zur Leistung des Offenbarungseids auferlegt werde. Hiermit allein aber sei noch kein befriedigendes Ergebnis gewonnen. Denn was zunächst den Erben angehe, so würden ihm von dem vorbezeichneten Standpunkt aus in betreff der Surrogation und der Nutzungen von Erbschaftsgegenständen sowie in betreff solcher Sachen, die der Erblasser nur im Besitze gehabt habe, nicht die Begünstigungen zuteil, die er habe, wenn man das Verhältnis zwischen ihm und dem Erbschaftsbesitzer als ein einheitliches auffasse. In noch höherem Maße aber sei letzteres Moment für den Erbschaftsbesitzer von Bedeutung. Wären für seine Haftung nur die Vorschriften über die Einzelansprüche maßgebend, so könnte nur bezüglich der einzelnen Gegenstände untersucht werden, ob und welche Bereicherung vorliege und ob und welche Verwendungen gemacht seien. Die Annahme eines einheitlichen Rechtsverhältnisses ermögliche es, zugunsten des Erbschaftsbesitzers dessen Gegenansprüche und den Wegfall seiner Haftung durch Wegfall der Bereicherung gegenüber jedem Anspruche zu berücksichtigen, den der Erbe als solcher gegen den Erbschaftsbesitzer erhebe. Wenn hiernach das Interesse des Erben und das des Erbschaftsbesitzers gleichmäßig dagegen sprächen, lediglich die allgemeinen Grundsätze entscheiden zu lassen, so könne allerdings noch zweifelhaft sein, ob deswegen ein besonderer Erbschaftsanspruch geschaffen werden müsse oder ob es genügen würde, das nach den allgemeinen Grundsätzen für die verschiedenen Einzelansprüche eintretende Ergebnis unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes umzugestalten, daß sie von dem Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer erhoben würden (vgl. Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB., S. 37). Diese Frage sei von geringerer Bedeutung, allein es führten doch der Anschluß an das bisherige Recht, das selbst da, wo ein besonderer Erbschaftsanspruch dem Gesetze fremd sei, in der Praxis einen solchen ausgebildet habe, nicht minder die natürliche Auffassung, daß die Erbschaft ein Ganzes sei, sowie die Rücksicht auf die Vereinfachung des Gesetzes und seiner praktischen Handhabung dahin, die Entscheidung im Sinne der ersteren Möglichkeit zu treffen.

4. Rechtliche Natur des Erbschaftsanspruchs. Die Konstruktion eines besonderen Erbschaftsanspruchs ist in der Literatur zum BGB. nicht ohne Anfechtung geblieben. So führt Hellwig a. a. O. S. 53 insbesondere aus, daß es ungeachtet der Bestimmungen der §§ 2018ff. einen materiell selbständigen und von den gegen den Erbschaftsbesitzer begründeten Einzelansprüchen inhaltlich verschiedenen „Erbschaftsanspruch" nicht mehr gebe. Auch den eigentümlichen Charakter des „Gesamtanspruchs" spricht Hellwig S. 62ff. dem Erbschaftsanspruch ab. Der Auffassung Hellwigs hat sich Binder a. a. O. in eingehender Darstellung angeschlossen.

Obschon die Darlegungen der genannten Schriftsteller überwiegend theoretischer Natur sind, so entbehren sie doch nicht der praktischen Bedeutung. Es muß deshalb auf sie näher eingegangen werden. Vgl. zur ganzen Frage jetzt auch Hartmann, Die rechtliche Natur des Erbschaftsanspruchs, 1906 (Leipziger Dissertation); ferner Kipp bei W. III 9. Aufl. S. 537.

Der Schutz des Erben gegenüber dem Erbschaftsbesitzer erhält durch die den Erbschaftsanspruch betreffenden Bestimmungen eine eigenartige Ausgestaltung, die durch Verweisung des Erben auf die Einzelansprüche nicht zu gewinnen gewesen wäre. Der Erbschaftsanspruch geht auf Herausgabe desjenigen, was der Erbschaftsbesitzer auf Grund seiner Erbrechtsanmaßung aus der Erbschaft erlangt hat. Zu seiner Begründung ist erforderlich, daß der Kläger, bzw. derjenige, dessen Erbrecht geltend gemacht wird (vgl. dazu Erl. 1b zu § 2018), Erbe ist und daß der Beklagte auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Sachlich wird daher auch nach dem BGB. das Erbrecht des Klägers regelmäßig den Gegenstand des Rechtsstreits über den Erbschaftsanspruch bilden und das der Klage stattgebende Urteil setzt immer die Anerkennung des Erbrechts des

Klägers voraus. Trotzdem wird durch das über den Erbschaftsanspruch ergehende Urteil für sich allein nach § 322 CPO. (bezüglich des römischen Rechtes vgl. Leinweber S. 38) das Erbrecht des Klägers nicht rechtskräftig festgestellt (vgl. auch Hellwig S. 47, Strohal I § 48 Anm. 72; anders, gewiß mit Unrecht, Hartmann S. 77ff.). Der Kläger kann aber diese Feststellung dadurch erreichen, daß er mit der Klage auf Herausgabe des Erlangten die Klage auf Feststellung seines Erbrechts (CPO. § 256) verbindet oder seinen Klageantrag, wenn der Beklagte das klägerische Erbrecht bestreitet, in dieser Richtung erweitert (CPO. § 280).

Der Erbschaftsanspruch ist zwar kein Gesamtanspruch in dem Sinne, daß er notwendig auf Herausgabe einer Mehrheit von Gegenständen gerichtet sein müßte. In der Regel wird aber der Erbschaftsbesitzer auf Grund seiner Erbrechtsanmaßung eine Mehrheit von Gegenständen aus der Erbschaft erlangt haben, und insofern der Erbschaftsanspruch alle auf Herausgabe dieser Gegenstände begründeten Einzelansprüche mit Rücksicht auf die vom Gesetz angenommene Einheit des Rechtsverhältnisses zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer einheitlich zusammenfaßt und jeden der in Betracht kommenden Gegenstände als Stück einer Gesamtheit ergreift, kann man ihn als Gesamtanspruch allerdings bezeichnen. Die im konkreten Falle herausverlangten Gegenstände hat der Kläger mit der durch CPO. § 253 geforderten Bestimmtheit anzugeben. Dabei kommt ihm, wenn mit der Erbschaftsklage die Klage auf Auskunfterteilung nach § 2027 Abs. 1 verbunden wird, die Vorschrift von CPO. § 254 zustatten, d. h. der Kläger kann sich die bestimmte Angabe der von ihm beanspruchten Leistungen vorbehalten, bis die Auskunft erteilt, eventuell bis der Offenbarungseid geleistet ist. Ergibt sich im Laufe des Verfahrens, daß die ursprüngliche Angabe des Klägers über die vom Beklagten herauszugebenden Gegenstände eine unvollständige gewesen ist, so liegt in der nachträglichen Vervollständigung weder eine Klagenhäufung noch eine Klageänderung, sondern lediglich eine nach CPO. § 268 Nr. 2 ohne weiteres zulässige Klageerweiterung (vgl. Langheineken S. 161).

Fraglich ist, auf welche Gegenstände sich im Falle der Erhebung des Erbschaftsanspruchs die Rechtshängigkeit erstreckt. Nach Hellwig S. 67 und Binder III S. 445 nur auf die im Klageantrag bestimmt angegebenen, nach Langheineken S. 161 dagegen schlechthin auf alle Gegenstände, deren Herausgabe der Kläger verlangen kann, auch soweit deren bestimmte Angabe unterblieben ist. Gegen diese Ansicht dürfte sprechen, daß ihr zufolge die Rechtshängigkeit auch in Ansehung von Gegenständen eintreten würde, deren Herausgabe der Kläger — und dafür kann er sicherlich gute Gründe haben — absichtlich nicht verlangt. Gegen jene Ansicht ist geltend zu machen, daß es dem Kläger möglich sein muß, die materiellrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit (Unterbrechung der Verjährung, Steigerung der Haftung des Beklagten) auch in Ansehung solcher Gegenstände herbeizuführen, bezüglich deren er — etwa wegen der erst nachträglich sich herausstellenden Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit der vom Beklagten erteilten Auskunft — im Laufe des Prozesses bestimmte Angaben nicht mehr machen konnte. Der geeignete Weg dazu wird sein, daß der Kläger seinem auf Herausgabe der bestimmt angegebenen Gegenstände gerichteten Begehren ein allgemeines, auf Herausgabe alles dessen, was der Beklagte als Erbschaftsbesitzer erlangt hat, gerichtetes Begehren voranstellt.

Die Ausgestaltung des Erbschaftsanspruchs als eines besonderen Anspruchs tritt mit besonderer Deutlichkeit darin hervor, daß er einer selbständigen **einheitlichen Verjährung** unterliegt (eingehender hierüber Erl. 1 zu § 2026). Die Annahme Hellwigs und Binders, daß der „sogenannte" Erbschaftsanspruch nichts weiter sei als ein Sammelanspruch, als die Summe aller gegen den Erbschaftsbesitzer begründeten und ihre volle Selbständigkeit bewahrenden Einzelansprüche kann dem gegenüber nicht aufrecht erhalten werden. Vgl. auch Strohal II S. 403ff., Langheineken S. 160, Dernburg V § 153 u. § 156 a. E.

Die Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs im ordentlichen Verfahren kann im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten (CPO. §§ 13—19) oder im Gerichtsstande der Erbschaft (CPO. § 27) erfolgen. Der dingliche Gerichtsstand (CPO. § 24) ist nicht gegeben, auch wenn der herauszugebende Nachlaß ausschließlich in Grundstücken bestehen sollte.

5. Auf daß dem Erben die praktische Durchsetzung des Erbschaftsanspruchs ermöglicht werde, verleiht ihm der § 2027 Abs. 1 gegen den Erbschaftsbesitzer einen besonderen zivilrechtlichen Anspruch **auf Erteilung von Auskunft über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände**, worin nach § 260 das Recht auf Vorlegung eines Verzeichnisses und gegebenen Falles auf Leistung des Offenbarungseids enthalten ist.

Regelmäßig wird die Geltendmachung dieses Anspruchs auf Auskunfterteilung mit der Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs verbunden werden und löst sich dann der so ein-

geleitete Prozeß zumeist in ein doppeltes Verfahren auf, in das über den Anspruch auf Auskunfterteilung bzw. Vorlegung eines Nachlaßverzeichnisses (über CPO. § 254 vgl. oben Nr. 4) und in den hieran sich anschließenden, zur Feststellung des Umfangs der Verpflichtung des Beklagten zu führenden Rechnungsprozeß (vgl. auch Dernburg, Pand. III § 173 a. E. und Bürg. R. V § 156 a. E.), dem unter Umständen wieder ein vorbereitendes Verfahren nach CPO. §§ 348ff. vorangehen kann.

6. **Dingliche und kondiktionenrechtliche Elemente des Erbschaftsanspruchs, dessen Abtretbarkeit und Pfändbarkeit.** Je nach der Beschaffenheit des vom Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft Erlangten gestaltet sich die Herausgabepflicht des Beklagten verschieden. Man kann hiernach zwischen einer dinglichen und einer kondiktionenrechtlichen Funktion des Erbschaftsanspruchs unterscheiden. Jene kommt in Frage, wenn es sich um Herausgabe von zur Erbschaft gehörenden Sachen handelt (in betreff der Sachen, in Ansehung derer dem Erblasser lediglich Besitz zukam, vgl. noch Erl. 4a zu § 2018), diese, soweit der Erbschaft entzogene Vermögenswerte in das Vermögen des Erbschaftsbesitzers übergegangen sind. Für diese beiden Seiten des Erbschaftsanspruchs gelten zum Teil verschiedene Grundsätze; s. das Nähere hierüber in der Erl. 4 zu § 2018. Soweit sich aber aus den Vorschriften des Titels nicht ein anderes ergibt, finden die allgemeinen Grundsätze über Schuldverhältnisse Anwendung (vgl. Bd. II S. 4, 5). Dies ist im § 2021 anerkannt, insofern dort die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Verzug vorausgesetzt ist. Demgemäß ist der Erbschaftsanspruch übertragbar, was auch aus dem § 413 folgt, nach welchem hinsichtlich der Zulässigkeit und der Art und Weise der Übertragung die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung finden (vgl. auch E. I § 490 und die M. dazu, Bd. II S. 356). Aus der Übertragbarkeit folgt nach dem im BGB. §§ 400, 413 und in der CPO. § 851 ausgesprochenen Grundsatze, daß der Erbschaftsanspruch im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen werden kann (CPO. §§ 829, 835, 846—849), was bei der rein vermögensrechtlichen Natur des Anspruchs ohne Bedenken ist. Die aktive und passive Vererblichkeit des Anspruchs (M. V S. 598) folgt aus den allgemeinen Grundsätzen.

7. Über den Erbschaftsanspruch des **Miterben** vgl. Erl. 1a zu § 2018.

8. Über das **Verhältnis des Erbschaftsanspruchs zu den Einzelansprüchen** vgl. Erl. zu § 2029.

9. Das BGB. enthält keine besonderen Vorschriften über das Verhältnis der mehreren Erbprätendenten zu den Nachlaßgläubigern und Nachlaßschuldnern. Den Gläubigern, insbesondere auch den Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmern, ist unbenommen, sich an denjenigen zu wenden, welchen sie für den Erben halten und dessen Eigenschaft als Erbe sie zu beweisen imstande sind (M. V S. 594f.). Durch die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung (s. insbesondere § 1981 Abs. 1, § 2003 Abs. 1 und CPO. § 784) ist auch der nicht im Besitze des Nachlasses befindliche Erbe genügend geschützt. Denn es steht ihm natürlich frei, bis zur Entscheidung des Rechtsstreits mit dem Erbschaftsbesitzer seine Eigenschaft als Erbe gegenüber dem Nachlaßgläubiger zu bestreiten; sobald er aber in dem einen oder in dem anderen Prozesse für den Erben erklärt ist, wird das Nachlaßgericht wohl nie Bedenken tragen, seinem Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung zu entsprechen. Eine Sicherheitsleistung für den Fall seines Unterliegens im Erbschaftsstreite kann keiner der Erbprätendenten von dem Gläubiger verlangen. Tritt jener Fall ein, so kann der in Anspruch genommene Teil von dem obsiegenden Gegner nach § 2022 Ersatz seiner Auslagen fordern, daneben hat er gegen den befriedigten Gläubiger den Bereicherungsanspruch wegen Leistung einer Nichtschuld, sofern dessen sonstige Voraussetzungen gegeben sind. Die Erbschaftsschuldner sind bei dem Vorhandensein mehrerer Erbprätendenten durch die Möglichkeit der Hinterlegung geschützt (§ 372 Satz 2, § 383).

Hinsichtlich der Wirkung eines zwischen den mehreren Erbprätendenten ergangenen rechtskräftigen Urteils gelten lediglich die allgemeinen Grundsätze (Bd. I S. 43—47). Die Wirkung des Urteils bleibt mithin auf die Prozeßparteien beschränkt, sie tritt namentlich nicht, wie dies für das bisherige Recht in mehr oder minder weitem Umfang angenommen ist (vgl. Dernburg, preuß. PrivR. I § 138 Anm. 9, III § 145 Anm. 4), gegenüber den Nachlaßgläubigern ein. Siehe hierüber die Ausführungen in den Motiven (V S. 595f.). In derselben Weise begrenzt sich die Wirkung eines zwischen den mehreren Erbprätendenten geschlossenen Vergleichs.

Der Erbschaftsbesitzer als solcher haftet den Nachlaßgläubigern nicht. (P. II Bd. 5 S. 832—834.)

§. 2018. Der Erbe kann von Jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer), die Herausgabe des Erlangten verlangen.

---

§ 2018.

E. I § 2060; II § 1892 rev. § 1995; III § 1993. P. I E. 10679 ff., 10705, 10710, 10739 ff., 10755; M. V E. 578 ff. P. II Bd. 5 E. 696 ff. D. E. 726.

1. Aktivlegitimation beim Erbschaftsanspruch.

a) Zur Erhebung des Erbschaftsanspruchs ist vor allem der Erbe (bezüglich der durch ihn erfolgten Annahme der Erbschaft vgl. Erl. 5a) legitimiert und zwar nicht nur der Alleinerbe, sondern auch der Miterbe (hereditatis petitio partiaria). Letzterer kann den Anspruch sowohl gegen solche Personen geltend machen, denen er jedes Erbrecht abspricht, als auch gegen solche, die er als Miterben anerkennt, dafern sie nur auf Grund einer Erbrechtsanmaßung mehr als das ihnen kraft des Miterbenrechtes Gebührende aus der Erbschaft erlangt haben (vgl. auch KG. in Rspr. 5 S. 231, 7 S. 137, RG. v. 12. März 1903 in JW. 1903 Beil. S. 64 und v. 25 Juni 1903 im Sächs. Arch. 14 S. 66). Gegenüber einem Fremden kann der Miterbe den Erbschaftsanspruch in vollem Umfange geltend machen, jedoch nach § 2039 nur dahin, daß an alle Erben herausgegeben oder daß das Herauszugebende für alle Erben hinterlegt oder an einen Verwahrer abgeliefert wird. Gegenüber dem Miterben geht der Anspruch auf Herstellung des dem Miterbenverhältnis entsprechenden Zustandes (vgl. Strohal II S. 403, Langheineken S. 150 Anm. 3, Binder III S. 362 Anm. 44). Hieraus folgt, daß in diesem Falle der hereditatis petitio partiaria die Erbquote des Klägers wie im röm. Rechte bestimmt bezeichnet werden muß (vgl. Dernburg, preuß. PR. III § 220 Anm. 5, 6). Der Nacherbe hat — das Vorhandensein eines ihm gegenüberstehenden Erbschaftsbesitzers vorausgesetzt — den Erbschaftsanspruch, sobald der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist (§§ 2100, 2139); inwieweit er schon vor diesem Zeitpunkt, etwa gemäß CPO. § 916 Abs. 2, § 936, gegen Dritte Sicherungsmaßregeln erwirken kann, ist bei der Nacherbfolge zu erörtern. Dem Erbschaftskäufer steht der Erbschaftsanspruch, abgesehen von dem Falle der dinglichen Übertragung eines Erbteiles nach § 2033 (vgl. über diesen Fall RG. in JW. 1903 Beil. S. 104) nur zu, wenn er ihm von dem Erben nach § 2374 besonders abgetreten ist (s. die Vorbm. II, 4).

b) Statt des Erben kann zur Erhebung des Erbschaftsanspruchs auch berufen sein:

α) der Nachlaßpfleger. Dies ist völlig zweifellos in dem Falle, daß zum Nachlaß, hinsichtlich dessen der Nachlaßpfleger bestellt ist, eine vom Erblasser endgültig erworbene Erbschaft gehört, aus der ein anderer etwas auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechtes erlangt hat. Der Nachlaßpfleger kann aber auch in die Lage kommen, den Erbschaftsanspruch gegen einen Erbschaftsbesitzer zu erheben, dessen Erbrechtsanmaßung diejenige Erbschaft zum Gegenstand hat, auf welche sich die Nachlaßpflegschaft bezieht. Hierauf führt folgende Erwägung: der Nachlaßpfleger vertritt, wie oben (vgl. S. 43 unter Nr. 5) dargelegt worden ist, denjenigen, welcher sich als der wahre Erbe herausstellen wird. Vermag der Nachlaßpfleger nachzuweisen, daß jemand, der als Erbe keinesfalls in Betracht kommen kann, auf Grund einer Erbrechtsanmaßung etwas aus der Erbschaft erlangt hat, so ist durchaus nicht einzusehen, warum ihm gegen diesen Gegner der Erbschaftsanspruch versagt sein soll. Daß der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat oder daß dieser Umstand doch nicht nachgewiesen werden kann, ist deswegen gleichgültig, weil hinsichtlich des vom Nachlaßpfleger Vertretenen feststeht, daß er sich als der endgültige Erbe herausstellen muß. Auch das weitere Bedenken, daß der Nachlaßpfleger zur Führung von Prozessen über das Erbrecht des von ihm vertretenen Erben nicht berufen ist (vgl. oben S. 47 unter ϑ), schlägt hier nicht durch. Denn im Falle des Erbschaftsanspruchs kommt dem Erbrecht, auf welchem dieser beruht, nur die Bedeutung eines Präjudizialpunktes für die den eigentlichen Prozeßgegenstand bildende Herausgabepflicht des Beklagten zu, und bei der vorausgesetzten Sachlage, daß der Nachlaßpfleger klagt, steht das Erbrecht des vom Nachlaßpfleger Vertretenen von vornherein fest. Zu demselben Ergebnis gelangen Hellwig S. 72, Strohal II S. 379, Dernburg V § 154; a. M. offenbar Herzfelder S. 248 aus unzutreffendem Grunde.

β) Der verwaltende Testamentsvollstrecker, der Nachlaßverwalter und der Nachlaßkonkursverwalter. Bei Vorhandensein dieser Verwaltungen sind zur gerichtlichen Geltendmachung der zum Nachlaß gehörenden Rechte lediglich die genannten Personen berufen (vgl. §§ 2212, 1985 Abs. 1, ferner KO. § 6). Als ein zum Nachlaß gehörendes Recht muß aber

auch der gegen einen Erbschaftsbesitzer begründete Anspruch auf Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten, d. h. der Erbschaftsanspruch angesehen worden (vgl. auch Hellwig S. 76, 77, Strohal II S. 379, Langheineken S. 155 bei Anm. 1, Dernburg V § 154, Herzfelder S. 248, P. Meyer Erbrecht S. 357 Anm. 53c; a. A. allerdings P. II Bd. 5 S. 300 und die bisherigen Auflagen dieses Werkes). Daß der Erbe die Erbschaft bereits angenommen habe — was im Falle der Nachlaßverwaltung freilich fast immer zutreffen wird (vgl. oben S. 145) —, ist auch hier nicht für notwendig zu erachten. Denn auch bei Ungewißheit über die Person desjenigen, welcher sich als Erbe herausstellen wird, kann doch sehr wohl gewiß sein, daß derjenige, welcher auf Grund einer Erbrechtsanmaßung etwas aus der Erbschaft erlangt hat, Erbe nicht ist.

2. Passivlegitimation beim Erbschaftsanspruch. Anspruchsgegner ist der seinen begrifflichen Merkmalen nach im Gesetzestexte gekennzeichnete „Erbschaftsbesitzer". Über diesen ist folgendes zu bemerken:

a) Objektive Voraussetzung ist, daß der Gegner etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Der E. I stellte das Vorenthalten eines Erbschaftsgegenstandes als Erfordernis auf; nach dem BGB. ist nur die Tatsache der Erlangung irgend eines Gegenstandes aus der Erbschaft vorausgesetzt. Wegen der sich hieraus ergebenden Verschiedenheit der Beweislast s. Nr. 5b a. E. Worin das Erlangen des Erbschaftsbesitzers bestehen kann, wird erst unter Nr. 3 genauer festzustellen sein.

b) In subjektiver Beziehung wird zur Passivlegitimation erfordert, daß der Gegner den Vermögensvorteil erlangt hat auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts. Ob der Gegner das Erbrecht noch jetzt für sich in Anspruch nimmt, ist nicht (wie bei dem römischen possessor pro herede) von entscheidender Bedeutung. Ohne Belang für die Frage der Passivlegitimation ist ferner, ob der Gegner in dem maßgebenden Zeitpunkte der Erlangung des Vermögensvorteils an den Bestand seines Erbrechts geglaubt hat oder nicht. Es bedarf auch keiner wörtlichen Inanspruchnahme des Erbrechts, vielmehr genügt eine Besitzergreifung unter Umständen, die erkennen lassen, daß der Gegner das tun wollte, was dem Erben zusteht, z. B. wenn er aus Verwechselung für den Erben gehalten wurde und sich stillschweigend so behandeln ließ (P. II Bd. 5 S. 709). Dagegen ist der Erbschaftsanspruch im BGB., abweichend vom gemeinen Rechte und von anderen bisherigen Rechten, nicht gegen denjenigen gegeben, welcher ohne jeden Rechtsgrund, d. h. ohne Berufung auf irgend einen auch nur behaupteten Titel etwas aus der Erbschaft erlangt hat (possessor pro possessore). Diese schon im E. I enthaltene Einschränkung ist von der zweiten Kommission trotz vielfacher Angriffe in der Kritik und gegenüber verschiedenen bei der zweiten Lesung gestellten Änderungsanträgen beibehalten worden, weil man annahm, daß für die Erstreckung des Erbschaftsanspruchs auf den possessor pro possessore weder ein innerer Grund noch ein praktisches Bedürfnis bestehe, und daß die Ausdehnung, wie die vielen im bisherigen Rechte bestehenden Streitfragen bewiesen, mancherlei Unzuträglichkeiten zur Folge haben würde.

Diese Gründe dürften im allgemeinen für zutreffend und durchgreifend zu erachten sein. Vgl. hierzu das bereits in Vorbm. I Ziff. 2 über den dem Erben nach §§ 857, 861 f. zustehenden Besitzschutz, über die nach § 812 begründete condictio possessionis und über die Klage aus früherem Besitz nach § 1007 Gesagte. Ergänzend ist noch zu bemerken, daß gegen einen possessor pro possessore in vielen Fällen die strengeren Vorschriften über die Haftung wegen unerlaubter Handlungen eingreifen werden. Der für diese Behandlung maßgebende Grundgedanke war, daß der Streit um die Erbschaft und der Streit um das Erbrecht meist Hand in Hand gehen und daß, wo nicht das subjektive Moment der Erbrechtsanmaßung hinzutritt, nur eine Verletzung der Einzelrechte des Erben anerkannt werden könne. Vgl. M. V S. 578 f., P. II Bd. 5 S. 705 ff., Küntzel bei Gruch. Bd. 41 S. 845 ff., Leonhard S. 111 ff.

Dabei sind übrigens Zweifel im einzelnen nicht ausgeschlossen, so z. B. in dem von Strohal II S. 381 erwähnten Falle, wo der bisherige gesetzliche Vertreter eines bereits verstorbenen Kindes die ihm noch zur Verfügung stehende Legitimation benutzt, um sich in den Besitz einer Erbschaft zu setzen, die dem Kinde angefallen sein würde, wenn es den Erbfall erlebt hätte. Hier scheint gesagt werden zu dürfen, daß der gewesene gesetzliche Vertreter sich allerdings auf eine Erbrechtsanmaßung stützt, somit die erbrechtliche Sukzession des wahren Erben überhaupt in Frage stellt, und daß gegen ihn deshalb der Erbschaftsanspruch begründet sei (so auch Langheineken S. 152 Anm. 5, Binder III S. 394; vgl. auch Dernburg V § 154 Anm. 9). Die praktische Bedeutung dieser Entscheidung würde wesentlich in der aus ihr sich ergebenden Anwendbarkeit des Surrogationsprinzips (§ 2019) zu erblicken sein.

Eine positiv rechtliche Erweiterung der Passivlegitimation über den in § 2018 gezogenen Rahmen hinaus bestimmt § 2030, indem er den Erbschaftsanspruch im vollen Umfange gegen denjenigen gewährt, welcher „die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt".

Einzelfragen:

α) Kann der Erbschaftsanspruch gegen einen Nachlaßpfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Konkursverwalter begründet sein? Sicherlich dann, wenn die Erbschaft, hinsichtlich welcher der Erbschaftsanspruch geltend gemacht werden will, von einer der genannten Personen in denjenigen Nachlaß, in Ansehung dessen die Nachlaßpflegschaft, Testamentsvollstreckung oder eine andere der genannten Verwaltungen besteht, auf Grund einer Erbrechtsanmaßung zu Unrecht einbezogen worden ist (vgl. auch Hellwig S. 71, Strohal II S. 380 Anm. 5). Abgesehen von solchen besonderen Gestaltungen sind dagegen die genannten Personen dem Erbschaftsanspruch des Erben nicht ausgesetzt, wie von der zweiten Kommission unter Ablehnung diesbezüglicher Erweiterungsanträge anerkannt ist (P. II Bd. 5 S. 708f.; vgl. aber doch auch Dernburg V § 154 Anm. 10).

β) Zweifelhaft kann sein, ob der Nacherbe den Erbschaftsanspruch gegen den Vorerben hat. Die Frage ist zu bejahen, wenn der Vorerbe, auch nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, die Erbenstellung für sich in Anspruch nimmt und demgemäß auch nach diesem Zeitpunkt erbschaftliche Gegenstände für sich behält. Der Vorerbe ist dann buchstäblich Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2018 und die Voraussetzungen des Erbschaftsanspruchs liegen daher gegen ihn vor. Doch ist hierbei die dem Vorerben zustatten kommende Vorschrift des § 2139 wohl zu beachten. Liegt eine Erbrechtsanmaßung der bezeichneten Art auf Seite des Vorerben nicht vor, und verweigert derselbe die Herausgabe von Erbschaftsgegenständen lediglich mit Berufung auf die von ihm gemachten Verwendungen (§ 2130), so ist der Erbschaftsanspruch nicht begründet. Vgl. übrigens auch noch Strohal II S. 382, Langheineken S. 154 bei Anm. 2.

γ) Die gemeinrechtlichen Vorschriften über den fictus possessor sind dem BGB. wie bei dem Eigentumsanspruche so auch bei dem Erbschaftsanspruch unbekannt (M. III S. 397, V S. 593; Leonhard S. 119).

3. Das aus der Erbschaft Erlangte. Der Vorteil aus der Erbschaft, auf dessen Erlangen der Erbschaftsbesitz beruht, kann vor allem in dem Erwerb des Besitzes an bisher, wenn auch nur tatsächlich (besitzrechtlich) zum Nachlaß gehörenden Sachen bestehen. Daß es sich hierbei nur um Eigenbesitz handeln könne (so Leonhard S. 19 und Kipp bei W. III 8. Aufl. S. 519; vgl. aber jetzt auch Leonhard bei Eck III S. 48 Anm. 1), ist unzutreffend. Weiß ein Erbprätendent, daß der Erblasser gewisse Sachen nur als Faustpfandgläubiger, Mieter, Pächter, Entleiher, Werkmeister, Beauftragter, Kommissionär besaß, so wird er an diesen Sachen normalerweise keinen anderen Besitz haben wollen, als ihn der Erblasser hatte, also Fremdbesitz und nicht Eigenbesitz. Daran, daß der Erbprätendent durch seinen Besitzerwerb etwas aus der Erbschaft erlangt hat, wird hierdurch nichts geändert. Hervorzuheben ist noch, daß der Besitz des Anspruchsgegners nicht ein unmittelbarer zu sein braucht, sondern auch ein mittelbarer sein kann. Man denke z. B. daran, daß der Erbprätendent eine zum Nachlaß gehörende Sache einem andern miet- oder leihweise überlassen hat.

Ein Erlangen im Sinne des § 2018 muß auch darin erblickt werden, daß der Erbprätendent in Ansehung eines zur Erbschaft gehörenden Grundstücks oder eines solchen Rechtes an einem Grundstück (etwa auf Grund eines unrichtigen Erbscheins) seine Eintragung im Grundbuch erwirkt (vgl. Strohal II S. 384 und jetzt auch RG. im Sächs. Arch. 14 S. 66). Weitere Fälle des Erlangens sind gegeben, wenn der (durch Erbschein legitimierte) Erbprätendent von Nachlaßschuldnern mit für diese befreiender Wirkung Sach- und andere Leistungen entgegennimmt oder seinem persönlichen Gläubiger gegenüber eine Nachlaßforderung aufrechnet oder über ein zum Nachlaß gehörendes Recht gegen Entgelt verfügt. Aus dem eben Gesagten ergibt sich zugleich, daß der Erbschaftsbesitz im Sinne des Gesetzes nicht notwendig einen Besitz an Erbschaftssachen voraussetzt (vgl. Strohal II S. 384 und jetzt auch Dernburg V § 154 Anm. 4).

Streitig ist, ob darin, daß der als Erbprätendent auftretende Nachlaßschuldner mit Rücksicht auf sein angebliches Erbrecht dem wahren Erben gegenüber die Erfüllung verweigert, ein Erlangen aus der Erbschaft erblickt werden darf (dagegen Leonhard S. 16 und auch die bisherigen Auflagen dieses Werkes). Für die Bejahung (vgl. auch l. 13 § 15, l. 14, l. 16 pr. D. 5, 3) spricht, daß der Prätendent im bezeichneten Falle lediglich zufolge seiner

Erbrechtsanmaßung behält, was er als Nachlaßschuldner hätte leisten müssen, daß er die dem Erben gebührenden Nutzungen des zu leistenden Gegenstandes tatsächlich selbst bezieht, daß er, dafern es sich z. B. um eine ihm vom Erblasser leih- oder mietweise überlassene Sache handelt, seinen bisherigen Fremdbesitz in Eigenbesitz verwandelt usw. (vgl. Strohal II S. 384 f.). Aus dem zuletzt hervorgehobenen Grunde kann es auch nicht richtig sein, daß der Erbschaftsanspruch nicht gegenüber dem Besitzer einer Erbschaftssache gegeben sein könne, welcher den Besitz schon bei Lebzeiten des Erblassers erlangt habe (so Leonhard S. 12, die bisherigen Auflagen dieses Werkes und Herzfelder S. 250). Verweigert z. B. der Vermögensverwalter des Erblassers in Verbindung mit einer Erbrechtsanmaßung die Herausgabe der bei ihm sich befindenden Vermögensstücke des Erblassers, so muß gegen ihn der Erbschaftsanspruch genau ebenso begründet sein, wie er es gegenüber dem Vorerben ist, welcher sich nach dem Falle der Nacherbfolge die fortdauernde Erbenstellung anmaßt und mit Rücksicht hierauf dem Herausgabebegehren des Nacherben nicht Folge leistet (vgl. auch Dernburg V § 155 Anm. 2). In Ansehung von zur Erbschaft gehörenden Forderungen kann darin allein, daß ein Erbprätendent sie sich zuschreibt, ein Erlangen im Sinne des § 2018 noch nicht erblickt werden. Das vom Prätendenten rücksichtlich solcher Forderungen wirklich Erlangte kann aber, abgesehen von den schon früher hervorgehobenen Fällen der an ihn erfolgten Erfüllung oder der von ihm vorgenommenen entgeltlichen Verfügung, allerdings in dem Besitz von auf die Forderungen sich beziehenden Urkunden oder in der zugunsten des Prätendenten vorgenommenen Umschreibung im Grundbuch, Reichs- oder Staatsschuldbuch u. dgl. bestehen (vgl. Strohal II S. 385). Davon, daß der Erbschaftsbesitzer die dem Erben ohnedies bereits zustehende Forderung diesem „abzutreten" hätte (so z. B. Endemann III § 122 Ziff. 2a), kann dagegen nicht die Rede sein.

4. Gegenstand des Erbschaftsanspruchs ist nach § 2018 die **Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten.** Je nach der Form, in der sich der erlangte Vorteil im Vermögen des Erbschaftsbesitzers vorfindet, ist der Anspruch dinglicher oder persönlicher Natur. Der hervorgehobene Gegensatz ist in dem Sinne zu verstehen, daß jener Teil des Anspruchs im Gegensatz zu diesem hinsichtlich seines praktischen Erfolges durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erbschaftsbesitzers nicht berührt wird (vgl. dazu die folgende Bemerkung a. a. E.).

a) Der **dingliche** Herausgabeanspruch ergreift auch solche Sachen, die sich zur Zeit des Erbfalls nur im Besitze des Erblassers befunden haben (M. V S. 580 f., P. II Bd. 5 S. 710). Damit sind jedoch Einreden des Erbschaftsbesitzers, die sich auf ein Recht zum Besitze der Sache gründen (petitorische Einreden), nicht ausgeschlossen. Auch die im § 1006 zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache aufgestellte Eigentumsvermutung bleibt unberührt. Der Kläger muß daher, um mit dem Erbschaftsanspruch in bezug auf bewegliche Sachen durchzudringen, entweder jene Vermutung widerlegen oder den Beweis der im § 1006 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Tatsachen erbringen. Diesen Beweis wird er aber, da der Besitz des Erblassers kraft des Gesetzes auf den Erben übergeht, wenn der Erblasser im Besitze gewesen ist, dadurch erbringen, daß er beweist, daß der Beklagte sich ohne seinen Willen in den Besitz der Sachen gesetzt hat; regelmäßig wird dieser Beweis daher schon durch die zur Begründung des Erbschaftsanspruchs überhaupt erforderlichen Nachweise erbracht werden (P. II Bd. 5 S. 710). Zu dem dinglichen Teile des Erbschaftsanspruchs ist auch der gegen den Erbschaftsbesitzer als solchen hinsichtlich eines zur Erbschaft gehörenden Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück sich richtende Anspruch auf Grundbuchberichtigung zu rechnen. Auch dasjenige, was kraft des Surrogationsprinzips (§ 2019) als zur Erbschaft gehörend bzw. als aus dieser erlangt anzusehen ist, kann vom Erben dinglich angesprochen werden. Soweit der Erbschaftsanspruch dinglicher Natur ist, steht dem Erben im Konkurse des Erbschaftsbesitzers ein Aussonderungsrecht (KO. § 43) zu (unzutreffend daher die allgemeine Behauptung bei Dernburg V § 154 a. E., daß dem Erben im Konkurse des Erbschaftsbesitzers ein Aussonderungsrecht keinesfalls zukomme).

b) Soweit die dingliche Funktion des Erbschaftsanspruchs nicht durchzugreifen vermag, hat dieser rein **obligationenrechtlichen** Charakter. So verhält es sich z. B., wenn der Erbprätendent mit Erbschaftsmitteln Eigenverbindlichkeiten berichtigt, oder auf seinem Grunde ein Gebäude aufführt, oder wenn er eine Erbschaftsforderung gegen eine Forderung seines persönlichen Gläubigers wirksam aufrechnet u. dgl. (vgl. Strohal II S. 393). Hinsichtlich der vom Erbschaftsbesitzer gezogenen Nutzungen vgl. Erl. zu § 2020. Für den persönlichen Teil des Erbschaftsanspruchs gelten die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Be-

reicherung. (Folgerungen hieraus s. in Erl. 3b zu § 2022 und Erl. 2 zu § 2023.) Eine Abweichung besteht nach § 2024 (s. dort Erl. 1) hinsichtlich der Voraussetzungen der Haftung als bösgläubiger Erbschaftsbesitzer.

5. Bei der gerichtlichen Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs gilt betreffs der **Beweislast** folgendes:

a) Wird die Klage vom Erben erhoben, so hat er zur Erbringung der **Aktivlegitimation** den Erbfall und seine Berufung zur Erbfolge nachzuweisen. Der Beweis der Annahme der Erbschaft braucht vom Kläger in aller Regel nicht geführt zu werden, weil sie, wenn nicht schon früher erfolgt, abgesehen von seltenen Ausnahmefällen (vgl. dazu Strohal II § 94 Anm. 18b), in der Erhebung der Klage gelegen ist (vgl. oben S. 49). Stützt sich der Kläger auf gesetzliches Erbrecht, so muß er das Bestehen des verwandtschaftlichen Verhältnisses bzw. der Ehe mit dem Erblasser dartun; Sache des Beklagten ist es, das Vorhandensein eines näheren Verwandten (der er selbst oder ein Dritter sein kann) oder die Berufung einer anderen Person durch Verfügung von Todes wegen nachzuweisen; hat der Beklagte diesen Beweis geführt, so liegt dem Kläger der Nachweis ob, daß der zunächst Berufene weggefallen ist (§§ 1923, 1938, 1953, 2344, 2346). Tritt der Fiskus als Kläger auf, so kommt die Frage nach dem Beweise der Voraussetzungen für sein gesetzliches Erbrecht (vgl. RG. 8 S. 245f.) wegen der nach § 1964 vom Nachlaßgerichte zu treffenden Feststellung praktisch nicht in Betracht. Über den Fall, daß sich Kläger auf eine Verfügung von Todes wegen beruft, vgl. vorläufig Strohal II S. 387. Ist das Erbrecht des Klägers nicht erweislich, so muß er abgewiesen werden, selbst wenn der Beklagte ein gänzlich Unberechtigter ist. Eine Abwägung nach der Richtung hin, ob dem Kläger nicht wenigstens das relativ bessere Recht zukomme, findet nicht statt (vgl. Strohal II § 94 Anm. 19, Binder III S. 375 Anm. 2, Dernburg V § 156 Anm. 2; a. A. Endemann III S. 544, dazu Rehbein, Obertribunalsentscheidungen II S. 820, RG. 8 S. 172). Siehe übrigens doch auch Erl. zu § 2356.

Liegt einer der Fälle vor, in denen der Erbschaftsanspruch von dem Nachlaßpfleger, verwaltenden Testamentsvollstrecker, Nachlaßkonkursverwalter mit Wirkung für den wahren Erben geltend gemacht werden kann, so wird die **Aktivlegitimation** durch den Nachweis dieses Sachverhalts und durch den weiteren Nachweis, daß der Beklagte Erbe jedenfalls nicht ist, dargetan.

b) Hinsichtlich der **Passivlegitimation** obliegt dem Kläger der Beweis, daß ihm der Beklagte als Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2018 gegenübersteht, oder mit anderen Worten, daß der Beklagte in Verbindung mit einer Erbrechtsprätension etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Unüberwindliche Beweisschwierigkeiten sind dem Kläger hierdurch nicht aufgebürdet. Selbst wenn er eine ausdrückliche Anmaßung des Erbrechts nicht zu beweisen vermag, wird er doch häufig aus den näheren Umständen der Besitzerlangung den Willen des Beklagten, als Erbe aufzutreten, dartun können. Gelingt dem Erben auch dies nicht, so muß er auf die Erstreitung solcher Vorteile, die er nur mit dem Erbschaftsanspruch erreichen kann, z. B. die Herausgabe der Surrogate und der gesamten Nutzungen, verzichten. Was sich dagegen auch mit der zuständigen Einzelklage erreichen läßt, kann der Kläger, sofern er die besonderen Voraussetzungen des Einzelanspruchs zu beweisen vermag, auch ohne jenen Nachweis gewinnen, und zwar in der Regel noch in demselben Prozesse. Denn wenn er nicht die Einzelklage sogleich mit der Erbschaftsklage verbunden hat, wird in dem Übergange zu der ersteren zwar unter Umständen eine Klageänderung, aber meist keine solche Klageänderung zu erblicken sein, durch welche die Verteidigung des Beklagten wesentlich erschwert würde (CPO. § 264). Vgl. Leonhard S. 105ff., 116f.; Endemann III § 118 Anm. 5; P. II Bd. 5 S. 704, 706, 708.

In Ansehung der weiteren Voraussetzung des Erbschaftsbesitzes schafft der § 2018, indem er sich in seiner Fassung nicht an § 985 sondern an § 812 anlehnt, sogar eine bemerkenswerte **Beweiserleichterung**. Der mit dem Erbschaftsanspruch (gleichviel, ob dessen dingliche oder nur persönliche Funktion in Frage kommt) auftretende Kläger braucht nämlich nicht zu beweisen, daß der Beklagte noch gegenwärtig etwas aus der Erbschaft hat, sondern er genügt seiner Beweispflicht, wenn er nachweist, daß der Beklagte zu irgendeiner Zeit etwas aus der Erbschaft erlangt hat, und es ist Sache des Beklagten, seinerseits den Wegfall der Sache oder der Bereicherung zu beweisen (P. II Bd. 5 S. 700ff., dazu Strohal II S. 388, Langheineken S. 157, Dernburg V § 156 bei Anm. 4, aber doch auch Hellwig S. 67f.).

§. 2019. Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

Die Zugehörigkeit einer in solcher Weise erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntniß erlangt; die Vorschriften der §§. 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung.

---

§ 2019.

E. I § 2061 Nr. 3; II § 1893 rev. § 1996; III § 1994. P. I S. 10693 f., 10705 f., 10712 ff., 10735 ff., 12274; M. V S. 583 ff. P. II Bd. 5 S. 710 ff., 719 f.; Bd. 6 S. 168 f., 316, 324 ff. D. S. 727.

Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii (Heidelberger Dissert.) 1902; Feist, Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrecht (Tübinger Dissert.) 1903; Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit im Arch. f. Bürg. R. Bd. 22 S. 1 ff.; R. Beyer, Die Surrogation bei Vermögen nach BGB. 1905.

1. Das **Surrogationsprinzip beim Erbschaftsanspruch** nach E. I und nach dem BGB. Der § 2019 stellt für den mit Mitteln der Erbschaft gemachten rechtsgeschäftlichen Erwerb des Erbschaftsbesitzers den Grundsatz der dinglichen Surrogation auf.

Nach dem Vorgange des gem. Rechtes, das für die Erbschaftsklage den Satz pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii in gewissem Umfange (Windscheid III § 612 Anm. 3) anerkennt, und der sich daran anschließenden Theorie und Praxis des preuß. Rechtes (Dernburg, preuß. Priv.R. III § 230 Anm. 22) bestimmte der E. I, daß bei der Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs der rechtsgeschäftliche Erwerb des Erbschaftsbesitzers als Erbschaftsgegenstand gelten solle. Der Surrogation war jedoch nicht dingliche Wirkung beigelegt, vielmehr sollte der Erbschaftsanspruch nur auf Herausgabe im Sinne von Übertragung gerichtet sein. Im Anschluß an das bisherige Recht war ferner vorausgesetzt, daß das den Erwerb vermittelnde Geschäft nicht nur objektiv mit der Erbschaft oder einem Erbschaftsgegenstand im Zusammenhange stehe, sondern auch subjektiv mit Bezug darauf geschlossen sei (M. V S. 584). Endlich sollte bei verbrauchbaren Sachen, die zur Erbschaft gehören, die Surrogation ausgeschlossen sein.

Die zweite Kommission hat dem Surrogationsprinzipe durch eine andere Regelung der Voraussetzungen eine erweiterte Anwendung gegeben und durch die Einführung der dinglichen Wirkung seine rechtliche Bedeutung gesteigert.

Die dingliche Wirkung der Surrogation ist für notwendig erachtet worden, weil sie allein im Konkurse des Erbschaftsbesitzers durch Gewährung des Aussonderungsrechts den Erben wirksam schützt und es verhindert, daß sich der Erbschaftsanspruch in eine Anzahl persönlicher Ansprüche auflöst. Sie enthält zwar eine Besonderheit gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts, ist jedoch weder ohne Vorgang im bisherigen Rechte noch ohne verwandte Vorschriften im BGB. Denn wenn auch zweifelhaft sein mag, ob gerade bei dem Erbschaftsanspruche schon nach gem. und preuß. Rechte eine dingliche Surrogation des rechtsgeschäftlichen Erwerbes anzuerkennen ist (vgl. RG. 7 S. 206 ff.), so liegt sie doch zweifellos der Vorschrift des bisherigen § 37 (jetzt § 45) der KO. zugrunde. Im BGB. aber ist auf die Vorschriften der §§ 1381, 1646, 2111 (vgl. auch §§ 1370, 1473, 1524, 2041) zu verweisen. Insbesondere ist die Notwendigkeit, zwischen dem Erbschaftsanspruch und dem Anspruche des Nacherben (§ 2111) in der fraglichen Hinsicht Übereinstimmung herzustellen, mitbestimmend dafür gewesen, daß der rechtsgeschäftlichen Surrogation bei dem Erbschaftsbesitze dingliche Wirkung beigelegt worden ist.

2. Die **dingliche Wirkung** der Surrogation besteht darin, daß das vom Erbschaftsbesitzer (mit Mitteln der Erbschaft) durch Rechtsgeschäft Erworbene unmittelbar mit der Vornahme derjenigen Handlungen seitens des Erbschaftsbesitzers, welche, wenn er der Erbe wäre, den Rechtserwerb in seiner Person begründen würden, Bestandteil der Erbschaft wird, d. h. rechtlich dem Erben anfällt. Der Erwerb vollzieht sich nicht zunächst in der Person des Erbschaftsbesitzers, so daß für diesen nur eine Verpflichtung zur Übertragung an den Erben bestände, sondern das mit Mitteln der Erbschaft erworbene Eigentum und die so durch Neubegründung oder durch Übertragung erworbenen sonstigen (dinglichen oder auch persönlichen) Rechte stehen — soweit die später noch genauer hervorzuhebenden Voraussetzungen der Surrogation gegeben sind — schon von vornherein dem Erben zu (P. II Bd. 5 S. 712). Diese Wirkung tritt (unbeschadet der den Erbschaftsbesitzer wegen der Veräußerung möglicherweise treffenden Schadensersatzpflicht) ohne

weiteres ein, wenn die vom Erbschaftsbesitzer über einen Erbschaftsgegenstand gegen Entgelt vorgenommene Verfügung nach Maßgabe der Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten wirksam ist. Andernfalls tritt ein Schwebezustand ein, vermöge dessen dem Erben die Möglichkeit gegeben ist, den Surrogationserfolg mit rückwirkender Kraft dadurch für sich auszulösen, daß er die zunächst unwirksame Veräußerung des Nachlaßgegenstandes genehmigt (§ 185). Vgl. auch Strohal II § 95 bei Anm. 4; Beyer S. 133. Darüber, daß die Genehmigung unter Umständen auch in der Erhebung der Klage gegen den Erbschaftsbesitzer gelegen sein kann, vgl. Erl. 2 zu § 2030.

Ist der Erbschaftsbesitzer dem Erben nach den §§ 2023 ff. schadensersatzpflichtig, so fragt es sich, ob der Erbe den ihm infolge der Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes erwachsenen und durch den Surrogationserfolg nicht gedeckten Schaden auch dann ersetzt verlangen kann, wenn der Eintritt der Surrogation erst durch die vom Erben hinsichtlich der Verfügung des Erbschaftsbesitzers erteilte Genehmigung herbeigeführt worden ist. Die Frage ist gewiß zu verneinen, wenn und soweit der eingetretene Schaden im Falle der Nichtgenehmigung der Verfügung des Erbschaftsbesitzers vermieden worden wäre. Die Verhältnisse können aber doch auch so geartet sein, daß dem Erben ungeachtet der von ihm erteilten Genehmigung der Anspruch auf Ersatz des durch den Surrogationserfolg nicht gedeckten Schadens nicht versagt werden darf. So z. B., wenn die vom bösgläubigen Erbschaftsbesitzer zunächst unwirksam veräußerte Erbschaftssache beim Dritten infolge eines Umstandes, der sie ohne die Veräußerung nicht getroffen haben würde, untergegangen ist. Hier wird der Erbe, um wenigstens den vom Erbschaftsbesitzer als Entgelt erlangten Gegenstand sicher (Möglichkeit der Aussonderung im Konkurs) zu bekommen, meist guten Grund zur Genehmigung der Veräußerung haben, ohne daß ihm deswegen der Anspruch auf Ersatz seines auf diesem Wege noch nicht gedeckten Schadens abgesprochen werden kann (vgl. aber auch Beyer S. 187, der im Falle der Genehmigung der Veräußerung durch den Erben einen Schadensersatzanspruch des Erben immer für ausgeschlossen hält).

Solange es zu einer Verfügung des Erbschaftsbesitzers über einen Erbschaftsgegenstand überhaupt noch nicht gekommen ist, sondern in Ansehung desselben lediglich ein obligatorischer Vertrag geschlossen ist, kann die Surrogation selbstverständlich nicht eintreten (vgl. dazu Strohal II § 95 Anm. 4). Als undurchführbar erweist sich die Surrogation, wenn das vom Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft erworbene Recht ein höchstpersönliches ist, wie z. B. der Nießbrauch oder die Leibrente, oder wenn es nach § 96 — wie das z. B. für eine Grunddienstbarkeit zutrifft — als Bestandteil eines dem Erbschaftsbesitzer gehörenden Grundstücks anzusehen ist, oder wenn das aus der Erbschaft Erlangte sonst in dem persönlichen Vermögen des Erbschaftsbesitzers aufgegangen ist.

3. Voraussetzung der Surrogation ist, daß der Erbschaftsbesitzer den rechtsgeschäftlichen Erwerb **mit Mitteln der Erbschaft** gemacht hat. Hinsichtlich der Bedeutung der auch in §§ 1381, 1646, 2111 sowie in KO. § 45 vorkommenden Worte „mit Mitteln" herrscht in der Literatur eine gewisse Unsicherheit, die darin ihren Ausdruck findet, daß bald wirtschaftliche bald juristische Erwägungen in den Vordergrund gestellt werden (vgl. hierzu Beyer S. 123). Für den Versuch einer allgemein durchgreifenden Auslegung ist hier nicht der Raum. Festzustellen ist aber, daß unter „den Mitteln der Erbschaft" im Sinne des § 2019 jedenfalls nur Erbschaftsgegenstände (mit Inbegriff der auch nur besitzrechtlich zur Erbschaft gehörenden Sachen, soweit der Erbschaftsbesitzer über sie wirksam verfügt hat, und mit Inbegriff der Gegenstände, welche nicht Sachen, sondern Rechte sind) zu verstehen sind. Zu den Mitteln der Erbschaft im Sinne des § 2019 ist also nicht zu rechnen, was der Erbschaftsbesitzer zufolge des § 2021 (vgl. auch Erl. zu § 2020) lediglich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung oder als Schadensersatz (vgl. §§ 2023—2025) zu leisten hat. Der dem § 2019 zugrunde liegende Gedanke ist, daß aus dem durch Verfügung über Erbschaftsgegenstände vermittelten Erwerb anderer Gegenstände kraft Surrogation neue Erbschaftsgegenstände erwachsen sollen (vgl. auch Beyer S. 125 ff.). Die Durchführung dieses weittragenden Gedankens führt zu folgenden Ergebnissen: Alles, was als rechtsgeschäftlich erworbene Gegenleistung für die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes aufgefaßt werden kann, ist der Surrogation unterworfen. Es kommen daher nicht nur die Kaufpreise für verkaufte und übereignete Erbschaftsgegenstände und die mit Erbschaftsgeld angeschafften oder für Erbschaftsgegenstände eingetauschten Sachen und Rechte in Betracht, sondern nicht minder auch die durch Einziehung von Erbschaftsforderungen erhaltenen Leistungen, die wegen solcher Forderungen auf Grund eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs erhaltenen Abfindungen und andererseits die durch Ausleihung von

Erbschaftskapital erworbenen Forderungen. Festzuhalten ist jedoch, daß die Aufwendung von Mitteln der Erbschaft in rechtlichem Zusammenhange mit dem dadurch gemachten rechtsgeschäftlichen Erwerbe stehen muß. Aus diesem Grunde wird man die dem Erbschaftsbesitzer für verschenkte Erbschaftssachen aus freien Stücken gemachten Gegengeschenke nicht (wie dies Leonhard S. 14 und im Anschluß an ihn auch Herzfelder S. 254 entsprechend einer Pandektenstelle auch für das BGB. will) der Surrogation unterwerfen dürfen.

Daß auch das von einem Erbschaftsschuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit an den Erbschaftsbesitzer Geleistete Bestandteil der Erbschaft wird, entspricht nicht nur dem E. I (vgl. § 2081 Nr. 3: „insbesondere durch Annahme einer Leistung" und dazu M. V S. 583 f.), sondern auch der wiederholt ausgesprochenen Meinung der zweiten Kommission, die einen ursprünglich aufgenommenen dies verdeutlichenden Satz später als entbehrlich gestrichen hat (P. II Bd. 5 S. 719 f., Bd. 6 S. 316, 326). Ist die Leistung an den Erbschaftsbesitzer dem Erben gegenüber wirksam, z. B. in den Fällen der §§ 793, 851, 893, 2367, so ist die Forderung erloschen, das Geleistete also mit Mitteln der Erbschaft erworben. Das gleiche tritt aber auch dann ein, wenn die Leistung an sich dem Erben gegenüber unwirksam ist, dieser jedoch die Einziehung der Forderung genehmigt, was er unter Umständen schon mit der Inanspruchnahme des Geleisteten tut. Es gilt mithin hier nichts anderes wie bei der Verfügung des Erbschaftsbesitzers über Erbschaftssachen; abweichend Leonhard S. 15, 110.

Unwesentlich ist, ob die mit Erbschaftsmitteln erworbenen Gegenstände, insbesondere mit Erbschaftsgeld angeschaffte Sachen für die Erbschaft erworben sind. Es werden daher auch Sachen, die nur für den persönlichen Gebrauch des Erbschaftsbesitzers oder seiner Angehörigen bestimmt und dienlich sind, wie Kleidungsstücke, fachwissenschaftliche Bücher und Instrumente, zu Bestandteilen der Erbschaft. Andererseits erstreckt sich der Erbschaftsanspruch nicht auf Gegenstände, die der Erbschaftsbesitzer für die Erbschaft, aber nicht mit Mitteln derselben erwirbt. Nach beiden Richtungen weicht das BGB. vom gem. Rechte ab; zu dem zweiten Satze vgl. auch § 1048 Abs. 1 a. E., §§ 1378, 2111 Abs. 2.

Was den Umfang der Surrogation anbetrifft, so bestehen weder betreffs der weggegebenen noch betreffs der erworbenen Gegenstände besondere Beschränkungen. Die Surrogation tritt nicht wie im Falle des § 1381 nur bei dem Erwerbe von beweglichen Sachen ein, sondern auch bei dem Erwerbe von Grundstücken und von Rechten, soweit letztere nicht an die Person des Erwerbers gebunden sind, oder sich nicht sonst aus der Beschaffenheit des fraglichen Rechtes ein anderes ergibt (vgl. dazu Erl. 2 a. E.). Andererseits ist auch die Beschränkung des E. I fortgefallen, nach der die Surrogation ausgeschlossen sein sollte bei der Weggabe von verbrauchbaren Sachen, insbesondere von Erbschaftsgeld. Infolge dieser Ausdehnung kann leicht ein Miteigentumsverhältnis entstehen, wenn nämlich der Erbschaftsbesitzer eine Sache teils mit eigenem, teils mit erbschaftlichem Gelde erwirbt. Unzweifelhaft ist bei der dinglichen Wirkung der Surrogation, daß diese sich mehrfach wiederholen kann, wenn z. B. der Erbschaftsbesitzer den Erlös eines verkauften Erbschaftsgrundstücks als Darlehen ausleiht und mit dem zurückerhaltenen Gelde Wertpapiere anschafft.

4. Die Vorschrift des Abs. 2 bezweckt den Schutz des gutgläubigen Schuldners einer lediglich kraft rechtsgeschäftlicher Surrogation (Abs. 1) zur Erbschaft gehörenden Forderung; vgl. die gleichartigen Vorschriften des § 720, § 1473 Abs. 2, § 1524 Abs. 2, § 2111 Abs. 1 Satz 2 und die Erl. zu §§ 720, 1473. Die entsprechende Anwendung der §§ 406—408 auf den Fall des § 2019 wird nach dem dort Bemerkten ohne Schwierigkeit sein. Hervorzuheben ist nur, daß an die Stelle der Abtretung der Forderung nicht etwa die Geltendmachung, sondern die Entstehung des Erbschaftsanspruchs tritt, so daß schon die Kenntnis von den Tatsachen, die den Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer und die Erstreckung des Anspruchs auf die Forderung begründen, dem Schuldner den Schutz der §§ 406—408 entzieht (vgl. Erl. 5 zu § 406).

5. Sonstige der Erbschaft neu zuwachsende Gegenstände. Daraus, daß § 2019 die Geltung des Surrogationsprinzips hinsichtlich des vom Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft gemachten rechtsgeschäftlichen Erwerbs hervorhebt, und aus der von der zweiten Kommission vorgenommenen Streichung der in Z. 2 von § 2081 des E. I enthaltenen Bestimmung darf keineswegs der Schluß gezogen werden, daß diejenigen Gegenstände, „welche auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes dem Erben erworben worden sind", nach dem BGB. im Verhältnis zwischen Erben und Erbschaftsbesitzer als Erbschaftsgegenstände nicht anzusehen seien. Soweit nicht die Vorschrift des § 2020 eingreift, versteht es sich vielmehr geradezu von

§. 2020. Der Erbschaftsbesitzer hat dem Erben die gezogenen Nutzungen herauszugeben; die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auch auf Früchte, an denen er das Eigenthum erworben hat.

---

selbst, daß ein auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes ohne Vermittelung eines Rechtsgeschäftes eintretender Erwerb (man denke z. B. an die Schatzhälfte des Grundeigentümers nach § 984 oder an den Erwerb einer Eigentümerhypothek nach § 1163 an einem zum Nachlaß gehörenden Grundstück) für den wahren Erben gemacht wird und daß Ansprüche wegen Zerstörung oder Beschädigung eines Erbschaftsgegenstandes nicht in der Person des Erbschaftsbesitzers, sondern in der des wahren Erben entstehen. Wenn es im § 2019 Abs. 1 vermieden wurde, auch von diesen Gegenständen auszusagen, daß sie als aus der Erbschaft erlangt gelten sollen, so verdient dies volle Billigung. Denn in den hierher gehörenden Fällen hat der Erbschaftsbesitzer dadurch allein, daß der Erbe (indem er z. B. Subjekt einer gegen einen Dritten sich richtenden Schadensersatzforderung wird) einen unmittelbaren Erwerb macht, noch nichts aus der Erbschaft erlangt und in Ansehung eines von ihm nicht erlangten Gegenstandes kann ihn daher auch keine Herausgabepflicht treffen.

Ein eigenartiger Surrogationsfall ist gegeben, wenn der Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft zur Tilgung einer nur vermeintlichen Nachlaßverbindlichkeit, also eines indebitum, eine Leistung bewirkt. Obschon man mit Rücksicht darauf, daß die Entstehung der condictio indebiti nicht als rechtsgeschäftliche Folge der geleisteten Zahlung angesehen werden kann, vielleicht zweifeln kann, ob der Fall durch den Wortlaut des § 2019 Abs. 1 gedeckt ist, so wird doch nicht zu bestreiten sein, daß die condictio indebiti unmittelbar für den Erben entsteht. Denn sonst würde der Erbe in unserem Falle ungünstiger gestellt sein, als er gestellt sein würde, wenn der Erbschaftsbesitzer das Geleistete als Darlehen hingegeben hätte. Vgl. auch Strohal II S. 392, Binder III S. 414 Anm. 38, Beyer S. 139 ff., in der Hauptsache übereinstimmend, in der Begründung jedoch auseinandergehend. Von der Art der Begründung und zwar insbesondere davon, ob man unsern Fall im Wege der darauf sich stützenden ausdehnenden Auslegung, daß der Erwerb der condictio indebiti doch immerhin durch ein hinsichtlich eines Erbschaftsgegenstandes vorgenommenes Rechtsgeschäft, nämlich durch die Eigentumsübertragung, vermittelt wird, unter Abs. 1 von § 2019 subsumiert (dafür mit beachtlichen Gründen Beyer S. 141), oder ob man dies für ausgeschlossen hält, hängt es ab, ob auf ihn auch Abs. 2 von § 2019 anzuwenden ist.

§ 2020.

E. I § 2081 Nr. 4; II § 1894 rev. § 1997; III § 1995. P. I S. 10695, 10736, 12274; M. V S. 585 f. P. II Bd. 5 S. 710, 714 f. D. S. 727.

1. Erstreckung des Erbschaftsanspruchs auf die vom Erbschaftsbesitzer gezogenen Nutzungen. Der § 2020 enthält eine Besonderheit des Erbschaftsanspruchs, insofern er den Erbschaftsbesitzer schlechthin zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen verpflichtet. Ständen dem Erben nur die Einzelansprüche zu, so würde der Erbschaftsbesitzer die Nutzungen der zur Erbschaft gehörenden körperlichen Sachen nach § 993 nicht bzw. nur in dem dort bestimmten beschränkten Umfange herauszugeben haben, während er in Ansehung anderer Erbschaftsgegenstände mit der Bereicherungsklage gemäß §§ 812, 818 auch auf Herausgabe der Nutzungen bzw. Ersatz ihres Wertes in Anspruch genommen werden könnte. Dieser Unterschied wird für den Erbschaftsanspruch beseitigt, indem der Erbschaftsbesitzer, abweichend von den im § 993 für den Besitzer einer einzelnen Sache gegebenen Vorschriften zur Herausgabe aller auch von Erbschaftssachen gezogenen Nutzungen verpflichtet wird. Die Gründe, auf welchen der § 993 beruht (M. III S. 401), treffen bei dem Gesamtanspruche gegen den Erbschaftsbesitzer nicht zu; das Interesse des Erben und das Interesse der Nachlaßgläubiger erfordert, daß ohne Rücksicht auf die zufällige Zusammensetzung der Erbschaft aus Sachen oder Rechten der Umfang des Herausgabeanspruchs betreffs der Nutzungen möglichst weitgehend bemessen wird.

2. Gestaltung der Herausgabepflicht. Soweit der Erbschaftsbesitzer aus den Erbschaftsgegenständen Nutzungen gezogen hat, die nicht Früchte sind, kann selbstverständlich nur eine obligatorische Verpflichtung zur Herausgabe in Frage kommen. Soweit es sich dagegen um vom Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft gezogene Früchte handelt, könnte die Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers grundsätzlich als eine dingliche behandelt werden. Allein dies ist im zweiten Halbsatz des § 2020, der voraussetzt, daß zu den herauszugebenden Früchten auch

§. 2021. Soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außer Stande ist, bestimmt sich seine Verpflichtung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

---

solche gehören können, an denen der Erbschaftsbesitzer das Eigentum erwirbt, unzweideutig abgelehnt. Fraglich bleibt jedoch, in Ansehung welcher Früchte ein Eigentumserwerb des Erbschaftsbesitzers anzunehmen ist.

a) Das Eigentum der natürlichen Früchte der rechtlich zur Erbschaft gehörenden Sachen erwirbt der gutgläubige Erbschaftsbesitzer nach Maßgabe des § 955 Abs. 1 mit der Trennung. Das gleiche gilt nach § 955 Abs. 2 von den Früchten solcher Sachen, die der Erbschaftsbesitzer zum Zwecke der Ausübung eines zur Erbschaft gehörenden Nutzungsrechtes an ihnen, oder kraft einer zur Erbschaft gehörenden Pachtberechtigung (§ 956 Abs. 1) besitzt. Auf Früchte dieser Art bezieht sich die in § 2019 bestimmte Surrogation offenbar nicht. Die den Erbschaftsbesitzer hinsichtlich ihrer treffende Herausgabepflicht kann daher nur eine obligatorische sein.

b) Hinsichtlich derjenigen Früchte, deren Erwerb dem Erbschaftsbesitzer durch Leistung eines Nachlaßschuldners (etwa des Mieters oder Pächters eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes oder des Schuldners eines zum Nachlaß gehörenden verzinslichen Kapitals) vermittelt wird, entsteht der Zweifel, ob es bei den allgemeinen Grundsätzen über den Eigentumserwerb bewenden, oder ob nicht vielmehr das Surrogationsprinzip des § 2019 zur Durchführung gebracht werden soll. Aus den Protokollen ist zu entnehmen, daß sich die zweite Kommission die den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer hinsichtlich der Nutzungen treffende Herausgabepflicht als eine durchaus nur obligationenrechtliche gedacht hat (P. II Bd. 5 S. 714, 715). Allein im Gesetze selbst ist diese Auffassung, deren Durchführung hinsichtlich der hier in Frage kommenden Früchte den positiven Ausschluß des im § 2019 bestimmten Surrogationsprinzips erfordert hätte, nicht zum Ausdruck gelangt (anders noch, obschon nicht ohne Bedenken, die früheren Auflagen dieses Werkes und die bisher überwiegende Meinung, der sich auch Dernburg V § 155 Anm. 7 angeschlossen hat). Man muß sich somit für das Durchgreifen des Surrogationsprinzips und des dinglichen Anspruchs entscheiden (vgl. auch Beyer S. 131, 132).

c) Der bösgläubige Erbschaftsbesitzer erwirbt das Eigentum an den unter a) bezeichneten Früchten schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht, und hieran wird durch § 2020 nichts geändert (vgl. Strohal II S. 393). Ihn trifft daher insoweit eine dingliche Herausgabepflicht. Zu demselben Ergebnis führt das Durchgreifen des Surrogationsprinzips (vgl. die vorstehende Ausführung), wenn der bösgläubige Erbschaftsbesitzer Früchte der unter b) bezeichneten Art erwirbt.

3. Der Erbschaftsbesitzer hat, soweit nicht mit der Rechtshängigkeit des Erbschaftsanspruchs oder schon vorher mit seiner Unredlichkeit nach §§ 2023, 2024 andere Grundsätze eintreten, mag es sich um Früchte oder um die Vorteile des Gebrauchs handeln, nur die wirklich gezogenen Nutzungen herauszugeben, nicht auch für versäumte Nutzungen (vgl. § 987 Abs. 2) Ersatz zu leisten. Selbst wenn nicht der dingliche, sondern nur der obligatorische Herausgabeanspruch (vgl. Erl. 2a) durchgreift, so sind die vom Erbschaftsbesitzer gezogenen Nutzungen, soweit ihre Beschaffenheit dies zuläßt und sie noch bei ihm vorhanden sind, in Natur herauszugeben, für verzehrte oder veräußerte Früchte aber sowie für die genossenen Vorteile des Gebrauchs von Sachen oder Rechten, soweit er noch bereichert ist, ist der Wert zu ersetzen (§ 818 Abs. 2, 3, § 2021). Wegen des dem Erbschaftsbesitzer zustehenden Anspruchs auf Ersatz der auf die Früchte verwendeten Gewinnungskosten s. Erl. 1a zu § 2022.

§ 2021.

E. I § 2083; II § 1895 rev. § 1998; III § 1996. P. I S. 10679 ff., 10688 ff., 10695 f., 10707 f., 10720, 10724, 10730 ff.; M. V S. 587 f. P. II Bd. 5 S. 696 ff., 716.

Haftung des Erbschaftsbesitzers nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Der Erbschaftsbesitzer kann aus verschiedenen Gründen außerstande sein, dasjenige, was er aus der Erbschaft erlangt hat, einschließlich der nach §§ 2019, 2020 herauszugebenden Surrogate und Nutzungen in Natur herauszugeben. Eine solche Unmöglichkeit liegt von Anfang an bei Nutzungen vor, die in den Vorteilen des Gebrauchs erbschaftlicher Sachen oder Rechte bestehen. Sie tritt später ein, wenn erbschaftliche Gegenstände, welche hätten herausgegeben werden müssen, nicht mehr vorhanden sind. Dabei macht es keinen Unterschied, auf welchem Grunde dies beruht, insbesondere ob die Gegenstände durch Zufall

§. 2022. Der Erbschaftsbesitzer ist zur Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen nur gegen Ersatz aller Verwendungen verpflichtet, soweit nicht die Verwendungen durch Anrechnung auf die nach §. 2021 herauszugebende Bereicherung gedeckt werden. Die für den Eigenthumsanspruch geltenden Vorschriften der §§. 1000 bis 1003 finden Anwendung.

Zu den Verwendungen gehören auch die Aufwendungen, die der Erbschaftsbesitzer zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft oder zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten macht.

Soweit der Erbe für Aufwendungen, die nicht auf einzelne Sachen gemacht worden sind, insbesondere für die im Abs. 2 bezeichneten Aufwendungen, nach den allgemeinen Vorschriften in weiterem Umfang Ersatz zu leisten hat, bleibt der Anspruch des Erbschaftsbesitzers unberührt.

---

untergegangen sind oder ob der Erbschaftsbesitzer den Untergang verschuldet oder die Gegenstände veräußert hat. Für den letztgedachten Fall ist nur zu beachten, daß, wenn die Veräußerung gegen Entgelt erfolgt ist, die Vorschrift des § 2019 Platz greift. Ferner besteht auch dann keine Unmöglichkeit der Herausgabe, wenn erbschaftliche Sachen mit Sachen des Erbschaftsbesitzers in solcher Art verbunden, vermischt oder vermengt sind, daß nach §§ 947, 948 Miteigentum der bisherigen Eigentümer entstanden ist, weil in diesem Falle das Miteigentum des Erben herauszugeben ist. Herausgabe in Natur ist aber wieder ausgeschlossen, wo das Surrogationsprinzip des § 2019 nicht durchgreifen kann, weil das aus der Erbschaft Erlangte in dem Eigenvermögen des Erbschaftsbesitzers aufgegangen ist; vgl. dazu die in Erl. 2 a. E. zu § 2019 hervorgehobenen Fälle.

Soweit die Voraussetzung des § 2021 zutrifft, sind nach § 2021 für die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers ihrer Art und ihrem Umfange nach die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung maßgebend. Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

a) Der Erbschaftsbesitzer hat, soweit er zur Herausgabe außerstande ist, dem Erben den Wert des Erlangten in Geld zu ersetzen (§ 818 Abs. 2).

b) Diese Verpflichtung ist ausgeschlossen, soweit der Erbschaftsbesitzer nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3, vgl. Erl. 3b zu § 2022). § 822 findet Anwendung. Hat der Erbschaftsbesitzer also das aus der Erbschaft Erlangte unentgeltlich einem Dritten zugewendet, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte nach § 822 haftbar.

c) Von der Rechtshängigkeit des Erbschaftsanspruchs an haftet der Erbschaftsbesitzer nach den für Geldschulden geltenden allgemeinen Vorschriften, insbesondere hat er die Schuld gemäß § 291 zu verzinsen.

Der § 2023 (Einfluß der Rechtshängigkeit) kommt, da er sich nur auf die dingliche Seite des Erbschaftsanspruchs bezieht, im Falle des § 2021 nicht in Betracht. Dagegen ist § 2024 (Wirkung des schlechten Glaubens) auch hier anwendbar und schließt den § 819 Abs. 1 aus (vgl. Erl. 1 zu § 2024).

§ 2022.

E. I § 2084; II § 1896 rev. § 1999; III § 1997. P. I E. 10679 ff., 10691, 10695 f., 10718 ff., 10725 ff., 10741 ff., 11404 f.; M. V E. 539 f. P. II Bd. 5 E. 716 ff. D. E. 727.

Verwendungen des Erbschaftsbesitzers.

1. Der redliche Erbschaftsbesitzer ist gegenüber dem Verlangen auf Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden und somit dem dinglichen Anspruch unterliegenden Sachen in Ansehung der von ihm gemachten Verwendungen erheblich günstiger gestellt als der mit der Eigentumsklage belangte Besitzer einer einzelnen Sache. Was § 2022 hierüber bestimmt, bezieht sich übrigens nur auf die Zeit vor der Rechtshängigkeit.

a) Die Begünstigung tritt zunächst hervor in der **Art der** zu ersetzenden **Verwendungen.** Dem Erbschaftsbesitzer sind nach § 2022 Abs. 1 alle Verwendungen zu ersetzen. Er kann daher

α) wie der Besitzer einer einzelnen Sache Ersatz der notwendigen Verwendungen verlangen, und zwar ohne die Beschränkungen, welchen jener nach § 994 Abs. 1 Satz 2 und nach § 995 Satz 2 hinsichtlich der Erstattung der gewöhnlichen Erhaltungskosten und derjenigen

Aufwendungen unterliegt, welche er zur Bestreitung der regelmäßigen Lasten der Sache gemacht hat. Letzteres würde sich schon daraus ergeben, daß dem Erbschaftsbesitzer die Nutzungen für keine Zeit seines Besitzes verbleiben. Das Abtrennungsrecht nach § 997 steht dem Erbschaftsbesitzer ohne die Beschränkung des § 997 Abs. 2 zu, soweit sich letztere auf den § 994 Abs. 1 Satz 2 gründet. Die Kosten, die der Erbschaftsbesitzer auf die Gewinnung von Früchten verwendet hat, sind ihm im vollen Umfange zu ersetzen, auch soweit sie über das Maß einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hinausgehen und den Wert der Früchte übersteigen. Die §§ 102, 998 kommen nicht zur Anwendung; der Schaden einer Mißernte trifft den Erben.

β) Für andere als notwendige Verwendungen (impensae utiles und voluptuariae) kann der Erbschaftsbesitzer, abweichend von § 996, auch insoweit Ersatz verlangen, als der Wert der Sache durch sie nicht mehr erhöht oder überhaupt nicht erhöht worden ist.

b) Der Erbschaftsbesitzer kann nicht nur Ersatz derjenigen Verwendungen verlangen, welche er auf die vom Erben beanspruchten Erbschaftsstücke gemacht hat, sondern auch Ersatz des auf andere, z. B. auf untergegangene Erbschaftssachen Verwendeten und Ersatz solcher Aufwendungen, die überhaupt nicht auf einzelne Sachen, sondern für die **Erbschaft als Ganzes** gemacht sind. In letzterer Beziehung bestimmt der Abs. 2, daß als Verwendungen auch die Aufwendungen gelten, die der Erbschaftsbesitzer zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft oder zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten macht. Der Erbschaftsbesitzer kann hiernach für die Befriedigung eines Gläubigers des Erblassers, für die Entrichtung eines Vermächtnisses, für die Kosten der Beerdigung des Erblassers und der zur Abwicklung des Nachlasses erforderlichen gerichtlichen Handlungen, wie für Verwendungen auf eine einzelne Erbschaftssache, Ersatz verlangen. Unter den „Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten der Erbschaft" ist in erster Linie die Erbschaftssteuer zu verstehen, zu deren Erstattung jedoch der wahre Erbe dem Erbschaftsbesitzer nur verpflichtet ist, wenn und soweit er (der Erbe) der Steuer unterliegt. Das darüber hinaus Gezahlte kann der Erbschaftsbesitzer vom Fiskus mit der condictio indebiti zurückfordern; soweit die Rückforderung wegen Ablaufs der maßgebenden Frist oder Verjährung ausgeschlossen ist, kann er die Auslage dem Erben gegenüber unter dem Gesichtspunkte des Wegfalls der Bereicherung geltend machen (s. Erl. 3 zu b a. E.), sonst unter demselben Gesichtspunkte nur gegen Abtretung der condictio indebiti an den Erben (vgl. Dernburg V § 156 Anm. 12).

Hat der Erbschaftsbesitzer neben der ihm obliegenden Herausgabe von Erbschaftssachen auch für nicht mehr vorhandene Sachen nach §§ 2021, 818 Ersatz zu leisten, so mindern seine Verwendungen den Betrag seiner Bereicherung. Soweit sie auf diese Art Berücksichtigung finden, ist ihre anderweitige Geltendmachung natürlich ausgeschlossen. Dies besagt der zweite Halbsatz des Abs. 1 Satz 1, aus dessen Fassung hervorgeht, daß der Beweis für das Vorliegen des Ausnahmefalls von dem Erben zu führen ist (vgl. Bd. I S. 48, 49 Nr. 4). Es kann sich aber hierbei, da der Erbschaftsbesitzer für den Wegfall der Bereicherung beweispflichtig ist (Erl. 5 a. E. zu § 2018), immer nur darum handeln, ob die Verwendungen bereits bei einer früheren Berechnung als Abzugsposten eingestellt sind.

2. Betreffs der **Geltendmachung** des Ersatzanspruchs verweist Abs. 1 Satz 2 auf die §§ 1000—1003. Hiernach steht dem Erbschaftsbesitzer zunächst ein Zurückbehaltungsrecht zu, welches nur fortfällt, wenn er den Besitz der Sachen, deren Zurückbehaltung in Frage steht, durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (§ 1000). Der Erbschaftsbesitzer hat darüber hinaus einen selbständigen Ersatzanspruch, der jedoch nach § 1001 von der Wiedererlangung der Sache oder der Genehmigung der Verwendungen seitens des Erben abhängig, im Falle der Herausgabe an die kurzen Fristen des § 1002 gebunden und bei Verweigerung oder Verzögerung der Genehmigung nach § 1003 auf die Befriedigung aus der Sache selbst beschränkt ist. Das Zurückbehaltungsrecht erstreckt sich, wie schon oben bemerkt ist (Erl. 1 zu b), nicht nur auf die Sachen, auf welche der Erbschaftsbesitzer etwas verwendet hat, sondern auf alle noch in seinem Besitze befindlichen Erbschaftssachen. Der Ersatzanspruch aber kann bei solchen Verwendungen, die nur auf einzelne Erbschaftssachen gemacht sind, nicht schon dann erhoben werden, wenn der Erbe irgendeine Erbschaftssache, sondern erst dann, wenn er die betreffende Sache oder, falls diese untergegangen ist, wenn er sämtliche noch vorhandenen Erbschaftssachen bzw. deren Surrogate erlangt hat. Dem entsprechend sind auch die Fristen des § 1002 von dem Zeitpunkt an zu berechnen, in welchem der Erbschaftsbesitzer die fragliche Sache, eventuell den Rest aller noch vorhandenen Erbschaftssachen herausgegeben hat. Das Recht, sich nach § 1001 Satz 2 von dem Ersatzanspruche durch Rückgabe der Sache zu befreien, kann der Erbe nur in

der Weise ausüben, daß er sämtliche wiedererlangten Erbschaftssachen zurückgibt. Ebenso steht dem Erbschaftsbesitzer das im § 1003 geregelte Recht der Selbstbefriedigung bezüglich aller (noch in seinem Besitze befindlichen) Erbschaftssachen zu.

Bei Aufwendungen, die nicht auf einzelne Sachen gemacht sind, kommt bei der Anwendung der §§ 1001, 1002 stets nur die Wiedererlangung, die Rückgabe oder die Herausgabe der sämtlichen noch vorhandenen Erbschaftssachen in Betracht. Die Ausschlußfrist nach § 1002 beträgt bei solchen Aufwendungen einen Monat, auch wenn sich unter den herausgegebenen Erbschaftssachen Grundstücke befinden (so auch Strohal II § 95 Anm. 22, anders Kohler, Vermögen als sachenrechtliche Einheit im Arch. f. Bürg. R. 22 S. 20, der in diesem Falle die Frist von sechs Monaten zur Anwendung gebracht wissen will). Der Erbschaftsbesitzer ist aber bei Aufwendungen der fraglichen Art nicht auf die Rechtsbehelfe der §§ 1000—1003 beschränkt, vielmehr kann er, wenn ihm wegen dieser Aufwendungen nach sonstigen Vorschriften, z. B. wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Erben, ein weiter gehender Ersatzanspruch gegen letzteren zusteht, auch diesen geltend machen. Dies ist im Abs. 3 besonders ausgesprochen, um den Zweifel abzuschneiden, der sich aus der Fassung des Abs. 1 Satz 2 und des Abs. 2 ergeben könnte (P. II Bd. 5 S. 717 f.). Zur Verdeutlichung des Abs. 3 mögen folgende Beispiele hervorgehoben werden: Hat der Erbschaftsbesitzer Nachlaßverbindlichkeiten aus eigenen Mitteln berichtigt, so ist ihm der Erbe schon nach § 812 zur Herausgabe der dadurch erlangten Bereicherung verpflichtet. Sind ferner für den Erbschaftsbesitzer dadurch, daß er das Begräbnis des Erblassers geordnet hat, persönliche Verpflichtungen gegenüber dritten Personen entstanden, so steht ihm gegenüber den Erben nach § 1968 der Anspruch auf Befreiung bzw. auf Ersatz des aus seinen Mitteln Geleisteten zu. Ein anderer hierher gehörender Fall ist gegeben, wenn die Kosten der hinsichtlich des Erblassers erfolgten Todeserklärung vom Erbschaftsbesitzer bestritten worden sind (vgl. auch KO. § 224 Nr. 3).

3. In der Literatur ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Bestimmung des § 2022 analog auf den Fall zu übertragen sei, wenn der Erbe gegenüber dem Erbschaftsbesitzer etwa hinsichtlich einer zum Nachlaß gehörenden und auf den Namen des Erbschaftsbesitzers umgeschriebenen Hypothek Grundbuchberichtigung verlangt. Mit Strohal II S. 400 dürfte zu entscheiden sein, daß der Erbschaftsbesitzer seine Zustimmung zur Grundbuchberichtigung so lange verweigern kann, bis ihm die in § 2022 bezeichneten Verwendungen ersetzt sind.

4. Ungeachtet des ihm aus § 2022 erwachsenden Rechtes kann der redliche Erbschaftsbesitzer unter Umständen selbst bei zureichender Erbschaft doch infolge seines Erbschaftsbesitzes eine sehr erhebliche Vermögenseinbuße erleiden. So z. B. wenn er aus Anlaß des von ihm mit Unrecht angenommenen Anfalls der Erbschaft dritten Personen aus seinem Eigenvermögen freigebige Zuwendungen gemacht oder seine ganze Lebenshaltung auf einen größeren Fuß gestellt hat, als er bisher gewohnt war. Unter den Gesichtspunkt von Aufwendungen auf die Erbschaft oder auf einzelne Erbschaftsgegenstände lassen sich diese Auslagen des Erbschaftsbesitzers offenbar nicht bringen, und ihretwegen kann ihm das im § 2022 gegenüber dem dinglichen Teile des Anspruchs (vgl. aber doch auch Erl. 5b) bestimmte Zurückbehaltungsrecht nicht zustehen (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 716ff. Strohal II S. 401, 402).

5. Über die Tragweite des § 2022 ist jetzt noch zusammenfassend zu bemerken:

a) Der § 2022 gilt nur für den redlichen Erbschaftsbesitzer und auch für diesen nur bezüglich derjenigen Verwendungen, welche er vor der Rechtshängigkeit des Erbschaftsanspruchs macht. Für Verwendungen, die erst nach diesem Zeitpunkte gemacht sind, bestimmt sich die Ersatzpflicht des Erben nach § 2023 bzw. nach den §§ 994 ff. (vgl. Erl. 1c zu § 2023). Das gleiche gilt gemäß § 2024 für die Verwendungen des unredlichen Erbschaftsbesitzers.

b) Der § 2022 bestimmt das Maß der Gegenrechte des Erbschaftsbesitzers nur insoweit, als der Erbschaftsanspruch auf Herausgabe der zur Erbschaft gehörenden Sachen und ihrer Surrogate gerichtet ist und demgemäß einen dinglichen Charakter hat. Soweit der Anspruch des Erben auf die Herausgabe der Bereicherung gerichtet und daher persönlicher Natur ist (§§ 2020, 2021), befindet sich der Erbschaftsbesitzer in einer günstigeren Rechtslage. Er kann gegenüber diesem Teile des Erbschaftsanspruchs auch Aufwendungen in Abzug bringen, die er aus seinem eigenen Vermögen ohne eigentliche Verwendung, aber doch mit Rücksicht auf die ihm vermeintlich angefallene Erbschaft gemacht hat, z. B. die Kosten von Vergnügungen und von Reisen, die er nicht unternommen haben würde, wenn er sein Vermögen nicht um die Erbschaft vermehrt geglaubt hätte (P. II Bd. 5 S. 717; vgl. auch M. V S. 588). Hat der Erbschaftsbesitzer eigene Mittel zur Tilgung einer nur vermeintlichen Nachlaßverbindlichkeit verwendet,

§. 2023. Hat der Erbschaftsbesitzer zur Erbschaft gehörende Sachen herauszugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Erben auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, die für das Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigenthumsanspruchs an gelten.

Das Gleiche gilt von dem Anspruche des Erben auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Erbschaftsbesitzers auf Ersatz von Verwendungen.

---

so wird er, soweit sich seine Herausgabepflicht nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung bestimmt, den Wert des Geleisteten unter Abtretung der ihm zustehenden condictio indebiti an den Erben als Minderung seiner Bereicherung in Rechnung stellen können. Nicht einwandfrei in diesem Punkte die Entscheidung der M. V S. 588; bezüglich des röm. Rechtes vgl. die kritische Würdigung der l. 20 § 18 D. 5, 3 bei Vangerow, Pand. II § 508 unter Nr. IV 1 zweite Hälfte.

c) Kein Fall des § 2022 ist gegeben, wenn einem Miterben gegenüber zum Zwecke der Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft Herausgabe von Nachlaßsachen zur Vornahme der Versteigerung verlangt wird; vgl. KG. in Rspr. 8 S. 272.

§ 2023.

E. I § 2085; II § 1897 rev. § 2060; III § 1998. P. I § 10718 f., 10722 f., 10728 f., 11731 f.; M. V S. 591. P. II Bd. 5 S. 718 f. D. S. 727.

1. Der § 2023 bestimmt den **Einfluß der Rechtshängigkeit** (CPO. §§ 263, 281) des Erbschaftsanspruchs auf das Verhältnis zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer, soweit die **dingliche** Seite des Erbschaftsanspruchs in Betracht kommt. Diese Beschränkung ist in den Eingangsworten ausgedrückt, nach welchen die Vorschriften des Paragraphen nur gelten, soweit der Erbschaftsbesitzer „zur Erbschaft gehörende Sachen", d. h. die noch vorhandenen ursprünglichen Erbschaftssachen und deren Surrogate, nicht aber die Nutzungen, soweit sie nicht Früchte sind, und auch nicht die Früchte, an denen der Erbschaftsbesitzer das Eigentum erworben hat (s. Erl. 2a zu § 2020), herauszugeben hat (P. II Bd. 5 S. 718 f.). Mit dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Erbschaftsanspruchs muß der Erbschaftsbesitzer, auch wenn er von seinem Rechte überzeugt ist, die Möglichkeit ins Auge fassen, daß er in Wirklichkeit nicht Erbe ist (D. S. 727). Es tritt daher mit diesem Zeitpunkt eine Verschärfung seiner Haftung und eine Abschwächung seiner Gegenrechte ein, indem beide nach den Vorschriften bemessen werden, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer einer einzelnen Sache von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten.

Hiernach gilt im einzelnen folgendes:

a) Der Erbschaftsbesitzer ist von der Rechtshängigkeit an dem Erben *für den Schaden verantwortlich*, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens eine erbschaftliche Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§ 989; vgl. wegen des Verschuldens § 276, wegen des Schadensersatzes §§ 249 ff.).

b) Was die *Nutzungen* anbetrifft, so hat der Erbschaftsbesitzer nicht nur die von den Sachen wirklich gezogenen Nutzungen herauszugeben (§ 987 Abs. 1, vgl. § 2020), sondern auch, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt, dem Erben Ersatz zu leisten, wenn er während der Rechtshängigkeit *Nutzungen von Erbschaftssachen nicht zieht*, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte (§ 987 Abs. 2).

c) Macht der Erbschaftsbesitzer während der Rechtshängigkeit *Verwendungen*, so sind ihm diese (unbeschadet der Sondervorschrift des § 998) nur insoweit zu ersetzen, als sie notwendige sind, und auch diese nur, soweit er nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen kann (§ 994 Abs. 2, § 996, vgl. §§ 683, 684). Es fällt also mit der Rechtshängigkeit einmal die Begünstigung fort, daß der Erbschaftsbesitzer für Verwendungen *jedweder* Art Ersatz verlangen kann (Erl. 1a zu § 2022), sodann aber ist der Erbschaftsbesitzer nunmehr

§. 2024. Ist der Erbschaftsbesitzer bei dem Beginne des Erbschaftsbesitzes nicht in gutem Glauben, so haftet er so, wie wenn der Anspruch des Erben zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. Erfährt der Erbschaftsbesitzer später, daß er nicht Erbe ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntniß an. Eine weitergehende Haftung wegen Verzugs bleibt unberührt.

---

auch insofern schlechter gestellt, als sich das ob und wieviel des ihm wegen der seit der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen gebührenden Ersatzes nach den §§ 683, 684 bestimmt (vgl. dazu Erl. 3 zu § 994). Eine mit der Rechtshängigkeit des Erbschaftsanspruchs nach der Richtung hin eintretende Verschlechterung der Stellung des Erbschaftsbesitzers, daß er nur solche Verwendungen geltend machen könne, die gerade auf die herauszugebende Sache gemacht sind (dafür die bisherigen Auflagen dieses Werkes, dagegen Herzfelder S. 261), dürfte dagegen aus § 2023 nicht abzuleiten sein; als durchschlagend zu erachten ist vielmehr die Erwägung, daß der Erbschaftsanspruch als Gesamtanspruch in dem Vorbm. II 4 entwickelten Sinne auf alles geht, was der Beklagte aus der Erbschaft erlangt hat, und daß deshalb die Anwendung der Vorschriften über den Eigentumsanspruch auch hier zu dem Ergebnis führt, daß keine Rücksicht darauf zu nehmen ist, auf welche einzelnen Sachen die Verwendungen gemacht sind.

Soweit der Erbschaftsbesitzer die ihm nach dem zu a und b Bemerkten obliegenden Leistungen in Geld zu bewirken hat (§ 251), ist er gemäß § 291 zur Verzinsung verpflichtet.

2. Für den **persönlichen Teil** des Erbschaftsanspruchs gilt § 2023 nicht, doch sind die aus den Grundsätzen des Kondiktionenrechts zu gewinnenden Ergebnisse von der Art, daß betreffs des Einflusses der Rechtshängigkeit zwischen dem dinglichen und dem persönlichen Teile des Anspruchs keine erheblichen praktischen Unterschiede bestehen (vgl. P. II Bd. 5 S. 718). Denn nach § 818 Abs. 4 bemißt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an auch die Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach den allgemeinen Vorschriften. Der Erbschaftsbesitzer hat daher Geldschulden nach § 291 zu verzinsen und unterliegt, soweit er bestimmte Sachen, an denen er das Eigentum erworben hat (vgl. dazu Erl. 2a zu § 2020), herauszugeben hat, nunmehr gemäß § 292 auch hierbei wegen des Schadensersatzes für Verschlechterung, wegen der Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und wegen des Ersatzes von Verwendungen den Grundsätzen des Eigentumsanspruchs. Unzutreffend ist es aber, wenn hier und da behauptet wird, daß der erst nach der Rechtshängigkeit eingetretene Wegfall der früher vorhanden gewesenen Bereicherung den Erbschaftsbesitzer keinesfalls befreie bzw. das Maß der herauszugebenden Bereicherung nicht mehr mindern könne. Das Gegenteil ergibt sich sofort, wenn man die Bestimmung des § 292 auf den Fall anwendet, daß zur Zeit der Rechtshängigkeit vorhanden gewesene und, obschon der Erbschaftsbesitzer an ihnen das Eigentum erworben hat, doch nach § 2020 herauszugebende Früchte nach der Rechtshängigkeit infolge eines vom Erbschaftsbesitzer nicht zu vertretenden Umstandes untergegangen sind.

§ 2024.

G. I §§ 2085, 2086; II § 1898 rev. § 2001; III § 1999. P. I S. 10695 f., 10706 f., 10719 ff., 10728 f., 10734 f., 11405, 11436; M. V S. 591 f. P. II Bd. 5 S. 718 f. D. S. 727.

Haftung des bösgläubigen Erbschaftsbesitzers.

1. Der § 2024 bestimmt die Haftung des unredlichen Erbschaftsbesitzers für den dinglichen und für den persönlichen Teil des Erbschaftsanspruchs. Hinsichtlich des dinglichen Teiles (der Herausgabe von Erbschaftssachen) werden durch die Verweisung auf die Folgen der Rechtshängigkeit, die der Regelung der gleichen Frage bei dem Eigentumsanspruch (§ 990, § 994 Abs. 2, § 996) entspricht, die Vorschriften des § 2023 für anwendbar erklärt. Für den persönlichen Erbschaftsanspruch, der den Vorschriften des Kondiktionenrechts unterliegt, gilt der Grundsatz des § 818 Abs. 4, d. h. es treten an die Stelle der besonderen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse (s. das Nähere in der Erl. 2 zu § 2023). In Ermangelung einer besonderen Bestimmung würden die Vorschriften über den Eigentumsanspruch auf der einen und über die ungerechtfertigte Bereicherung auf der anderen Seite auch darüber entscheiden, unter welchen Voraussetzungen der Erbschaftsbesitzer als unredlich anzusehen ist. In dieser Beziehung beseitigt jedoch der § 2024 die Verschiedenheit, die nach § 819 einerseits und nach § 990 i. V. m. § 932 anderer-

§. 2025. Hat der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand durch eine strafbare Handlung oder eine zur Erbschaft gehörende Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt, so haftet er nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen. Ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer haftet jedoch wegen verbotener Eigenmacht nach diesen Vorschriften nur, wenn der Erbe den Besitz der Sache bereits thatsächlich ergriffen hatte.

---

seits hinsichtlich der Redlichkeit des Beklagten zwischen dem Bereicherungsanspruch und dem Eigentumsanspruch besteht. Denn während § 819 für die verschärfte Haftung die positive Kenntnis des Beklagten von dem Mangel des rechtlichen Grundes, sei es bei dem Empfange, sei es zu späterer Zeit voraussetzt, unterscheidet § 990 zwischen der bei dem Erwerbe des Besitzes vorhandenen und der später eintretenden Bösgläubigkeit; in dem ersteren Zeitpunkte wird der positiven Kenntnis des Besitzers davon, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist, die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleichgestellt (§ 990 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 932 Abs. 2), in dem späteren Zeitpunkte wird auch hier nur die positive Kenntnis berücksichtigt (§ 990 Abs. 1 Satz 2). Der § 2024 überträgt nun die Grundsätze des Eigentumsanspruchs auf den Erbschaftsanspruch, gleichviel, ob dieser dinglicher oder persönlicher Natur ist, indem er im Satz 1 für den Beginn des Erbschaftsbesitzes, ohne zwischen jenen beiden Seiten des Anspruchs zu unterscheiden, den Mangel des guten Glaubens, d. h. die **Kenntnis oder die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis** des Rechtsmangels als Voraussetzung der verschärften Haftung aufstellt, während im Satz 2 für einen späteren Zeitpunkt positive Kenntnis von dem Mangel des Erbrechts erfordert wird (P. II Bd. 5 S. 719). Unter dem „Beginne des Erbschaftsbesitzes" ist nach § 2018 die Zeit zu verstehen, in welcher der Erbschaftsbesitzer zuerst als (vermeintlicher oder angeblicher) Erbe etwas aus der Erbschaft erlangt hat.

2. Nach § 990 Abs. 2 finden auf die Haftung des unredlichen Besitzers einer einzelnen Sache neben den Vorschriften über den Eigentumsanspruch die Vorschriften **über den Verzug** (§§ 284 ff.) Anwendung, soweit sich aus ihnen eine weitergehende Haftung des Besitzers ergibt (vgl. Bd. II S. 4). Für den redlichen Besitzer ist die Haftung wegen Verzugs vor wie nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit ausgeschlossen (P. II Bd. 3 S. 344, 348). Diese Steigerung der Haftung des unredlichen Besitzers tritt nach § 2024 Satz 3 auch bei dem Erbschaftsanspruch ein, jedoch, da § 2024 für den Erbschaftsanspruch seinem ganzen Umfange nach gilt, nicht nur betreffs des dinglichen, sondern auch betreffs des persönlichen Teiles des Anspruchs. Auch soweit der Erbschaftsanspruch den Vorschriften des Kondiktionenrechtes unterliegt, wird anzunehmen sein, daß die Haftung wegen Verzug nur für den unredlichen Erbschaftsbesitzer in Frage kommt, den redlichen Erbschaftsbesitzer also selbst für die Zeit nach der Rechtshängigkeit nicht treffen kann. Die praktische Bedeutung des Satz 3 liegt darin, daß, wenn zu der Bösgläubigkeit des Erbschaftsbesitzers noch die Mahnung oder die Klagerhebung seitens des Erben hinzutritt (§ 284) und die subjektiven Voraussetzungen des Verzugs (§ 285) gegeben sind, vom Zeitpunkte des danach bestehenden Verzugs an der Erbschaftsbesitzer dem Erben gemäß § 286 allen durch die Verzögerung der Herausgabe des Erlangten entstehenden Schaden zu ersetzen und gemäß § 287 in gewissem Umfange selbst für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Herausgabe einzustehen hat. Diese Wirkungen des Verzugs gehen über das im § 2024 Satz 1, 2 bestimmte Maß der Haftung des unredlichen Besitzers noch hinaus. Vgl. im übrigen die Erl. zu § 990.

§ 2025.

E. I § 2086; II § 1899 rev. § 2002; III § 2000. P. I S. 10680, 10709, 10734 f., 11405; M. V S. 591 f. P. II Bd. 5 S. 720 ff. D. S. 727.

1. Der § 2025 bestimmt für den Erbschaftsanspruch, was nach § 992 für den Eigentumsanspruch gilt, nämlich eine **verschärfte Haftung** des (redlichen oder unredlichen) Erbschaftsbesitzers wegen der Herausgabe solcher Gegenstände, die er **durch eine strafbare Handlung oder durch verbotene Eigenmacht** erlangt hat. Die Vorschrift ist insofern weitergehend als die des § 992, als der Fall der Erlangung durch eine strafbare Handlung nicht wie dort auf körperliche Sachen beschränkt, sondern auch auf andere Erbschaftsgegenstände erstreckt ist. Hiermit sollte, wie in der

zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 720) bemerkt wurde, namentlich die Einziehung einer Nachlaßforderung durch den Erbschaftsbesitzer getroffen werden, wozu es freilich der Erweiterung nur für den Fall bedurfte, daß das in Erfüllung der Forderung Geleistete ein Recht, nicht eine Sache, ist. Dagegen ist die Erweiterung nach einer anderen Richtung von praktischer Bedeutung, da der § 2025 auch dann Anwendung findet, wenn der Erbschaftsbesitzer die ganze Erbschaft durch eine strafbare Handlung erlangt, wenn er z. B. mittels einer Urkundenfälschung oder der Abgabe einer wissentlich falschen Versicherung an Eidesstatt das Nachlaßgericht oder den Nachlaßpfleger bestimmt hat, ihm die Erbschaft auszuantworten. Die Anwendung der §§ 2018, 2019 wird übrigens durch § 2025 nicht ausgeschlossen, d. h. das Surrogationsprinzip greift durch. Soweit aber der Erbe durch die ihm im Wege der Surrogation zufallenden Gegenstände nicht gedeckt ist, hat der Erbschaftsbesitzer nach § 2025 Schadensersatz (vgl. aber doch auch Erl. 2 zu § 2019) zu leisten.

Durch den Wortlaut des § 2025 sind nicht auch die Fälle getroffen, in welchen der Erbschaftsbesitzer durch eine von ihm begangene strafbare Handlung nicht einen „Erbschaftsgegenstand" sondern eine ungerechtfertigte Bereicherung aus der Erbschaft erlangt, etwa dadurch, daß er gestützt auf den ihm erteilten Erbschein, aber in Kenntnis von dessen Unrichtigkeit eine zum Nachlaß gehörende Forderung gegen eine Forderung, hinsichtlich deren er selbst der Schuldner ist, aufrechnet. Die Nichtberücksichtigung dieser Fälle ist jedoch ohne praktische Bedeutung; denn soweit in solcher Handlungsweise des Erbschaftsbesitzers eine strafbare Handlung (über die nicht ganz zweifelsfreie strafrechtliche Beurteilung der hier in Frage kommenden Tatbestände vgl. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil I 2. Aufl. S. 265 Anm. 1) oder auch nur eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. gelegen ist, kann mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 823, 826 ohnedies nicht bezweifelt werden, daß der Erbschaftsbesitzer nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haftet.

2. Betreffs der Verweisung auf die Vorschriften über den **Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen** ist das in den Erl. zu § 992 Ausgeführte zu vergleichen. Hier soll nur hervorgehoben werden, daß eine notwendige Voraussetzung der Haftung ein Verschulden des Erbschaftsbesitzers (§ 823) ist und daß fahrlässige strafbare Handlungen kaum in Betracht kommen werden.

3. Da der Besitz nach § 857 von Rechts wegen auf den Erben übergeht, so verübt derjenige, welcher eine tatsächlich zum Nachlaß gehörende Sache ohne den Willen des Erben an sich nimmt, auch dann **verbotene Eigenmacht** (§ 858), wenn der Erbe den Besitz der betreffenden Sache noch nicht tatsächlich ergriffen hatte. Hiernach würde auch der redliche Erbschaftsbesitzer nach den Deliktsgrundsätzen haften, wenn er vor der tatsächlichen Besitzergreifung seitens des Erben Erbschaftssachen in Besitz nimmt und seine Unkenntnis des fremden Erbrechts auf einer (nicht groben) Fahrlässigkeit beruht. Diese unbillige Folgerung wird durch den Satz 2 abgeschnitten. Danach haftet ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer wegen verbotener Eigenmacht nach dem Satz 1 nur, wenn der Erbe den Besitz der betreffenden Sache bereits tatsächlich ergriffen hatte (§ 854). Der Begriff der verbotenen Eigenmacht bleibt unberührt, es wird jedoch für die Deliktshaftung des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers noch ein weiteres Erfordernis aufgestellt. Dabei ist zu beachten, daß nach dem in Erl. 2 hervorgehobenen Grundsatz in bezug auf dieses Erfordernis ein Verschulden des Erbschaftsbesitzers vorliegen muß. Man gelangt somit zu folgenden Ergebnissen:

a) Wer als bösgläubiger Erbprätendent Erbschaftssachen durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, haftet dem Erben deswegen nach den Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen.

b) Den gutgläubigen Erbprätendenten trifft eine solche Haftung nur, wenn er wußte oder wissen mußte (§ 122), daß die von ihm okkupierte Sache bereits von einem anderen, der sich später als der wahre Erbe herausstellt, ergriffen worden ist. Zum Eintritt der bezeichneten Haftung ist dagegen nicht erforderlich, daß die Unkenntnis des gutgläubigen Prätendenten von dem fremden Erbrecht auf geringer Fahrlässigkeit beruhte (so die früheren Auflagen). Der schuldlose Glaube des Okkupanten an sein Erbrecht kann vielmehr dessen Verantwortlichkeit wegen der von ihm schuldbar verübten verbotenen Eigenmacht unmöglich ausschließen; denn wegen so beschaffener Eigenmacht ist selbst derjenige verantwortlich, der an das Dasein seines Rechtes nicht nur schuldlos glaubt, sondern der materiell Berechtigte wirklich ist. Vgl. Strohal II S. 397 Anm. 19; zustimmend Herzfelder S. 263.

§. 2026. Der Erbschaftsbesitzer kann sich dem Erben gegenüber, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörend im Besitze hat.

---

§ 2026.

E. I § 888; II § 1900 rev. § 2003; III § 2001. M. I S. 4049 f.; M. III S. 356. P. II Bd. 3 S. 236; Bd. 6 S. 234 f.

1. Verjährbarkeit des Erbschaftsanspruchs als solchen. Der Vorschrift des § 2026 kommt zweifache Bedeutung zu. Aus ihr ergibt sich zunächst in unzweideutiger Weise, daß der Erbschaftsanspruch einer einheitlichen Verjährung unterliegt. Die Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre (§§ 194, 195). Soweit der Erbschaftsbesitzer dem wahren Erben nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen haftet (§ 2025), wird er sich aber doch wohl auf die dreijährige Verjährungsfrist des § 852 Abs. 1 berufen können (vgl. Strohal II § 95 Anm. 27b; anders Hellwig S. 49 Anm. 17).

Einzelheiten.

a) Hat der Erbschaftsbesitzer auf Grund derselben Erbrechtsanmaßung zu dem aus der Erbschaft zunächst Erlangten später noch weiteres hinzuerlangt, so bleibt für den Beginn der Verjährung des Erbschaftsanspruchs doch der Zeitpunkt des ersten Erlangens maßgebend (so auch Strohal II § 95 Anm. 27c; Langheineken S. 160 Anm. 2; Dernburg V § 156 a. E.; Herzfelder S. 252; anders Hellwig S. 63 Anm. 4, der die Möglichkeit einer einheitlichen Verjährung des Erbschaftsanspruchs durchaus leugnet, sich dabei aber im Widerspruch mit dem Gesetz befindet). Eine andere Behandlung würde auch zu praktischen Unzuträglichkeiten führen. Man beachte nur, daß der Erbschaftsbesitzer beispielsweise durch Einziehung von zur Erbschaft schon von Anfang an oder kraft des Surrogationsprinzips gehörenden Forderungen immer Neues aus der Erbschaft erlangen kann, und zwar, soweit das Surrogationsprinzip durchgreift, in Gestalt eines Erbschaftsgegenstandes und, soweit es nicht durchgreift, möglicherweise in Gestalt einer ungerechtfertigten Bereicherung. Griffe nicht eine einheitliche Verjährung durch, so würde also die Unsicherheit des Erbschaftsbesitzers kein Ende nehmen.

b) Wegen des Falles, daß der Erbe sein Erbrecht erst im Wege der Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen oder des Erbschaftserwerbes eines Erbunwürdigen geltend machen muß, s. Erl. 2 zu § 200 (Bd. I S. 341); Strohal II § 95 bei Anm. 28 und in Jherings Jahrb. 38 S. 101; Küntzel bei Gruch. 41 S. 853 f.

c) Hat der Erbe mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß die von ihm hinsichtlich der vom Erbschaftsbesitzer herauszugebenden Gegenstände gemachten Angaben unvollständig sein könnten, auch das in Vorbm. II 4 S. 218 bezeichnete allgemeine Begehren gestellt, so wird die Verjährung des Erbschaftsanspruchs zweifellos nicht nur hinsichtlich der speziell bezeichneten Erbschaftsgegenstände sondern für den ganzen Umfang des Erbschaftsanspruchs unterbrochen. Die von seiten des Erbschaftsbesitzers erfolgte Anerkennung des Erbschaftsanspruchs (§ 208) unterbricht, soweit sie nicht auf einen besonderen Teil des Anspruchs beschränkt ist, selbstverständlich die Verjährung hinsichtlich der Gesamtheit des von jenem aus der Erbschaft Erlangten. Eine in der bezeichneten Weise beschränkte Anerkennung dürfte dagegen in gleicher Weise zu beurteilen sein, wie wenn der Schuldner eines Darlehens von 100 die Anerkennung nur in Ansehung von 50 ausspricht, und es dürfte demgemäß die Unterbrechung der Verjährung nach dem Maß des Anerkannten zu begrenzen sein.

Erhebt einer von mehreren Miterben den Anspruch gegen einen Fremden, so wird die Verjährung, ohne Unterschied, ob die Geltendmachung des Anspruchs während der Dauer der Erbengemeinschaft nach Maßgabe des § 2039 zugunsten aller Erben oder ob sie nach durchgeführter Auseinandersetzung nur für den betreffenden Miterben erfolgt, immer nur gegenüber dem klagenden Miterben unterbrochen (vgl. Erl. 1 zu § 2018; Erl. 4 zu § 2039). Der Erbschaftsanspruch des Miterben (hereditatis petitio partiaria) unterliegt auch dann der Verjährung, wenn er sich gegen einen anderen Miterben richtet. Die im § 758 (s. Erl. 4h zu § 2042) bestimmte Unverjährbarkeit des Anspruchs auf Aufhebung einer Gemeinschaft steht dem nicht entgegen. Denn was der Teilerbe mit der hereditatis petitio partiaria vom Miterben verlangt, ist nicht die Aufhebung der Miterbengemeinschaft sondern vielmehr die Herstellung des dem Vorhandensein dieser Gemeinschaft entsprechenden tatsächlichen Zustandes (Strohal II S. 406).

d) Erlangt im Falle eines Erbschaftskaufes oder eines verwandten Geschäftes (vgl. §§ 2371, 2385) der Käufer oder sonstige Erwerber an Stelle des bisherigen Erbschaftsbesitzers die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände, so dürfte mit Rücksicht darauf, daß nach § 2030 derjenige, welcher die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt, im Verhältnis zum Erben einem Erbschaftsbesitzer gleichsteht, § 221 zur entsprechenden Anwendung zu bringen sein, und zwar überhaupt, also auch insoweit, als der Erbschaftsanspruch nicht dinglicher Natur ist. Demgemäß würde also die während des Erbschaftsbesitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem bezeichneten Rechtsnachfolger zustatten kommen. Vgl. Strohal II S. 405.

e) Über den Einfluß der eingetretenen Verjährung des Erbschaftsanspruchs auf Einzelansprüche, insbesondere auf solche, die nach den für sie geltenden Grundsätzen der Verjährung nicht unterliegen, vgl. Strohal II S. 410 ff.

f) An die eingetretene Verjährung des Erbschaftsanspruchs knüpft sich die Folge, daß der Erbschaftsbesitzer ihn durch Geltendmachung der Verjährungseinrede abwehren kann. Ein Verlust des Erbrechtes selbst ist aber damit nicht verbunden. Über die praktischen Konsequenzen hiervon vgl. Strohal II S. 406.

2. Den **Hauptinhalt** des § 2026 bildet die Bestimmung, daß sich der Erbschaftsbesitzer dem Erben gegenüber, solange der Erbschaftsanspruch nicht verjährt ist, **nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen kann**, die er als zur Erbschaft gehörend besitzt. Hierzu ist zu bemerken:

a) Zur Redaktionsgeschichte. Im Anschluß an das bisherige Recht hatte der E. I unter die Vorschriften über die Ersitzung den Satz aufgenommen, daß der vermeintliche Erbe Erbschaftssachen durch Ersitzung gegen den wirklichen Erben nicht für sich erwerben könne. Die zweite Kommission hat den Satz mit der Einschränkung übernommen, daß er nur gilt, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist (E. II § 859, später ersetzt durch den in der Fassung mehrfach abweichenden § 1900; vgl. Zftlg. III S. 172).

b) Sachen, die der Erbschaftsbesitzer „als zur Erbschaft gehörend im Besitze hat", sind nicht nur diejenigen, welche zur Zeit des Erbfalls schon im Nachlasse vorhanden waren, sondern auch solche, die erst durch den Erbschaftsbesitzer dem Nachlasse zugebracht sind. In dem einen wie in dem anderen Falle kann die Zugehörigkeit eine rein tatsächliche oder zugleich eine rechtliche sein, in dem letzteren Falle z. B. eine rechtliche nach § 2019. Gehörte die Sache rechtlich zum Nachlasse, so wird im Verhältnisse zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer angenommen, daß durch den während der Ersitzungszeit bestehenden Besitz des letzteren eine Veränderung in den Eigentumsverhältnissen nicht eingetreten sei. War die Zugehörigkeit der Sache zum Nachlasse zunächst nur eine tatsächliche, so erwirbt der Erbschaftsbesitzer zwar durch Ersitzung an der bisher einem Dritten gehörenden Sache das Eigentum, kann sich jedoch dem Erben gegenüber nicht darauf berufen. Dies ist so zu verstehen, daß, wenn der Erbe die Sache mit dem Erbschaftsanspruch für sich begehrt, das Eigentum an ihr als mit der Ersitzung unmittelbar dem Erben angefallen gilt. Der Erbschaftsbesitzer erwirbt wie im Falle des § 2019 für den Erben, wenngleich er Dritten gegenüber, solange nicht der Erbe sein Recht geltend gemacht hat, als der Eigentümer erscheint. Erst wenn der Erbschaftsanspruch verjährt ist, wirkt die Ersitzung auch gegenüber dem Erben, und zwar in dem erstgedachten Falle so, daß nun auch ihm gegenüber die Eigentumsveränderung als eingetreten gilt, in dem zweiten Falle so, daß der Erbe den Anfall der ersessenen Sache an ihn nicht mehr geltend machen kann. Der Beweis des Eintritts der Verjährung ist, wie die Wortstellung „solange nicht" zu erkennen gibt, von dem Erbschaftsbesitzer zu führen.

c) Der § 2026 ist nur von Bedeutung für die Ersitzung von beweglichen Sachen (§§ 937 ff.). Für die sog. Tabularersitzung von Grundstücken (§ 900) kommt die Vorschrift nicht in Betracht, weil diese Ersitzung sich erst in dem gleichen Zeitraume vollendet wie die Verjährung des Erbschaftsanspruchs. Denn das Zeitmaß ist für beide Fälle das gleiche (30 Jahre) und die Umstände, welche die Hemmung, Unterbrechung oder Nichtvollendung der Verjährung zur Folge haben, wirken nach § 900 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. §§ 939, 941 auch für die Ersitzung. Was in den letztgenannten Vorschriften betreffs des Eigentumsanspruchs gesagt ist, muß auch für den Erbschaftsanspruch gelten. — Auch der § 927 bleibt unberührt.

d) Im Zusammenhang mit § 2026 steht die Bestimmung des § 944, der zufolge die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichene Ersitzungszeit dem Erben zustatten kommt.

e) Das Erbrecht selbst ist kein möglicher Gegenstand der Ersitzung.

§. 2027. Der Erbschaftsbesitzer ist verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu ertheilen.

Die gleiche Verpflichtung hat, wer, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz thatsächlich ergriffen hat.

---

§ 2027.

E. I § 2082; II § 1901 rev. § 2004; III § 2002. P. I E. 10681, 10690 f., 10750 ff.; M. V E. 586 f. P. II Bd. 5 E. 696 ff., 704, 707 f., 715 f. D. E. 726 f.

1. Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers. Daß der Erbschaftsbesitzer auf Verlangen des Erben ein Verzeichnis aller in seinem Besitze befindlichen Nachlaßgegenstände vorzulegen und es nötigenfalls mit dem Offenbarungseide zu bekräftigen hat, folgt schon aus den §§ 2018, 260. Der § 2027 (vgl. § 2362 Abs. 2) begründet jedoch eine besondere Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers, die sich auf den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bezieht. Hierin liegt zunächst, daß der Bestandsangabe die Verhältnisse bei dem Beginne des Erbschaftsbesitzes zugrunde zu legen sind und weiter daß, soweit Gegenstände, die hiernach vorhanden sein müßten, fehlen, der Erbschaftsbesitzer den Grund aufzuklären hat. Da der Gegenstand der Herausgabe das aus der Erbschaft Erlangte ist, muß der Erbschaftsbesitzer auch darlegen, was etwa an die Stelle von nicht mehr vorhandenen Erbschaftssachen getreten ist; unter dem Verbleibe der Erbschaftsgegenstände ist nicht nur der örtliche, sondern auch der wirtschaftliche Verbleib zu verstehen (P. II Bd. 5 S. 715). Hiernach kann sich die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers unter Umständen zur Rechenschaftsablegung über die Verwaltung des Nachlasses steigern (vgl. Rspr. 2 S. 187). Namentlich durch den ihm obliegenden Nachweis des Wegfalls gezogener Nutzungen oder einer aus der Erbschaft gewonnenen Bereicherung wird der Erbschaftsbesitzer häufig zu einer förmlichen Rechnungslegung unter Beibringung von Belegen (§ 259) genötigt sein. Bei begründeter Annahme mangelnder Sorgfalt hat der Erbschaftsbesitzer nach §§ 259, 260 den Offenbarungseid zu leisten, dessen Norm nach § 261 Abs. 2 den jeweiligen Umständen angepaßt werden kann. Darüber, daß der Offenbarungseid nicht die formale Beweiskraft wie der Prozeßeid hat, vgl. KG. in Rspr. 12 S. 363. Über die regelmäßige Verbindung des nach § 2027 Abs. 1 begründeten Anspruchs mit dem Erbschaftsanspruch vgl. Vorbm. II 5 auf S. 218.

Soweit ein Miterbe Erbschaftsbesitzer ist (vgl. Erl. 1a zu § 2018), trifft die im § 2027 Abs. 1 bestimmte Verpflichtung auch ihn (RG. vom 12. März 1903 in JW. 1903 Beil. S. 64, Rspr. 5 S. 231, 6 S. 314, 7 S. 137). Die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers (nicht des Miterben als solchen) erstreckt sich nicht allein auf die von ihm herauszugebenden Sachen sondern ohne Unterschied der körperlichen und unkörperlichen Gegenstände auf den ganzen Bestand der Erbschaft, also insbesondere auch auf die zum Nachlaß gehörenden Forderungen, soweit des Auskunftspflichtigen Wissen reicht (RG. vom 25. Juni 1903 in JW. 1903 Beil. S. 104; vgl. aber doch auch RG. vom 4. Januar 1904 bei Gruch. 48 S. 973 und dazu die Erl. 2). Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf Gegenstände, die dem Auskunftspflichtigen als Vermächtnis hinterlassen sind; vgl. KG. in Rspr. 5 S. 231 (daselbst wird übrigens auch über die Art der zu erteilenden Auskunft, über die Unzulässigkeit von bloßen Kollektivangaben gehandelt), anders jedoch KG. in Rspr. 12 S. 363 (danach sollen vorausvermachte Gegenstände in das vom Auskunftspflichtigen vorzulegende Verzeichnis nicht aufzunehmen sein).

2. Die im Abs. 2 enthaltene **Ausdehnung** der Vorschrift von Abs. 1 auf jeden, der, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, vor der tatsächlichen Besitzergreifung durch den Erben eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz genommen hat, entspricht, wie die zweite Kommission abweichend von der ersten (vgl. M. V S. 587, s. auch Zstlg. Bd. 5 S. 164, 166) angenommen hat, einem zwingenden praktischen Bedürfnisse. Wer in die Erbschaft eingegriffen hat, sei es in dem Glauben oder unter dem Vorwand, Erbe zu sein, sei es ohne Inanspruchnahme eigenen Erbrechts, ist verdächtig, sich überhaupt mit der Erbschaft befaßt und mehr als das ihm besonders Nachgewiesene an sich genommen zu haben (P. II Bd. 5 S. 707, vgl. Zstlg. V S. 163). Es wird ihm daher die Pflicht zur Auskunftserteilung und zur Leistung des Offenbarungseides auferlegt, was im Interesse des Erben, der den Bestand des Nachlasses noch nicht

§. 2028. Wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, ist verpflichtet, dem Erben auf Verlangen Auskunft darüber zu ertheilen, welche erbschaftliche Geschäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ertheilt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen des Erben den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er seine Angaben nach bestem Wissen so vollständig gemacht habe, als er dazu im Stande sei.

Die Vorschriften des §. 259 Abs. 3 und des §. 261 finden Anwendung.

---

kennt, dringend geboten ist und im Hinblicke darauf, daß ein ruhender Nachlaß für Eingriffe Unberufener sehr verführerisch ist, auch keineswegs als unbillige Härte erscheint.

In welcher Absicht der Eingreifende gehandelt hat, ob eigennützig oder um einem vermeintlichen Erben oder selbst dem wahren Erben die Sache zu sichern, ist unerheblich (Leonhard S. 118), ebenso ob er, z. B. als Eigenthümer eines dem Erblasser geliehenen Buches, zum Besitze der Sache berechtigt ist. Vorausgesetzt ist jedoch, daß der Täter von dem Erbfalle Kenntnis hatte, also wußte, daß er die Sache aus einem Nachlaß an sich nahm (Leonhard S. 118). Die Vorschrift kommt natürlich nicht zur Anwendung gegenüber Personen, die kraft amtlicher Befugnis eingreifen, wie der Nachlaßpfleger und der Testamentsvollstrecker; für diese gelten die das betreffende Rechtsverhältnis regelnden Vorschriften.

Eine Inbesitznahme im Sinne von § 2027 Abs. 2 erblickt KG. in Rspr. 9 S. 34 mit Recht bereits darin, daß jemand (vor der tatsächlichen Besitzergreifung durch den Erben) die Schlüssel zum Korridor und zur Wohnung des Erblassers an sich genommen hat. Nach RG. vom 4. Januar 1904 bei Gruch. 48 S. 973 kann unter Umständen auch ein Miterbe nach § 1927 Abs. 2 auskunftspflichtig sein (anders OLG. Braunschweig in Rspr. 4 S. 428), so insbesondere, wenn der Miterbe zum Nachlaß gehörende Sachen ohne eine über sein Miterbenrecht hinausgehende Erbrechtsanmaßung lediglich nach § 2038 Abs. 1 a. E. in Besitz nimmt. Nach derselben RGE. erstreckt sich die Verpflichtung des Miterben in diesem Falle aber nicht auf die Auskunft über Umstände, aus denen eine angebliche Forderung des Erblassers gegen den Miterben, deren Bestand dieser bestreitet, sich ergeben soll. Nach Maßgabe der Gründe müßte übrigens dasselbe gelten, wenn der Miterbe nach § 2027 Abs. 1 auskunftspflichtig ist. Ein Hausgenosse des Erblassers ist nicht nach § 2027 Abs. 2 auskunftspflichtig (RG. vom 3. Juli 1902 in JW. 1902 Beil. S. 266). Wer nur erbschaftliche Geschäfte führt, steht demjenigen nicht gleich, welcher Nachlaßsachen in Besitz nimmt (KG. in Rspr. 9 S. 386).

Die in § 2027 Abs. 2 hervorgehobene tatsächliche Besitzergreifung des Erben bildet den Gegensatz zu dem nach § 857 stattfindenden Übergange des Besitzes von Rechts wegen.

Da sich der Anspruch aus § 2027 Abs. 2 nicht gegen einen Erbschaftsbesitzer richtet, so ist für ihn der Gerichtsstand des § 27 CPO. nicht begründet.

3. Das im § 2027 Abs. 1 und 2 gewährte Recht auf Auskunftserteilung steht in gleicher Weise wie dem Erben auch dem Nachlaßpfleger, dem verwaltenden Testamentsvollstrecker, dem Nachlaßverwalter, dem Nachlaßkonkursverwalter zu.

§ 2028.

E. II § 1902 rev. § 2005; III § 2003. M. II Bd. 5 S. 715 f. P. S. 727.

Josef, Das Beschwerderecht des zur Leistung des Offenbarungseides Geladenen in Lobes CBl. 6 S. 820.

1. Der § 2028, der eine **Auskunftspflicht der Hausgenossen des Erblassers**, genauer derjenigen Personen, welche sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden haben, begründet, ist wie der § 2027 Abs. 2 von der zweiten Kommission aufgenommen worden, während der E. I (vgl. M. V S. 587) eine entsprechende Vorschrift als innerlich unbegründet abgelehnt hatte. Der singuläre Charakter des Satzes ist auch von der zweiten Kommission nicht verkannt worden, die Mehrheit derselben hielt jedoch den Satz für praktisch unentbehrlich, weil der Erbe nicht wissen könne, wer in die Erbschaft eingegriffen habe, und einen Prozeß nicht anstrengen könne, solange er nicht den Passivlegitimierten kenne. Es wurde

§. 2029. Die Haftung des Erbschaftsbesitzers bestimmt sich auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen, nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch.

---

ausgeführt, daß durch die Vorschrift nur die Zeugnispflicht, die den Hausgenossen im Prozesse kraft öffentlichen Rechtes obliege, zu einer auch außerhalb des Prozesses bestehenden zivilrechtlichen umgestaltet werde (P. II Bd. 5 S. 715 f.). Ähnliche Vorschriften finden sich bereits im bisherigen Rechte (vgl. für gem. Recht RG. 8 S. 165, Dernburg III § 173 Anm. 6, für preuß. Recht AGO. I 22 § 28, § 29 Nr. 3 und dazu Dernburg preuß. PrivR. III § 230 Anm. 20, code de procéd. civ. art. 914 Nr. 9, 943 Nr. 8, wegen der Bedürfnisfrage Zftlg. V S. 166, 169, Zftlg. d. BR. II S. 164). Bezüglich des Gerichtsstandes gilt das am Schlusse von Erl. 2 zu § 2027 Gesagte auch hier.

2. Zur Frage, wann „häusliche Gemeinschaft" anzunehmen ist, vgl. Recht 1901 S. 518. Trifft die Voraussetzung des § 2028 Abs. 1 für einen Miterben zu, so ist auch er nach Maßgabe des § 2028 auskunftspflichtig; vgl. OLG. Jena in RJA. 2 S. 79, Rspr. 2 S. 187, OLG. Dresden in Sächs. Arch. 13 S. 111, OLG. Hamburg in Hans. GZ. 24 S. 27, aber doch auch Rspr. 4 S. 429, 5 S. 358.

3. Das in Erl. 3 zu § 2027 Gesagte gilt auch hier (anders bezüglich des Nachlaßkonkursverwalters jedoch OLG. München im Recht 1902 S. 210, hiergegen auch Herzfelder S. 266).

4. Die im § 2088 bestimmte Auskunftspflicht ist von der in § 2027 bestimmten wesentlich verschieden. Sie beschränkt sich auf die Erteilung der Auskunft, welche erbschaftlichen Geschäfte der Hausgenosse geführt hat, und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist, und sie begreift somit nicht die Pflicht in sich, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben und gemäß § 260 ein Nachlaßverzeichnis vorzulegen (RG. vom 3. Juli 1902 in JW. 1902 Beil. S. 266; vgl. auch KG. in Rspr. 11 S. 230).

5. Zum Abs. 2 vgl. § 259 Abs. 2, § 260 Abs. 2. Nach Abs. 3 besteht die Verpflichtung zur Leistung des im Abs. 2 vorgeschriebenen Offenbarungseids nicht, wenn es sich um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handelt (§ 259 Abs. 3). Durch die Verweisung auf § 261 wird die Eidesleistung außerhalb des Prozesses geregelt (vgl. FGG. §§ 79, 163, für den Fall des Prozesses CPO. § 889). S. im übrigen Erl. 4 zu § 259 und die Erl. zu § 261, dazu Bayer. ObLG. in Samml. 1 S. 104, Rspr. 2, S. 190. Nach Bayer. ObLG. Samml. 4 S. 229, 5 S. 192 (vgl. auch RJA. 4 S. 166) kann der Auskunftspflichtige die Entscheidung des Nachlaßgerichts über die Leistung des Offenbarungseides nicht mit Beschwerde anfechten.

§ 2029.

E. I § 2088; II § 1903 rev. § 2006; III § 2004. P. I S. 10696 f., 10747 ff., 10777, 11443 f.; M. V S. 502 f. P. II Bd. 5 S. 722 f. D. S. 727 f.

Dernburg, über das Verhältnis der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen (1852). Leonhard, Erbschaftsbesitz S. 69 ff., 83, 119 ff.

1. Behandlung der gegen den Erbschaftsbesitzer sich richtenden Einzelansprüche. Aus der römischen exceptio no praejudicium fiat hereditati, die außer auf materiellen wesentlich auch auf prozessualischen Gründen beruhte, hat sich im gem. Rechte der Rechtssatz entwickelt, daß der Erbschaftsbesitzer verlangen kann, „daß das von ihm Besessene ihm nur als Erbschaft und nach den für die Erbschaftsklage geltenden Grundsätzen, nicht unter irgendeinem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, abgefordert werde" (Windscheid III § 616, vgl. sächs. GB. § 2318), während dem preuß. Rechte ein entsprechender Satz fremd geblieben ist (Eccius IV § 279). Im Anschluß an das gem. Recht bestimmte der E. I, daß der Erbschaftsbesitzer, wenn der Erbe den ihm in Ansehung eines einzelnen Erbschaftsgegenstandes zustehenden besonderen Anspruch geltend mache, verlangen könne, daß seine Verpflichtungen nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften beurteilt werden. Dem Erbschaftsbesitzer sollte mithin eine Einrede (im technischen Sinne) zustehen, von der er in solchen Fällen Gebrauch machen würde, in denen die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch zu einem für ihn günstigeren Gesamtergebnisse führen. Die zweite Kommission hat an Stelle der Einrede einen von Amts wegen zu beachtenden Rechtssatz des gleichen Inhalts aufgestellt. Das Gericht hat die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch, gleichviel, ob sie dem Kläger oder dem Beklagten günstiger sind, von Amts wegen anzuwenden, sobald sich die Voraussetzungen des Erbschaftsanspruchs als vorhanden erweisen.

Es wird zur Aufklärung des Sachverhältnisses geeignetenfalls von dem Fragerechte (CPO. § 139) Gebrauch machen müssen. Natürlich kann auch der Beklagte seine Eigenschaft als Erbschaftsbesitzer geltend machen und nötigenfalls besonderen Beweis dafür antreten. Leonhard (S. 120) bezeichnet dies als einen Fall der „Klageänderung durch den Beklagten" (vgl. dagegen Hellwig S. 61). Der Grundgedanke des § 2029 läßt sich vielleicht dahin ausdrücken, daß der gegen den Erbschaftsbesitzer geltend gemachte Einzelanspruch materiellrechtlich als ein Ausschnitt aus dem Erbschaftsanspruch zu behandeln ist.

Die Vorschrift gilt auch für den unredlichen Erbschaftsbesitzer, für den sie nach § 2024 allerdings von geringer Bedeutung ist und dessen Rechtsstellung durch sie in einer Beziehung, nämlich hinsichtlich der Voraussetzungen der Bösgläubigkeit bei dem Bereicherungsanspruche, sogar verschlechtert wird (s. Erl. 1 zu § 2024). Ihre praktische Bedeutung liegt vorzugsweise darin, daß einerseits der Ersatz von Verwendungen, andererseits aber auch die Herausgabe von Surrogaten und Nutzungen sich auch bei Geltendmachung des Einzelanspruchs nach den §§ 2022, 2019, 2020 richtet. Bezüglich der Verjährung vgl. unten Erl. 3.

2. Zweifelhaft ist, ob der § 2029, wie Leonhard S. 123 f. meint, nur für petitorische Klagen, nicht aber für Besitzklagen gilt. Für eine solche Einschränkung läßt sich anführen, daß der Grundsatz des § 857, nach welchem der Besitz von Rechts wegen auf den Erben übergeht, für den Erben sehr an Wert verliert, wenn der von dem Erben angestellten Besitzklage, entgegen der Vorschrift des § 863, der Einwand eines auf die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch gegründeten Zurückbehaltungsrechts entgegengesetzt werden kann. Andererseits aber ist zu bedenken, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer, welcher den Besitz der von dem Erben noch nicht in Besitz genommenen Erbschaftssachen ergriffen hat, alle Vorteile, welche die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch ihm zu gewähren bezwecken, verlieren würde, wenn der Erbe statt der Erbschaftsklage die Besitzklage anstellt und der Erbschaftsbesitzer sich hiergegen nicht auf die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch berufen könnte. Allein diese Erwägung greift jedenfalls dann nicht durch, wenn ein Erbprätendent, mag er nun gut- oder bösgläubig sein, verbotene Eigenmacht hinsichtlich solcher Erbschaftssachen verübt, die der Erbe bereits ergriffen hatte. Es ist durchaus nicht einzusehen, warum der Erbprätendent in einem Falle der bezeichneten Art besser stehen soll, als der wahre Erbe gestellt ist, wenn er den Besitz von Erbschaftssachen erst ergreift, nachdem ein Erbprätendent sich in deren Besitz gesetzt hatte. Man wird daher zu entscheiden haben, daß in diesem Falle die Vorschrift des § 863 vollständig durchgreift. Vgl. auch Strohal II S. 409, zweifelnd, aber ohne Angabe von Gründen, Langheineken S. 164 Anm. 2, Binder III S. 446 bei Anm. 45.

3. **Einfluß der Verjährung des Erbschaftsanspruchs auf den** gegen den Erbschaftsbesitzer sich richtenden **Einzelanspruch.** Ist der Erbschaftsanspruch verjährt, so muß der Erbschaftsbesitzer die Einrede der Verjährung auch jedem in jenem mitbegriffenen Einzelanspruch entgegensetzen können, selbst wenn hinsichtlich desselben die Voraussetzungen der Verjährung selbständig nicht gegeben sind. Dies gewinnt sowohl dann Bedeutung, wenn der Beginn der Verjährung bei selbständiger Beurteilung des Einzelanspruchs auf einen späteren Zeitpunkt anzusetzen wäre, als in dem die Verjährung des Erbschaftsanspruchs bereits begonnen hatte (Beispiel: Der Erbschaftsbesitzer zieht erst viele Jahre nach dem Beginne seines Erbschaftsbesitzes eine zur Erbschaft gehörende Forderung ein und erlangt dadurch den Besitz der geschuldeten Sache, deren Eigentum zufolge des Surrogationsprinzips dem Erben anfällt), als auch dann, wenn der für sich beurteilte Einzelanspruch ein unverjährbarer ist (vgl. dazu §§ 898, 902 und dazu Strohal II S. 410 ff.).

4. Für das gem. Recht ist sehr bestritten, ob die exceptio ne praejudicium fiat hereditati auch dem **Sondernachfolger des Erbschaftsbesitzers** zustatten kommt (vgl. Windscheid III § 612 Anm. 15, § 616 Anm. 2). Für das BGB. ist die Frage zu verneinen, da § 2029 nur von der Haftung des Erbschaftsbesitzers spricht. Zu beachten ist allerdings, daß nach § 999 jeder Rechtsnachfolger für die Verwendungen seines Vorbesitzers in demselben Umfange wie dieser selbst Ersatz verlangen kann. Diese Vorschrift kann jedoch nach ihrer Stellung nur auf Verwendungen bezogen werden, die auf die streitige Sache gemacht sind, und nicht mit Leonhard (S. 125) dahin gedeutet werden, daß im Falle der Veräußerung einer Erbschaftssache durch den Erbschaftsbesitzer der vom Erben mit der Eigentumsklage belangte Rechtsnachfolger das Zurückbehaltungsrecht auch wegen solcher Verwendungen ausüben könnte, die der Erbschaftsbesitzer auf andere Erbschaftssachen gemacht hat. Nur soweit der Erbschaftsbesitzer auf die streitige Sache Verwendungen gemacht hat, die über den Rahmen der §§ 994—996 hinausgehen, ergibt sich aus § 999 i. V. m. §§ 2022, 2029 auch bei der Geltendmachung des Eigentumsanspruchs gegen den

§. 2030. Wer die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt, steht im Verhältnisse zu dem Erben einem Erbschaftsbesitzer gleich.

Rechtsnachfolger ein von den Vorschriften der §§ 994 ff. abweichendes Resultat. Vgl. zu den einschlagenden Fragen auch Strohal II S. 413 f.

5. Bei der Gestalt, die der § 2029 durch die Beschlüsse der zweiten Kommission erhalten hat, erhebt sich die Frage, ob sich überhaupt noch behaupten läßt, daß dem Erben gegen den Erbschaftsbesitzer neben dem Gesamtanspruche die erbschaftlichen Einzelansprüche (Singularklagen) zustehen. Wäre es dabei geblieben, daß der Erbschaftsbesitzer nur eine Einrede hätte, mittels deren er, wenn ihm dies im einzelnen Falle vorteilhafter erschiene, die Anwendung der Vorschriften über den Erbschaftsanspruch erzwingen könnte, so würde es keinem Zweifel unterliegen, daß auch für das BGB. eine Konkurrenz der Einzelansprüche mit dem Gesamtanspruch anzunehmen ist. Dieser Satz ist jedoch auch bei der Gestalt, die der § 2029 endgültig erhalten hat, noch zutreffend. Zwar werden im modernen Rechte keine genera actionum unterschieden, vielmehr ist für die Anerkennung eines besonderen Rechtsanspruchs dessen rechtlicher Inhalt entscheidend; allein in dem hier in Rede stehenden Falle sind die Einzelansprüche in der Person des Erblassers entstanden und nach allgemeinen Grundsätzen durch Erbgang auf den Erben übergegangen, und es kann sich daher nur fragen, ob die Vorschrift des § 2029 den Zweck oder die Wirkung hat, die selbständige rechtliche Existenz dieser Ansprüche aufzuheben. Dies ist, soweit es sich um die Absicht des Gesetzgebers handelt, nach der Entstehung und dem Wortlaute der Vorschrift unbedingt zu verneinen. Aber auch die objektive Wirkung des § 2029 ist keine so weitgehende. Denn es bleibt dem Kläger unbenommen, sein Klagebegehren statt auf die Voraussetzungen des Erbschaftsanspruchs auf den Entstehungsgrund des betreffenden Einzelanspruchs zu stützen. Er kann hieran, abgesehen von dem etwa leichter zu führenden Beweise (der den Einzelanspruch geltend machende Erbe braucht nicht zu beweisen, daß der Beklagte Erbschaftsbesitzer ist), wegen des Gerichtsstandes ein Interesse haben und er gewärtigt dabei nicht die Abweisung, sondern nur unter Umständen eine beschränkte Zuerkennung seines Anspruchs.

§ 2030.

E. II § 1904 rev. § 2007; III § 2005. P. II Bd. 5 S. 723 f.

1. Entsprechend der herrschenden Ansicht im gem. und preuß. Rechte gewährt der § 2030 den Erbschaftsanspruch auch gegen denjenigen, welcher die Erbschaft (als Ganzes) **durch Rechtsgeschäft unter Lebenden**, also durch Erbschaftskauf (§ 2371) oder einen verwandten Vertrag (§ 2385) **von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt.** Der E. I (M. V S. 579) hatte einen solchen Satz in dem Sinne abgelehnt, daß die Entscheidung der Frage der Rechtsprechung und Wissenschaft verbleiben sollte. Die zweite Kommission hat eine Entscheidung im Gesetze für nötig gehalten. Darüber, daß die Fassung des § 2030 nicht ganz genau ist, vgl. Strohal II S. 385 Anm. 14. Durch die im § 2030 ausgesprochene Gleichstellung des Erwerbers mit dem Erben ist der Satz aufgestellt, daß alle rechtlichen Besonderheiten des Erbschaftsanspruchs, alle Vorschriften der §§ 2018—2026, des § 2027 Abs. 1 und des § 2029 über die Pflichten und Rechte des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem Erben auf den Erwerber der Erbschaft Anwendung finden. Der Erwerber kann daher insbesondere Ersatz seiner Verwendungen in dem weiten Umfange des § 2022 verlangen und es muß (in analoger Anwendung des § 999 Abs. 1) angenommen werden, daß er auch die Verwendungen seines Rechtsurhebers, des Erbschaftsbesitzers, in demselben Umfange geltend machen kann, in welchem dieser selbst als Beklagter es gekonnt hätte. Indem das Gesetz den im § 2030 bezeichneten Erwerber im Verhältnis zu dem Erben einem Erbschaftsbesitzer gleichstellt, spricht es insbesondere auch aus, daß die dem Erben hinsichtlich der Nachlaßgegenstände zukommenden Rechte durch die vom Erbschaftsbesitzer an den Erbschaftskäufer oder sonstigen Übernehmer der Erbschaft vorgenommenen Übertragungsakte selbst dann unberührt bleiben, wenn diese unter Verhältnissen stattfinden, vermöge deren der Erwerber sonst durch die Vorschriften über den Erwerb auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten (vgl. §§ 932—936, 892, 893, 2366, 2367) geschützt wäre. Diese Vorschriften haben also im Verhältnis zwischen dem Erben und dem nach § 2030 zu beurteilenden Erwerber keine Geltung, obwohl sie Anwendung finden, wenn der Erbschaftsbesitzer lediglich einzelne Erbschaftsgegenstände veräußert und desgleichen zugunsten desjenigen Dritten, welcher vom Erbschaftskäufer lediglich einzelne Erbschaftsgegenstände erwirbt. Der Erbe dringt daher mit dem dinglichen Erbschaftsanspruch dem im § 2030 bezeichneten

§. 2031. Ueberlebt eine für todt erklärte Person den Zeitpunkt, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt, so kann sie die Herausgabe ihres Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften verlangen. Solange der für todt Erklärte noch lebt, wird die Verjährung seines Anspruchs nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem er von der Todeserklärung Kenntniß erlangt.

Das Gleiche gilt, wenn der Tod einer Person ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist.

Erwerber gegenüber selbst im Falle der Gutgläubigkeit desselben durch. Diesem Erwerber steht gegenüber der dinglichen Klage auch kein Lösungsanspruch zu; nur soweit der Erbschaftsanspruch persönlicher Natur ist, kann die an den Erbschaftsbesitzer entrichtete Gegenleistung als Minderung der Bereicherung in Ansatz gebracht werden. Im übrigen ist der Erwerber auf den ihm nach § 2376 zustehenden Regreßanspruch angewiesen.

2. Der dem Erben nach §§ 2018, 2019 gegen den Erbschaftsbesitzer (Verkäufer) zustehende Anspruch auf **Herausgabe des erlangten Kaufpreises** wird durch den § 2030 *nicht* berührt. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der Erbe den Anspruch des Erbschaftsbesitzers auf Zahlung des Kaufpreises bzw. die bereits geleistete Summe kraft des Surrogationsprinzips nur insoweit für sich in Anspruch nehmen kann, als er die vom Erbschaftsbesitzer hinsichtlich der Erbschaftsgegenstände vorgenommenen und zunächst unwirksam gebliebenen Verfügungen durch Genehmigung (§ 185 Abs. 2) *wirksam* macht. Der *Erbschaftskauf* selbst ist dagegen *keine Verfügung* im technischen Sinne und kann daher als solcher nach § 185 Abs. 2 keinesfalls genehmigt werden. Spricht aber der Erbe eine Genehmigung des „Erbschaftskaufes" trotzdem aus, so wird darin doch meist eine Genehmigung der vom Erbschaftsbesitzer auf Grund des Erbschaftskaufes bereits vorgenommenen und die Erteilung der Einwilligung (§ 185 Abs. 1) hinsichtlich der erst noch vorzunehmenden Verfügungen erblickt werden dürfen. Der Erbschaftsanspruch kann somit im Falle der entgeltlichen Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer eine *doppelte Richtung* haben. Es fragt sich aber, in welcher Weise die Geltendmachung des Anspruchs gegen *einen* Verpflichteten auf die Haftung des *anderen* einwirkt. Einigt sich der Erbe mit dem Erbschaftsbesitzer außergerichtlich, oder liegen die Verhältnisse so, daß die erforderlichen Genehmigungen und Einwilligungen als durch die Erhebung der Klage gegen den Verkäufer erteilt gelten können, so erlischt der Anspruch gegen den Erwerber. Geht dagegen der Erbe zunächst gegen den Erwerber vor und gewinnt er von diesem einen Teil der Erbschaftssachen oder deren Wert zurück, so kann er den Verkäufer unter Umständen noch wegen des fehlenden Teiles, z. B. wegen des auf eine beim Käufer untergegangene Erbschaftssache entfallenden Anteils des Kaufpreises in Anspruch nehmen. Der dem Erben in solchem Falle noch gebührende Teil des Kaufpreises ist, wenn der Verkauf nach einem Anschlag erfolgt ist, nach diesem, andernfalls verhältnismäßig zu bestimmen. Dabei können übrigens noch, hier nicht weiter zu erörternde Verwicklungen dadurch eintreten, daß der Erbschaftskäufer nach den Vorschriften über gegenseitige Verträge vom Erbschaftskaufe zurücktritt oder vom Erbschaftsbesitzer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt.

Es ist übrigens auch möglich, daß der Erbe den Erbschaftsanspruch *gleichzeitig* sowohl gegen den Erbschaftsbesitzer, welcher die Erbschaft veräußert hat, als auch gegen den vertragsmäßigen Erwerber der Erbschaft erhebt, gegen diesen hinsichtlich der von ihm bereits erlangten, gegen jenen hinsichtlich der bei ihm noch verbliebenen Erbschaftsgegenstände.

3. Wenngleich sich der § 2030 zunächst nur auf die Veräußerung der Erbschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden bezieht, so muß doch der in ihm ausgesprochene Satz auch in anderen Fällen gelten, in welchen eine fremde Erbschaft durch Sondernachfolge in den Besitz eines Dritten gelangt. Die Vorschrift ist daher entsprechend anzuwenden, wenn ein Dritter die Erbschaft auf Grund eines Vermächtnisses des Erbschaftsbesitzers erlangt hat (vgl. auch *Strohal* II S. 386, *Binder* III S. 400 Anm. 91, *Dernburg* V § 154 Anm. 12, jetzt auch *Herzfelder* S. 268).

§ 2031.

E. I § 2068; II § 1985 rev. § 2068; III § 2006. M. I S. 10770 ff., 11436; M. V S. 597 ff. P. II Bd. 5 S. 725 f.; Bd. 6 S. 316 f.

1. **Überlebt ein für tot Erklärter den Zeitpunkt, welcher** auf Grund der nach BGB. § 18, CPO. § 970 Abs. 2 im Ausschlußurteile getroffenen Feststellungen **als Zeitpunkt des**

Todes gilt, so muß, wenn sein Vermögen bereits tatsächlich an andere Personen als vermeintliche Erben gelangt ist, für ihn die Möglichkeit bestehen, es in ähnlicher Weise zurückzuerlangen, wie der wahre Erbe seine Rechte gegenüber dem im Besitze der Erbschaft befindlichen falschen Erben geltend macht. Deshalb verleiht § 2031 dem für tot Erklärten einen Gesamtanspruch auf Herausgabe seines Vermögens, der den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften unterliegt. Hieraus folgt, daß der Anspruch sich nur gegen einen Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2018 und gegen denjenigen richtet, welcher die Erbschaft durch Vertrag von einem solchen erwirbt (§ 2030). Trotzdem ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Gesamtanspruch des § 2031 nicht auch gegen denjenigen zuzugestehen sei, welcher sich in den Besitz des Vermögens des Verschollenen gesetzt hat, indem er sich selbst für dessen verschollen gewesenen Herrn ausgibt. Gegen die Bejahung scheint der Wortlaut des § 2031 zu sprechen. Sachlich ist aber zuzugeben, daß ein Betrüger der bezeichneten Art dem Verschollenen in ähnlicher Weise gegenübersteht, wie wenn er sich mit Unrecht die Erbenstellung angemaßt hätte, nur daß seine Anmaßung noch viel weiter geht. Mit Rücksicht hierauf und gestützt auf die Erwägung, daß das Eingreifen des Surrogationsprinzips auch in diesem Falle praktisch kaum zu entbehren sei, spricht sich Strohal II S. 381 für die analoge Anwendung des § 2031 aus. Verneint man die Frage, so kann der Verschollene nur die Ansprüche geltend machen, welche ihm auf Grund der Rechte an den einzelnen Bestandteilen seines Vermögens — unbeschadet des Eingreifens der Vorschriften über den Erwerb auf Grund einer Verfügung des Nichtberechtigten — zustehen. Neben dem im § 2031 verliehenen Anspruche hat der für tot Erklärte nach § 2370 Abs. 2 i. V. m. § 2362 Abs. 1 den Anspruch auf Herausgabe des erteilten Erbscheins. Der Anspruch nach § 2031 ist nach allgemeinen Grundsätzen vererblich, was natürlich nur dann von Bedeutung ist, wenn entweder von vornherein oder doch nach den Verhältnissen zur Zeit des Erbfalls ein anderer als der, gegen den sich der Anspruch richtet, zur Erbfolge berufen ist. Auf den Fall, daß der für tot Erklärte schon vor dem als Todeszeit angenommenen Zeitpunkte gestorben ist, erstreckt sich § 2031 nicht, weil hier der ordentliche Erbschaftsanspruch begründet ist.

2. Die im Abs. 1 Satz 2 enthaltene, von der zweiten Kommission aufgenommene **Beschränkung der Verjährung** beruht auf Billigkeitsgründen. Die Vorschrift wird zwar bei der langen Dauer der Verjährungsfrist (§ 195) und der der Todeserklärung vorhergehenden Verschollenheit (§ 14) selten praktisch werden, vorkommendenfalls jedoch zur Milderung der mit der Todeserklärung verbundenen Härten beitragen. Der Beweis der Kenntnis ist von dem Anspruchsgegner zu führen, die einjährige Frist nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 zu berechnen. Nach Vollendung der Verjährung kann der für tot Erklärte den Anspruch auf Herausgabe gegen den Besitzer seines Vermögens nicht mehr mit Erfolg geltend machen und hat er gegen diesen Besitzer als solchen auch keinen Unterhaltsanspruch.

3. Der Gesamtanspruch auf Herausgabe des Vermögens steht nach Abs. 2 auch einer Person zu, **deren Tod ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist.** Worauf der Irrtum beruht, ob insbesondere ein formell beweisendes Sterbezeugnis vorgelegen hat, ist ohne Bedeutung. Ebenso kommt es für den Bestand des Anspruchs natürlich nicht darauf an, ob der als Erbe Auftretende selbst sich im Irrtume befunden oder von dem Fortleben des vermeintlichen Erblassers gewußt hat. Letzterenfalls steht er einem unredlichen Erbschaftsbesitzer gleich. Durch die Fassung des Abs. 2 soll nach der Absicht der zweiten Kommission (P. II Bd. 6 S. 317) auch der Fall gedeckt werden, daß eine Todeserklärung erfolgt, das Urteil aber infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist. Ob dies für solche Fälle zutrifft, in denen der vermeintliche Erbe nach der Todeserklärung und vor der Aufhebung des Ausschlußurteils den Besitz der Erbschaft ergriffen hat, kann dahingestellt bleiben, weil man bei Verneinung dieser Frage dahin gelangt, daß Abs. 1 anzuwenden ist.

4. Die Bestimmung des § 2027 Abs. 2, betreffend die Auskunftspflicht desjenigen, welcher eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat, wird auf die durch § 2031 getroffenen Fälle entsprechend zu übertragen sein. Denn aus der im § 2031 ausgesprochenen Verweisung auf die für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften ist zu schließen, daß der Eigner des in Frage kommenden Vermögens auch in Ansehung der den Erfolg dieses Anspruchs sichernden Rechte auf Auskunftserteilung tunlichst so geschützt sein soll, wie es sonst der Erbe ist (anders freilich Herzfelder S. 269). Selbst die entsprechende Anwendung des § 2028 auf die Fälle des § 2031 ist nicht unkonstruierbar, dürfte aber praktisch nicht leicht in Frage kommen.

Vierter Titel.
Mehrheit von Erben.

Vierter Titel.

Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in Bekkers und Fischers Beiträgen, Heft 18 S. 83ff.; Eck in denselben Beiträgen, Heft 17 S. 39ff.; v. Colomb in SeuffBl. 65 S. 262ff.; Rüger im SächsArch. 9 S. 484ff.; Hachenburg, Vorträge (2. Aufl.) S. 711ff.; Ofenstätter, DNotV. 28 S. 110ff.; Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem BGB. (1903); Binder III (1905).

1. Der Übergang der Erbschaft als eines Ganzen auf mehrere Personen (Miterben), der tatsächlich die Regel bildet, kann bei gesetzlicher und bei gewillkürter Erbfolge eintreten, er kann sich im einzelnen Falle kraft eines und desselben Berufsgrundes oder kraft verschiedener Berufsgründe vollziehen. Daß das BGB. eine Mehrheit von Erben zuläßt, ist schon im § 1922 zum Ausdrucke gebracht, wo zugleich der Grundsatz aufgestellt wird, daß für den Anteil eines Miterben (Erbteil) die gleichen Vorschriften gelten wie für die ganze Erbschaft. Demgemäß kommt auch das bereits oben Exl. 2 zu § 1922 entwickelte Prinzip der erbrechtlichen Gesamtnachfolge im Falle der Erbenmehrheit nicht weniger zur Geltung als im Falle der Erbfolge eines Alleinerben. Im gegenwärtigen Titel wird das Miterbenverhältnis zunächst nach der inneren Seite (I. **Rechtsverhältnis der Erben untereinander**, §§ 2032—2057) und sodann bezüglich der Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten (II. **Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern**, §§ 2058—2063) geregelt. Neben den Vorschriften des Titels kommen für das Miterbenverhältnis noch zahlreiche in anderem Zusammenhange getroffene Bestimmungen in Betracht, z. B. die §§ 2091ff. (Einsetzung mehrerer Erben), §§ 2094, 2095 (Anwachsung), 1935 (Erhöhung des gesetzlichen Erbteils), § 1952 Abs. 3 (Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft durch mehrere Erbeserben), § 2204 (Auseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker), §§ 2319—2321 (Pflichtteilsrecht und Pflichtteilslast), § 2357 (Erbschein für Miterben) ꝛc.

2. **Zur Redaktionsgeschichte.** In der Regelung des Miterbenverhältnisses folgte der E. I dem gem. Rechte, in welchem die Selbständigkeit des einzelnen Miterben in den Vordergrund gestellt ist. Wie im gem. Rechte die einzelnen Nachlaßgegenstände unter die mehreren Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbquoten geteilt sind, so daß die Forderungen und Schulden von Rechts wegen in eine der Zahl der Erben entsprechende Anzahl von Teilforderungen und Teilverbindlichkeiten zerfallen, die körperlichen Sachen aber den Erben als Miteigentümern nach ideellen Anteilen gehören, schrieb der E. I vor, daß die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft des Gesetzes auf die Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile übergehen (§ 2051 Satz 2) und daß sich das Rechtsverhältnis der Miterben nach den Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen bestimme (§ 2151). Diese Regelung fand in der Kritik vorzugsweise seitens der Bundesregierungen aus den gemeinrechtlichen Gebietsteilen Billigung, während die preußische und mehrere andere Regierungen sich für das auf der Grundlage des ALR. in der Rechtsprechung und Wissenschaft ausgebildete System der Erbengemeinschaft aussprachen und auch in der öffentlichen Kritik die überwiegende Mehrzahl der Stimmen sich für letzteres entschied. In diesem Sinne hat denn auch die zweite Kommission das Rechtsverhältnis der Miterben umgestaltet, indem sie in Anlehnung an das preuß. Recht, jedoch mit dem Bestreben, die in diesem hervorgetretenen Zweifel und Unzuträglichkeiten möglichst zu vermeiden, die zu einer erschöpfenden Regelung des Verhältnisses erforderlichen Rechtssätze gegenüber dem E. I größtenteils neu schuf. Ausschlaggebend war die Erwägung, daß sowohl für die Miterben als auch besonders für die Nachlaßgläubiger die Erbengemeinschaft überwiegende praktische Vorteile biete, denen gegenüber der Nachteil einer weniger durchsichtigen und folgerichtigen Gestalt des Gesetzes in den Kauf genommen werden müsse, während die praktischen Nachteile des Systems durch eine von Zweckmäßigkeitsrücksichten geleitete Ausbildung der Einzelheiten möglichst abzuschwächen seien. Die Beschlüsse der zweiten Kommission sind, abgesehen von einigen geringfügigen Änderungen, welche die Reichstagskommission vorgenommen hat, in das BGB. übergegangen. — Vgl. zu den gesetzgeberischen Fragen M. V S. 526—530, 687, 694ff.; Zstlg. V S. 132ff., 209, 219ff., VI S. 672f.; Zstlg. d. BR. I S. 187ff., II S. 43, 44; Jacubezky S. 328ff.; P. II Bd. 5 S. 835f.; D. S. 728.

3. Gemäß der im vorstehenden mitgeteilten Entstehungsgeschichte ist das Verhältnis der Miterben im BGB. nach der deutschen Rechtsform der **Gemeinschaft zur gesamten Hand** gestaltet,

I. Rechtsverhältniß der Erben unter einander.

welche außer an dieser Stelle bei der Gesellschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft Verwendung gefunden hat (vgl. die Vorbm. zum Titel „Gesellschaft" und zum Untertitel „Allgemeine Gütergemeinschaft", ferner die Erl. zu den §§ 719, 1442). Der Rechtsgedanke der Gemeinschaft zur gesamten Hand, der schon vor dem BGB. im modernen Rechte vielfach wieder aufgenommen worden war, hat auf dem Gebiete des Erbrechts in neuerer Zeit zunächst durch die Praxis des preuß. Obertribunals Anerkennung gefunden, indem dieser Gerichtshof in gleichmäßiger Rechtsprechung aus den nur unvollständigen Vorschriften des ALR. eine Theorie des Miterbenverhältnisses entwickelte, die der römisch-rechtlichen Auffassung grundsätzlich entgegentrat (vgl. die grundlegenden Beschlüsse in Rehbeins OTr. III S. 267 ff. sowie die Darstellung bei Dernburg, preuß. PrivR. III § 238, Eccius IV § 271). Das Reichsgericht (Bd. 9 S. 273, 16 S. 253, 22 S. 244) hat sich dem Obertribunal angeschlossen und auch in der Theorie ist die Ansicht des letzteren schließlich wohl allgemein zur Geltung gelangt. Der wesentliche Inhalt dieser Ansicht ist, daß, während nach dem römischen Prinzip eine Gemeinschaft der Miterben nur in Ansehung jeder einzelnen Nachlaßsache gegeben ist, die deutschrechtliche Erbengemeinschaft den Nachlaß als Ganzes ergreift. Der Nachlaß ist, solange es nicht zur Auseinandersetzung kommt, gemeinschaftliches Vermögen der Erben, das für die Zwecke der Gemeinschaft, insbesondere für die Berichtigung der Nachlaßschulden und für die Erledigung der unter den Erben selbst bestehenden Verbindlichkeiten, einer dinglichen Bindung unterliegt. Demzufolge werden einerseits Anteile der Miterben, die ihrer selbständigen Verfügung unterliegen, nur an dem Nachlaß als Ganzen, nicht an den einzelnen Nachlaßgegenständen anerkannt, und gestaltet sich andererseits die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten zu einer gemeinschaftlichen. Auf dieser Grundlage sind auch die Vorschriften des BGB. aufgebaut. Über die Theorie der Gemeinschaft zur gesamten Hand vgl. noch Gierke DPR. I S. 664 ff., II S. 375 ff.; v. Seeler, Miteigentum nach dem BGB. (1899); Joerges in Z. f. HR. 49 S. 140 ff., 51 S. 1 ff.; Binder III S. 1 ff.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

1. Das BGB. hat nach dem Vorgange der preußischen Praxis die aus dem Prinzipe der Gemeinschaft zur gesamten Hand abzuleitenden Rechtssätze auf die Erbengemeinschaft nicht rein zur Anwendung gebracht, sondern mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis vielfach Abschwächungen eintreten lassen.

a) Der Grundsatz kommt zunächst in der Vorschrift des § 2032 Abs. 1, der den Nachlaß für **gemeinschaftliches Vermögen der Erben** erklärt, zum Ausdruck und wird sodann im einzelnen hinsichtlich der Verfügung über den Nachlaß und der Verwaltung desselben durchgeführt; ergänzend kommen die Vorschriften der CPO. in Betracht. Dem einzelnen Miterben ist zwar die Verfügung über seinen Anteil am ganzen Nachlasse zugestanden (§ 2033 Abs. 1), dagegen kann er nicht über einen verhältnismäßigen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen verfügen (§ 2033 Abs. 2, s. dort Erl. 4), die Verfügung über einen Nachlaßgegenstand wird vielmehr nur von allen Erben gemeinschaftlich getroffen (§ 2040 Abs. 1). Dem entspricht es, daß gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung nicht eine dem Schuldner gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufgerechnet werden kann (§ 2040 Abs. 2) und daß im Wege der Zwangsvollstreckung gegen einen Miterben zwar dessen Anteil am Nachlaß, aber nicht der Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen pfändbar ist (CPO. § 859 Abs. 2). Die Verwaltung des Nachlasses steht grundsätzlich den Erben gemeinschaftlich zu (§ 2038 Abs. 1 Satz 1). Für die Prozeßführung folgt aus dem Prinzipe der Erbengemeinschaft, daß die Miterben, dafern ein Nachlaßgläubiger von ihnen nach § 2059 („von sämtlichen Miterben") Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß verlangt (vgl. RG. in JW. 1898 S. 460) oder wenn sie behufs Geltendmachung eines zum ungeteilten Nachlaß gehörenden Rechtes gemeinschaftlich (vgl. aber doch auch § 2039) klagen, notwendige Streitgenossen sind, da das streitige Rechtsverhältnis in den bezeichneten Fällen ihnen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann (CPO. §§ 62, 472).

b) Diesen aus dem Grundprinzip abgeleiteten Folgesätzen stehen die sog. **Individualrechte** der Miterben gegenüber, welche die berechtigten Interessen der einzelnen Erben zu schützen bezwecken. Hierher gehört, soweit es sich um die Verfügung über den Nachlaß handelt, außer der schon erwähnten Möglichkeit der Verfügung über den Anteil am Nachlasse (§ 2033 Abs. 1) das Recht des Miterben, einen zum Nachlasse gehörenden Anspruch dahin geltend zu machen, daß die

§. 2032. Hinterläßt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben.

Bis zur Auseinandersetzung gelten die Vorschriften der §§. 2033 bis 2041.

Leistung an alle Erben zu bewirken oder für alle Erben zu hinterlegen ist (§ 2039). Noch weitergehend sind die Rechte der einzelnen Erben hinsichtlich der Verwaltung und Benutzung des Nachlasses. In dieser Beziehung ist die Erbengemeinschaft weniger nach den Grundsätzen der Gemeinschaft zur gesamten Hand als nach den Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen geordnet. Jeder Erbe kann die Mitwirkung der übrigen Erben zu solchen Maßregeln verlangen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind; notwendige Erhaltungsmaßregeln kann er selbständig treffen (§ 2038 Abs. 1, verglichen mit § 744). Durch Mehrheitsbeschluß der Erben und auf Antrag eines Miterben auch durch gerichtliche Entscheidung kann über die Art der Verwaltung und Benutzung Bestimmung getroffen werden (§ 2038 Abs. 2, § 745). Jeder Miterbe hat ein unentziehbares Recht auf einen Bruchteil der Nutzungen des Nachlasses (§ 2038 Abs. 2, § 743, § 745 Abs. 3). Des weiteren ist auch in der Prozeßführung jeder Miterbe insoweit selbständig, als er nach § 2039 einen zum Nachlasse gehörenden Anspruch selbständig geltend machen kann; das zwischen ihm und dem Schuldner erlassene Urteil erlangt jedoch keine Rechtskraft für und gegen die übrigen Erben. In letzter Reihe wird die Selbständigkeit der einzelnen Erben dadurch gewahrt, daß grundsätzlich jeder Miterbe zu jeder Zeit die Auseinandersetzung verlangen kann (§ 2042 Abs. 1).

2. Die Vorschriften des Unterabschnitts I zerfallen in drei Gruppen:

a) Rechtsverhältnis der Miterben untereinander bis zur Auseinandersetzung, §§ 2032—2041;

b) Auseinandersetzung, §§ 2042—2049;

c) Ausgleichung unter den erbenden Abkömmlingen des Erblassers wegen des Vorempfangenen, §§ 2050—2057.

Innerhalb der ersten Gruppe wird im § 2032 der Grundsatz der Erbengemeinschaft ausgesprochen und im § 2033 das Verfügungsrecht des einzelnen Miterben geordnet. Im Anschluß an den § 2033 Abs. 1 regeln die §§ 2034—2037 das Vorkaufsrecht, das den übrigen Erben zusteht, wenn ein Miterbe seinen Anteil am Nachlaß an einen Dritten verkauft. Der § 2038 bezieht sich auf die Verwaltung und Benutzung des Nachlasses, § 2039 auf die Geltendmachung der zum Nachlasse gehörenden Ansprüche, § 2040 auf die Verfügung über Nachlaßgegenstände und die Aufrechnung gegen Nachlaßforderungen. Im § 2041 wird bezüglich des Nachlasses als Gegenstandes der Gemeinschaft der Grundsatz der Surrogation aufgestellt.

Wegen der Anordnung der weiteren Vorschriften s. die Vorbemerkungen zu den §§ 2042—2049 Nr. 6 und zu den §§ 2050—2057 Nr. 6.

§ 2032.

E. I § 2051 Satz 2, § 2151; II § 1906 rev. § 2000; III § 2007. P. I E. 10608 ff., 11213, 11434; M. V E. 526 ff., 687 f. P. II Bd. 5 E. 649, 835 ff.; Bd. 6 E. 346 f. D. E. 728.

1. Der Abs. 1, der den Grundsatz der Erbengemeinschaft ausspricht, hat bereits in den beiden Vorbemerkungen seine Erläuterung gefunden. Daß die Gemeinschaft der Erben eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist, kommt allerdings erst in den folgenden Vorschriften, insbesondere im § 2033 Abs. 2, zum vollen Ausdruck. Gegenstand der Erbengemeinschaft ist der Nachlaß, und zwar in der Art, daß die zu diesem gehörenden Gegenstände nur als Bestandteile eines Ganzen in Betracht kommen (P. II Bd. 5 S. 838). Der ursprüngliche Bestand des Nachlasses, auf den sich die Erbengemeinschaft zunächst erstreckt, kann jedoch in der Zeit seit dem Erbfall bis zur Auseinandersetzung Veränderungen erfahren, insbesondere in der Weise, daß an die Stelle von aus dem Nachlaß ausscheidenden ursprünglichen Bestandteilen andere Gegenstände treten (vgl. Erl. zu § 2041).

Die Gemeinschaft erstreckt sich auch auf den Besitz. Die Miterben werden hinsichtlich der besitzrechtlich zum Nachlaß gehörenden Sachen nach §§ 857, 2032 mit dem Erbfall Mitbesitzer (s. § 866 und Strohal in Iherings Jahrb. 38 S. 113). Gehören zum Nachlaß Grundstücke oder Rechte an Grundstücken, so können die Miterben in Verbindung mit einem das Bestehen der Erbengemeinschaft feststellenden Vermerk (also nicht nach Bruchteilen) im Grundbuch als Berechtigte eingetragen werden (GO. s. 48). Vgl. dazu Bayer. ObLG. vom 25. September 1905 in Lobes CBl. 7 S. 307, 308. Die bücherliche Eintragung hat hinsichtlich der zum gemeinschaftlichen Nachlaß bereits gehörenden Gegenstände nur rechtsbekundende nicht rechtsbegründende Be-

§. 2033. Jeder Miterbe kann über seinen Antheil an dem Nachlasse verfügen. Der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Antheil verfügt, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Ueber seinen Antheil an den einzelnen Nachlaßgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen.

---

deutung; anders verhält es sich nur dann, wenn ein grundbücherliches Recht, zu dessen Erwerb die Eintragung erforderlich ist, im Wege eines auf den Nachlaß sich beziehenden Rechtsgeschäftes für die Erbengemeinschaft erworben werden will (§ 2041).

2. Aus dem Prinzip der **Gemeinschaft zur gesamten Hand**, welches Bruchteilsrechte der Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen ausschließt, ergibt sich, daß durch den Übergang der Erbschaft auf mehrere Erben kein Erlöschen bestehender Rechtsverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung eintritt. Ebensowenig werden Verfügungen wirksam, die vor dem Erbfall von einem Miterben über einen Gegenstand des späteren Nachlasses getroffen sind. Die Vereinigung bzw. Konvaleszenz tritt auch nicht etwa in Ansehung eines dem Erbteile des Miterben entsprechenden Teiles des betroffenen Gegenstandes ein, vielmehr wird ihr erst Raum gegeben, wenn letzterer bei der Auseinandersetzung dem betreffenden Miterben zugeteilt wird. Dem teilweisen Wirksamwerden einer vom Erblasser durch Rechtsakt unter Lebenden über einen einem Miterben gehörenden Gegenstand getroffenen Verfügung scheint dagegen die Erbengemeinschaft nicht entgegenzustehen, dafern nur der in Frage kommende Miterbe für den seinem Erbteil entsprechenden Bruchteil der Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 185 Abs. 2, § 2059 Abs. 1 Satz 2). Vgl. Strohal II S. 88, abweichend Kreß S. 5 Anm. 2. Eine dem Wesen des Gesamthandverhältnisses entsprechende und deshalb in diesem Zusammenhange bereits zu erwähnende Folgerung zieht ausdrücklich § 2040 Abs. 2, indem er für die Dauer der Erbengemeinschaft die Aufrechnung gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung mit einer dem Schuldner gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung ausschließt (vgl. Erl. 3 zu § 2040 und bezüglich der Vereinigung und der Konvaleszenz die Vorbm. 2 zum zweiten Abschnitte auf S. 39).

§ 2033.

E. II § 1907 rev. § 2010; III § 2008. P. II Bd. 5 S. 837 ff. D. S. 728.

Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile, Arch. f. civ. Pr. 89 S. 420. Schweitzer, Eine Frage aus dem Grundbuchrecht in DJZ. 1900 S. 393. Conrades, Verpfändung des Erbteils in DJZ. 1903 S. 310. Scherer, In welcher Weise kann ein Miterbe sein Erbteil verpfänden? in Lobes CBl. 2 S. 697, 3 S. 218, Mothes daselbst 2 S. 866 ff. Grohmann, Ist die Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft durch einen der Miterben oder eine sonstige Verfügung im Grundbuche eintragbar? daselbst 3 S. 821. Schmale daselbst 4 S. 179. Schmale, die dingliche Wirkung der Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlasse daselbst 5 S. 366. Dahse, Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft und das Grundbuch, MecklZ. 24 S. 78. Hamburger, Verpfändung des Erbteils bei Gruchot 48, S. 58. Josef, das Miteigentum des Miterben an den einzelnen Nachlaßsachen in DNotV. 5 S. 330 ff. und 6 S. 5 ff. Stiff, DNotV. 5 S. 757. Meyer, Über die Bewertung von Verträgen auf Abtretung von Erbanteilen in SeuffBl. 69 S. 25. Spaett, Noch einige Fragen der Nachlaßbehandlung in SeuffBl. 69 S. 105. Josef, Verfügungen über Erbschaftsanteile im Arch. f. civ. Pr. 99 S. 315. Pringsheim, Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils (Breslauer Diss. 1906). Wäntig, Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge in DNotV. 6 S. 377.

1. **Wesentlicher Inhalt der Bestimmung.** Der § 2033 entscheidet die Frage der Verfügungsbefugnis des einzelnen Miterben über seinen Anteil an dem Nachlaß als Ganzem und an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Daß der Miterbe über letztere für die Dauer der Erbengemeinschaft keine selbständige Verfügung treffen kann (Abs. 2), ist durch das Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand notwendig bedingt und entspricht den Vorschriften über die Gesellschaft und die eheliche Gütergemeinschaft (§ 719 Abs. 1, § 1442 Abs. 1, vgl. § 1471 Abs. 2, § 1519 Abs. 2, § 1549). In diesen übrigen Fällen der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist nach den angezogenen Vorschriften auch die Verfügung des Gemeinschafters über seinen Anteil am Gesamtvermögen ausgeschlossen (vgl. auch Bayer. ObLG. in SeuffBl. 70

S. 100, KG. in PosMSch. 8 S. 48, RG. v. 13. November 1902 in JW. 32 Beil. S. 26). Hierin weicht jedoch § 2033 ab, indem er jedem Miterben die (sogenannte dingliche) Verfügung über seinen Anteil am Nachlasse gestattet (Abs. 1 Satz 1). Die zweite Kommission war der Ansicht, daß für die Zulassung der Übertragung bei der Erbengemeinschaft im Gegensatze zu den vorerwähnten anderen Fällen ein praktisches Bedürfnis bestehe. Die Gemeinschaft sei hier nicht auf die Dauer bestimmt und keine so enge wie bei der Ehe; gegen das Eindringen eines unwillkommenen Genossen biete das Vorkaufsrecht (§§ 2034 ff.) eine Abwehr. Ferner ermögliche die Übertragbarkeit dem einzelnen Miterben eine Verwertung seines Anteils und mildere somit die mit der Erbengemeinschaft verbundenen Härten. Diese Vorteile erschienen der Kommission so erheblich, daß sie auch die anscheinende Inkonsequenz aufwögen, die darin erblickt werden könnte, daß der Universalerbe nicht imstande ist, über die ihm angefallene Erbschaft dinglich zu verfügen, während der Miterbe bezüglich seines Anteils dies kann und folgeweise auch die sämtlichen Miterben durch gleichartige Verfügungen über ihre Anteile mittelbar die ganze Erbschaft übertragen können (s. die Vorbm. zum Abschnitt „Erbschaftskauf", auch Erl. 6 zu § 2040, Erl. 1 zu § 1444).

2. Die **Verfügung über den Anteil am Nachlaß** insbesondere.

a) Der Ausdruck **„verfügen"** im § 2033 ist in dem Bd. I S. 185 klargestellten technischen Sinne zu nehmen. Die Verfügung über den Anteil am Nachlaß ist daher von einem in Ansehung des Miterbenanteils geschlossenen obligatorischen Vertrag (Kaufvertrag, Schenkungsvertrag) wesentlich verschieden. Der letztere ist eine Verfügung im Sinne des § 2033 nicht (gegen die abweichende Ansicht Wendts S. 424, 433 ff. vgl. besonders Strohal II § 64 Anm. 15).

b) **Form der Verfügung.** Die Verfügung erfolgt durch Vertrag zwischen dem verfügenden Miterben und dem Erwerber. Er bedarf nach Abs. 1 Satz 2 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 128). Da für den obligatorischen Veräußerungsvertrag in den §§ 2371, 2385 diese Form vorgeschrieben ist, schien es angemessen, auch den dinglichen Vertrag an dieselbe Form zu binden. Durch die Gleichheit der Form wird der Vorteil erreicht, daß beide Verträge zusammen abgeschlossen werden können, was dem Bedürfnisse der Praxis entspricht. Wegen der zuständigen Behörde bzw. Beurkundungsperson s. FGG. § 167 Abs. 1 und EG. Art. 141, wegen des Verfahrens die §§ 168 ff. des FGG. Wird die Verfügung für eine unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehende Person durch deren gesetzlichen Vertreter getroffen, so bedarf es zur Gültigkeit des Verfügungs- wie auch schon des obligatorischen Vertrags der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 1). Fraglich ist, ob die Vorschrift des § 313 Satz 2 zur entsprechenden Anwendung zu bringen ist, wenn dem ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form geschlossenen obligatorischen Vertrag die formgerechte Verfügung nach § 2033 Abs. 1 nachgefolgt ist (dafür Strohal II § 64 bei Anm. 16 bis 18). Verneint man die Frage, so entbehrt das Verfügungsgeschäft im vorausgesetzten Falle der rechtsgültigen causa, und ist aus diesem Grunde die condictio sine causa begründet (vgl. Erl. zu § 2371).

c) **Gegenstand der Verfügung.** Als solchen bezeichnet das Gesetz den Anteil des Miterben am Nachlaß, also die für den Miterben aus der Miterbengemeinschaft sich ergebende Rechtsstellung (vgl. auch RSpr. 2 S. 242, 4 S. 189, KGJ. 28 S. A 285, RG. vom 9. Februar 1905 60 S. 131). Unzutreffend ist es, wenn Wendt S. 455 die Verfügung im Sinne des § 2033 Abs. 1 als eine bloße Abtretung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Miterben bei der Teilung des Nachlasses zufallen wird, charakterisiert. Diese Auffassung sucht die dem Miterben nach § 2033 Abs. 1 zustehende Verfügungsbefugnis auf dasselbe Maß herabzudrücken, das sich aus § 719 i. V. mit § 717 für den Gesellschafter ergibt. Allein die Vergleichung der genannten Paragraphen mit § 2033 Abs. 1 stellt heraus, daß die dem Gesellschafter im § 719 ausdrücklich versagte Möglichkeit der Verfügung über seine Mitberechtigung am Gesamthandvermögen dem Miterben ausdrücklich zugesprochen wird (vgl. Strohal II § 64 S. 97, Prengsheim S. 34, s. auch RG. Bd. 60 S. 131). Bezüglich der Frage, ob sich die Verfügung des Miterben auch auf die Erweiterung erstreckt, welche der Anteil des Verfügenden infolge des Wegfalls eines Miterben durch Anwachsung oder nach § 1935 erfährt, vgl. Erl. zu § 2373. Da es sich bei der Übertragung des Anteils am Nachlaß im Sinne des § 2033 Abs. 1 um einen einheitlichen Eintritt in eine Gesamtheit von Rechtsbeziehungen handelt, so spielen dabei die für die Übertragung der einzelnen zum Nachlaß gehörenden Rechte maßgebenden Vorschriften (so z. B. die über die Auflassung von Grundstücken und über das Erfordernis der grundbücherlichen Eintragung des Erwerbers) selbstverständlich keine Rolle (vgl. Bayer. ObLG. vom 13. Februar 1905 im Recht 1905

S. 165, KG. in Rspr. 8 S. 104). Waren übrigens die Miterben zur Zeit der Verfügung über einen Anteil am Nachlaß bei den zum Nachlaß gehörenden Buchrechten nach Maßgabe von GBO. § 48 im Grundbuch bereits eingetragen, so wird dieses, insofern es noch den bisherigen Miterben als zur Gesamtheit der Berechtigten gehörend aufführt, unrichtig, und kann der Erwerber daher Grundbuchberichtigung verlangen (KG. in Rspr. 5 S. 426; vgl. übrigens auch Rspr. 4 S. 189).

Über das richtige Ziel weit hinaus schießt die Ansicht, welche in der Übertragung des Anteils am Nachlaß eine Übertragung des Miterbenrechtes selbst erblickt (so z. B. Endemann III S. 362; Binder III S. 94; Herzfelder S. 277). Das Miterbenrecht ist in Wahrheit unübertragbar. Erbe ist im Falle einer Übertragung des Anteils am Gesamthandvermögen nach wie vor der Übertragende, und der diesem bereits erteilt gewesene Erbschein wird infolge der Anteilsübertragung keineswegs unrichtig. Vgl. die eingehende Begründung bei Strohal II § 64 Anm. 20 und dazu die wichtige Entsch. des Bayer. ObLG. vom 10. Februar 1905 in Sammlung 6 S. 91 = Rspr. 10 S. 299 = RJA. 5 S. 236, ferner KG. in KGJ. 30 S. A 101 = Rspr. 11 S. 274 = RJA. 6 S. 113. Die richtige Auffassung, daß der Veräußerer Miterbe bleibt, kommt auch zur Geltung in der KGE. vom 4. Januar 1905 in KGJ. 29 S. A 83 = RJA. 5 S. 185, der zufolge die Einwilligung der Miterben in die Fortführung der Firma eines zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäftes auch dann erforderlich ist, wenn ein Miterbe alle Nachlaßanteile erworben hat.

d) Art der Verfügung. Unter der Verfügung wird im § 2033 wie überall außer der Veräußerung auch die dingliche Belastung verstanden. Der Erbteil kann daher auch zum Gegenstand eines Nießbrauchs (§§ 1068 ff.) und eines Pfandrechts (§§ 1273 ff) gemacht werden; die Bedenken, die in der preußischen Praxis (Rehbein, Ober-Trib.-Entsch. III S. 270) gegen die Möglichkeit der Verpfändung hervorgetreten sind, haben für das BGB. keine Bedeutung. Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers während der Dauer der Erbengemeinschaft ist nach Analogie des § 1258 (nicht des § 725) zu beurteilen (vgl. aber doch auch Binder III S. 304 und Pringsheim S. 59).

Eine nach § 2033 Abs. 1 zu beurteilende Veräußerung des Anteils eines Miterben am Nachlaß liegt auch vor, wenn ein Miterbe gegen Zahlung einer Summe (bei Unentgeltlichkeit könnte es sich übrigens nicht anders verhalten) auf sein Erbteil zugunsten eines anderen Erben verzichtet (vgl. RG. vom 19. Juni 1902 in DJZ. 1902 S. 485, Bayer. ObLG. in Sammlung 4 S. 22). Über sogenannte Mutterguts-Verträge vgl. Bayer. ObLG. im Recht 1905 S. 108.

Die Pfändbarkeit des Anteils eines Miterben am Nachlaß ist hier nur kurz zu erwähnen und erst in Erl. 3 genauer zu besprechen.

e) Voraussetzungen der Verfügung. Die Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlasse setzt nicht voraus, daß ihm der Anteil schon endgültig angefallen ist. Auch der nur bedingt oder betagt eingesetzte (und somit auch der nur als Nacherbe berufene) Teilerbe kann während des Schwebens der Bedingung bzw. vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge über seinen Anteil verfügen. Dagegen ist grundsätzliche Voraussetzung, daß der Erbfall eingetreten ist; über die Vorschrift des § 312 Abs. 2 vgl. Erl. 6 zu § 312 in Bd. II S. 125, aber auch Strohal II § 64 Anm. 14a. Wie der Nacherbe kann auch der nur als Vorerbe eingesetzte Miterbe, natürlich unbeschadet der Belastung seines Anteils mit der Nacherbfolge, eine dingliche Verfügung über den Erbteil treffen (die Bemerkung der P. II Bd. 5 S. 574 steht dem nicht entgegen). In der Verfügung liegt normalerweise (vgl. übrigens auch Erl. zu § 2317) die Annahme des Erbteils, wenn diese noch nicht früher erfolgt ist. Auch die Verfügung über einen Bruchteil des Erbteils ist möglich.

Wegen des Falles, daß der Erblasser in ehelicher Gütergemeinschaft gelebt hat und sein Anteil am Gesamtgute zum Nachlasse gehört, s. die Erl. 3 zu § 1471 (Bd. IV S. 278).

Sobald die Auseinandersetzung unter den Miterben beendet ist, ist die Möglichkeit einer Verfügung im Sinne des § 2033 ausgeschlossen; denn nach § 2032 gilt § 2033 nur für die Zeit bis zur Auseinandersetzung.

f) Von großer Wichtigkeit ist die Frage, ob neben der dem Miterben durch § 2033 Abs. 1 gestatteten Verfügung über den Anteil am Nachlaß auch noch eine, nach der auf die Zession einer Forderung sich beziehenden Vorschrift des § 398 zu beurteilende Verfügung als möglich anzuerkennen ist, die lediglich den Anspruch auf dasjenige was dem abtretenden Miterben bei der Auseinandersetzung zukommen wird, zum Gegenstande hat. Hierauf bezieht sich die bedeutsame RGE. v. 9. Febr. 1905 Bd. 60 S. 126. In

dem der Entscheidung zugrunde liegenden Falle handelte es sich um einen Konflikt zwischen demjenigen, welchem ein Miterbe nicht seinen Anteil am Nachlaß, sondern lediglich den Anspruch auf das ihm bei der Auseinandersetzung Zukommende formlos abgetreten hatte, und einem Gläubiger, der nach der erwähnten Abtretung eine Pfändung des Anteils des Miterben am Nachlaß erwirkte und demgemäß Befriedigung aus der auf seinen Schuldner (den Miterben) bei der Auseinandersetzung entfallenden Geldsumme verlangte. Das RG. entschied entgegen den Vorinstanzen zugunsten des Pfändungspfandgläubigers und erklärte die vorher erfolgte Forderungsabtretung als diesem gegenüber unwirksam. Diese von Pringsheim S. 35ff. ausführlich bekämpfte Entscheidung verdient in ihrem wesentlichen Ergebnis volle Zustimmung. Während bei der Gesellschaft eine Verfügung des Gesellschafters über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen ausgeschlossen und nur eine Abtretung desjenigen, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommen wird, zugelassen ist (vgl. oben unter c) und demgemäß auch in der in § 725 (vgl. auch ZPO. § 859) für zulässig erklärten Pfändung des Anteils des Gesellschafters nichts weiter zu erblicken ist, als eine Pfändung des vorerwähnten Anspruchs, kann der Miterbe über seine Berechtigung am gemeinschaftlichen Erbvermögen selbst verfügen, und bildet daher auch diese Mitberechtigung (die aber mit dem Miterbrecht nicht zusammenfällt; vgl. oben unter c) den unmittelbaren Gegenstand der Pfändung (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 837ff.). Zugleich ist klar, daß der Anspruch auf dasjenige, was dem Miterben bei der Auseinandersetzung zukommt, nur ein Ausfluß der Mitberechtigung des Miterben am gemeinschaftlichen Nachlaß ist. Solange eine Verfügung über diese und deren Pfändung noch stattfinden kann, d. i. aber bis zur Auseinandersetzung unter den Miterben, muß sich die Verfügung bzw. Pfändung notwendig auch auf den bezeichneten Anspruch erstrecken. Hieraus ist aber wieder der weitere Schluß zu ziehen, daß die bloße Abtretung des vorerwähnten Anspruchs dem Einzelnachfolger in die Berechtigung des Miterben am gemeinschaftlichen Nachlaß (somit auch dem Pfändungspfandgläubiger) gegenüber selbst dann der Wirksamkeit entbehrt, wenn sie dem Eintritt der Einzelnachfolge vorangegangen ist.

Erfolgt die Verfügung über den Anspruch auf dasjenige, was einem Miterben bei der Auseinandersetzung zukommt, übrigens in der Form des § 2033 Abs. 1 Satz 2, so ist es eine Frage der Auslegung, ob von den Parteien nicht doch vielleicht eine Verfügung über den Anteil am Nachlaß beabsichtigt ist.

3. **Pfändbarkeit des Anteils am Nachlaß.** Entsprechend dem § 2033 Abs. 1 ist der Anteil des einzelnen Miterben am Nachlaß nach ZPO. § 859 Abs. 2 der Pfändung unterworfen. Das Verfahren richtet sich nach den entsprechend anzuwendenden Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen (ZPO. §§ 828ff., § 857). Bei der Anwendung von ZPO. § 857 entsteht die Frage, ob im Falle der Pfändung des Anteils eines Miterben ein „Drittschuldner" als vorhanden anzunehmen ist. Nach der ständigen Praxis des RG. ist in ZPO. § 857 Abs. 2 unter „Drittschuldner" nicht dasselbe zu verstehen wie in ZPO. § 829, sondern ist der Ausdruck daselbst in einem weiteren Sinne zu nehmen, der auch den Miterben (des preußischen und damit offenbar auch des deutschen bürgerlichen Rechtes) im Verhältnis zu den Gläubigern eines von ihnen deshalb mit umfaßt, weil infolge des als Gesamthand bezeichneten Rechtsverhältnisses die endgültige Gestaltung der Rechte der Miterben an den Nachlaßgegenständen von der Durchführung der Teilung abhängt, zu der jeder Miterbe dem anderen verpflichtet ist. Demgemäß ist die Pfändung des Miterbenanteils erst mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die übrigen Miterben als bewirkt anzusehen. Vgl. besonders RG. 49 S. 406ff., ferner KGJ. 25 S. A 119; s. dazu noch Pringsheim S. 53ff.

Meinungsverschiedenheit besteht darüber, ob im Falle der Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlaß die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung bei den zum Nachlaß gehörenden Buchrechten zulässig ist. Die Frage wird von Achilles-Strecker, Kommentar zur GBO. Erl. 2 zu § 48 mit Berufung auf den für die Pfändung eines Miterbenanteils nicht maßgebenden § 725 BGB. deshalb verneint, weil die Pfändung eines Miterbenanteils eine Beschränkung des Miterben in der Verfügung über die einzelnen Nachlaßgegenstände nicht zur Folge habe. Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß die Befugnis des Miterben zur Mitwirkung bei einer gemeinschaftlichen Verfügung über einen Nachlaßgegenstand zum wesentlichen Inhalt des der Pfändung unterliegenden Anteilsrechtes gehört und daß das nach ZPO. § 857 entsprechend anzuwendende Veräußerungsverbot von ZPO. § 829 Abs. 1 daher auch auf die bezeichnete Mitwirkung bezogen werden muß. Steht übrigens noch der Erblasser im Grundbuch, so ist die Eintragung der Veräußerungsbeschränkung zur Wahrung der Rechte des Pfändungspfandgläubigers nicht erforderlich (vgl. auch GBO. § 52). Denn ein Schutz des Erwerbers

auf Grund der Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs kann in diesem Falle nicht eintreten, ebensowenig ein Schutz auf Grund der Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Erbscheins, da die durch Pfändung des Miterbenanteils herbeigeführte Verfügungsbeschränkung des Miterben in den Erbschein überhaupt nicht aufzunehmen ist (vgl. § 2353, §§ 2364 ff.), und davon, daß der erteilte Erbschein infolge der Pfändung eines Miterbenanteils unrichtig werde (so Hamburger S. 63), keine Rede sein kann. Wohl aber ist eine Beeinträchtigung des Pfändungspfandgläubigers dann möglich, wenn die Miterben nach Maßgabe von GBO. § 48 bereits im Grundbuch eingetragen sind (vgl. BGB. § 894 Abs. 1 Satz 2). Die Eintragung der Verfügungsbeschränkung kann nach Maßgabe von § 894 BGB. (vgl. auch GBO. § 22) durchgesetzt werden (vgl. auch § 899 BGB.). Für die Zulässigkeit der Eintragung der vorerwähnten Verfügungsbeschränkung Schweitzer, Grohmann, Hamburger, Herzfelder S. 278, Gaupp-Stein Erl. III zu § 859 CPO.; ebenso Bayer. ObLG. v. 4. Juli 1902 in Sammlung 3 S. 604, sowie eine von Conrades in DJZ. 1903 S. 310 bezeichnete Entscheidung des KG. vom 11. Juli 1902, ferner KG. in RJA. 3 S. 154, 6 S. 235 (vgl. auch Rspr. 12 S. 366 und DJZ. 1906 S. 148, 149). Gegen die Zulässigkeit sprechen sich aus Conrades und Scherer.

Für die Wirkung der Pfändung des Miterbenanteils ist es nach RG. 49 S. 408 gleichgültig, ob dabei als Gegenstand der Pfändung „das Erbrecht des Miterben, der Erbanteil, der Erbteil, das Recht auf Teilung oder das Recht auf Auseinandersetzung des Erbanteils (vor geteilter Erbschaft) bezeichnet ist." Die mehr oder minder glückliche Wahl des Ausdrucks soll also keinen praktischen Unterschied mit sich bringen, dafern nur sachlich anzunehmen ist, daß es sich um eine Pfändung nach Maßgabe von CPO. § 859 Abs. 2 handelt.

Als zweifelhaft wird bezeichnet werden dürfen, ob aus der in CPO. § 857 Abs. 1 angeordneten entsprechenden Anwendung der „vorstehenden Bestimmungen" somit auch von CPO. § 829 Abs. 1 der Schluß zu ziehen ist, daß hinsichtlich des gepfändeten Anteils am Nachlaß auch eine Verfügung des Miterben nach § 2033 Abs. 1 ausgeschlossen ist (dafür Bayer. ObLG. in Sammlung 4 S. 604 und KG. in RJA. 6 S. 235). Dagegen scheint zu sprechen, daß der Pfändungspfandgläubiger zwar durch eine von dem Miterben, dessen Anteil gepfändet worden ist, gemeinschaftlich mit den anderen Miterben vorgenommene Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, nicht aber durch eine Verfügung jenes Miterben über den Anteil am Nachlaß beeinträchtigt werden kann. Unterstützend kann hierfür auch angeführt werden, daß ja auch beim Vorhandensein eines verwaltenden Testamentsvollstreckers das Recht der Miterben zur Verfügung über ihre Anteile am Nachlaß durch §§ 2205, 2211 nicht berührt wird (vgl. dazu Strohal I S. 286).

Die Befriedigung des Pfändungspfandgläubigers (über dessen sonstige Stellung vgl. Erl. 3 d) aus dem gepfändeten Anteil kann in verschiedener Weise erfolgen. Er kann nach FGG. § 83 die Auseinandersetzung betreiben und sich den Anspruch auf dasjenige, was auf seinen Schuldner bei der Auseinandersetzung entfällt, zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen (sog. Überweisung des Erbteils). Vgl. dazu Pringsheim S. 62 und daselbst Berufene. Bezüglich der Wirkung der Überweisung vgl. CPO. § 836. Der Pfändungspfandgläubiger wird aber mit Rücksicht auf CPO. §§ 844, 857 Abs. 5 auch Befriedigung aus dem gepfändeten Anteile im Wege des Verkaufs desselben beantragen können. Die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Verkaufes wird von Eccius bei Gruch. 43 S. 805 allerdings bestritten; vgl. aber dagegen Strohal II § 64 Anm. 22, § 88 Anm. 26; Kreß S. 185; Dernburg V § 189 (S. 533); Pringsheim S. 73.

4. Der in Abs. 2 aufgestellte Satz, daß der Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen kann, findet seine Ergänzung in der Vorschrift des § 2040 Abs. 1, nach der die Erben über einen Nachlaßgegenstand „nur gemeinschaftlich" verfügen können. Über die Frage, ob sich die Bestimmung des Abs. 2 auch auf die Verfügung über den zum Nachlaß gehörenden Besitz nach § 854 Abs. 2 und § 870 bezieht, vgl. Strohal II Anm. 6a; Kreß S. 31; Gierke DPR. II § 114 in Anm. 49 ff.; aber auch M. Wolff in Iherings Jahrb. 44 S. 153; Binder III S. 54 Anm. 42 und Bd. III dieses Kommentars Erl. 1 zu § 866 S. 56.

5. In der preußischen Praxis hat sich trotz grundsätzlicher Anerkennung des Satzes, daß dem einzelnen Miterben während der Dauer der Gemeinschaft ein bestimmter verhältnismäßiger Anteil an den einzelnen Nachlaßstücken „als sein besonderes Eigentum" nicht zusteht, doch die Rechtsansicht entwickelt, daß der Miterbe über die einzelnen Nachlaßgegenstände dingliche Verfügungen mit bedingter Wirkung treffen kann, so nämlich, daß die Verfügung dasjenige ergreift, was dem Miterben bei der Auseinandersetzung von der betreffenden

§. 2034. Verkauft ein Miterbe seinen Antheil an einen Dritten, so sind die übrigen Miterben zum Vorkaufe berechtigt.

Die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts beträgt zwei Monate. Das Vorkaufsrecht ist vererblich.

Sache zufällt, während bis zur Auseinandersetzung ihre Wirkung suspendiert bleibt. Diese zunächst vom preußischen Obertribunal (s. die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Rehbein Bd. III S. 272—275) angenommene und ausgebildete Rechtsauffassung ist vom Reichsgerichte (Bd. 16 S. 254, Bd. 36 S. 319, vgl. auch die franz. Recht betreffenden Entsch. Bd. 36 S. 343, Bd. 37 S. 366) festgehalten worden und hat teilweise auch in der Theorie Billigung gefunden (so bei Dernburg preuß. PR. III § 239 Anm. 14—16, § 245 Anm. 33, während sie von Rehbein a. a. O. und namentlich von Eccius IV § 271 Anm. 33—39 bekämpft wurde). Nach dem BGB. sind die analogen Fragen sicherlich verneinend zu beantworten. Eine Verfügung über die aus dem Anteilsrechte jedes Miterben am Gesamthandvermögen überhaupt für die Zeit der Dauer der Miterbengemeinschaft sich ergebende Mitberechtigung an den einzelnen Nachlaßgegenständen und damit zugleich eine Pfändung dieser Mitberechtigung ist durch § 2033 Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossen. Eine Verfügung des Miterben über diejenigen Gegenstände aber, welche bei der künftigen Auseinandersetzung auf ihn ganz oder zu einem Bruchteile entfallen werden, entbehrt einfach deshalb der Wirksamkeit, weil ihm vor der Auseinandersetzung ein Alleinrecht oder ein Bruchteilrecht hinsichtlich solcher Gegenstände nicht zusteht, selbst nicht in der Weise, daß man von einem bedingten (schwebenden) Rechte reden könnte. Möglich ist dagegen allerdings die Übernahme einer obligatorischen Verpflichtung zu einer Verfügung der bezeichneten Art durch einen Miterben, denn diese setzt das Vorhandensein des Rechtes in der Person des sich Verpflichtenden nicht voraus. Möglich ist ferner auch ein nachträgliches Wirksamwerden der zunächst wegen des mangelnden Verfügungsrechtes unwirksamen Verfügung nach § 185 Abs. 2.

Die dargelegte Auffassung wird auch von der Praxis geteilt. So erklärt KG. in KGJ. 20 S. A 85 (= RJA. 1 S. 32) die Belastung des dem Erbteil entsprechenden Anteils an einem zum ungeteilten Nachlaß gehörenden Grundstück mit einer Hypothek durch den Miterben und KGJ. 28 S. A 111 die Eintragung einer Vormerkung auf den Anteil des Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft für unzulässig; vgl. ferner Rspr. 2 S. 27, 7 S. 354, Bayer. ObLG. in SeuffA. 57 S. 460, wonach auch eine Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miterben an dem zum Gesamthandvermögen gehörenden Grundstück für ausgeschlossen erklärt wird. In diesem Zusammenhang ist auch RG. vom 31. Mai 1905 Bd. 61 S. 76 zu erwähnen; daselbst wird ein unklar gefaßter notarieller Vertrag, laut dessen ein Miterbe vor der Auseinandersetzung seine „Erbansprüche an dem gesamten Grundbesitz" des Erblassers verkaufte, für unwirksam erklärt, weil es derartige Erbansprüche bezüglich der Bestandteile einer Erbschaft nicht gebe und sie daher auch weder den Gegenstand einer Verfügung noch einer Verpflichtung bilden konnten. Der Fall lag hier in der Tat so, daß sich aus dem Vertrag nicht einmal eine gültige obligatorische Verpflichtung herauslösen ließ.

5. Hinsichtlich der **gemeinschaftlichen Verfügung** der Miterben über einen Nachlaßgegenstand vgl. Erl. 1, 2 zu § 2040.

§ 2034.

E. II § 1908 rev. § 2011; III § 2009. M. II Bd. 5 S. 839 ff.; Bd. 6 S. 318 f. P. S. 728.

Schmiege, Das Vorkaufsrecht der Miterben im BGB. Leipz. Diss. 1904; Aron, Steht einem Miterben das gesetzliche Vorkaufsrecht hinsichtlich eines an einen Dritten verkauften Erbanteils zu, wenn die übrigen Miterben auf die Ausübung desselben verzichtet haben? ElsLothZ. 29 S. 651.

1. Die Möglichkeit der Übertragung eines Erbteils seitens eines Miterben bringt für die übrigen Erben die Gefahr mit sich, daß ein Fremder in die Erbengemeinschaft eindringt, der durch sein Verhalten die Fortsetzung der Gemeinschaft unmöglich machen und bei der Auseinandersetzung Schwierigkeiten bereiten kann. Um die Miterben hiergegen tunlichst zu sichern, gewähren die §§ 2034 ff. nach dem Vorgange des preuß. und des franz. Rechtes (ALR. I 17 §§ 61, 65, 115, code civ. art. 841, preuß. Gesetz vom 2. März 1850 § 4) den übrigen Miterben ein **Vorkaufsrecht bezüglich des verkauften Erbteils.** Diesem Vorkaufsrecht ist zu seiner wirksamen Ausgestaltung insofern dingliche Kraft beigelegt, als es auch nach der Übertragung des Erbteils gegen

den Käufer und den weiteren Erwerber wirkt (§§ 2035, 2037). Wäre die Wirkung als nur persönliche auf den verkaufenden Miterben beschränkt, so würden, da die Übertragung des Erbteils meist zugleich mit dem Abschlusse des Kaufvertrags erfolgen wird, die übrigen Erben in der Regel auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer angewiesen sein, womit nichts gewonnen wäre. Das dingliche Vorkaufsrecht ermöglicht den Miterben, einen Fremden von der Gemeinschaft fernzuhalten und sich damit den Bestand der Gemeinschaft bzw. den Vorteil einer leichten Auseinandersetzung zu sichern, es fördert so die Erhaltung des Grundbesitzes in der Familie und bietet einen Schutz gegen wucherische Verträge. Um dieser Vorteile willen hat die zweite Kommission, hauptsächlich im Hinblick auf das Gutachten des preuß. Landes-Ökonomie-Kollegiums (Zftlg. V S. 211), das Institut aufgenommen, obwohl das gesetzliche Vorkaufsrecht, insbesondere im Sinne des Retraktrechts, im übrigen dem BGB. fremd ist. Die nähere Ausgestaltung beruht auf den Beschlüssen der Redaktionskommission.

2. **Ausgestaltung.** Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben ist in den §§ 2034—2037 **nicht erschöpfend geregelt**, zur Ergänzung müssen die Vorschriften der §§ 504—514 über das persönliche Vorkaufsrecht herangezogen werden (P. II Bd. 5 S. 841, Bd. 6 S. 318).

Einzelnes.

a) **Hinsichtlich der Voraussetzungen** für die Ausübung des Vorkaufsrechtes im einzelnen Falle sind die Erl. zu § 514 zu vergleichen, s. ferner §§ 506, 512. Das Vorkaufsrecht des § 2034 ist nur gegeben, wenn ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten **freiwillig verkauft, nicht** im Falle eines zwar auf Übertragung des Anteils, aber nicht im Wege des Kaufes gerichteten Geschäftes, **nicht** in den Fällen des § 512 (d. i. im Falle des Verkaufs eines Anteils im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter) und auch **nicht** im Falle des Verkaufs des Anteils an einen Miterben. Dem Verkauf des Anteils durch einen Miterben ist der Fall gleichzustellen, wo der Verkauf durch einen **Rechtsnachfolger eines Miterben** erfolgt ist, dessen nach § 2033 erfolgten Eintritt in die Erbengemeinschaft die übrigen Miterben nicht abwenden wollten oder konnten (vgl. **Strohal** II § 64 Anm. 23).

b) **Vorkaufsberechtigt** sind die Miterben bzw. diejenigen, welche nach § 2033 endgültig an deren Stelle in die Erbengemeinschaft eingetreten sind (vgl. **Strohal** II § 64 Anm. 23; **Kreß** S. 128 Anm. 28). Ist über das Vermögen eines Miterben (bzw. dessen Rechtsnachfolgers) **Konkurs** eröffnet, so steht die Ausübung bzw. Mitausübung des Vorkaufsrechtes dem **Konkursverwalter** zu. **A. A. Jaeger** KO. Anm. 32 zu § 1 mit der Begründung, daß das Vorkaufsrecht der Miterben nach § 2034 in Verbindung mit § 514 schlechthin unübertragbar sei, und unter Berufung auf die familienrechtliche Natur des Erbenretrakts. Allein nach dem BGB. kommt dem Vorkaufsrecht der Miterben familienrechtliche Natur gewiß nicht zu, auch ist dieses Recht nur in dem Sinne unübertragbar, daß es von dem Anteil am Nachlaß, mit dem es verbunden ist, nicht abgelöst werden kann; seinem Zwecke entsprechend muß unser Vorkaufsrecht im Falle einer endgültigen Übertragung eines Anteils am Nachlaß mit diesem auf den Erwerber übergehen. Die Bedenken **Jaegers**, die übrigens auch ungewiß lassen, wie es im vorausgesetzten Falle des Konkurses über das Vermögen eines Miterben mit dem Vorkaufsrecht gehalten werden soll, schlagen also nicht durch.

Aus § 2034 geht hervor, daß die übrigen Miterben außer dem Verkäufer das Recht **gemeinschaftlich haben**, mithin nicht jeder Miterbe einzeln bzw. der zuerst den Anspruch Erhebende es ausüben kann; ist jedoch das Recht für einen der Miterben erloschen oder übt einer von ihnen es nicht aus, so steht nach § 513 die Befugnis zur Ausübung den verbleibenden Miterben zu. Übrigens hat auch der einzige Miterbe das Vorkaufsrecht. Gemäß § 514 ist das Recht unter Lebenden nicht selbständig (d. h. ohne Übertragung des Anteils am Nachlaß) **übertragbar**, wohl aber ist es nach der insoweit abweichenden Vorschrift des § 2034 Abs. 2 **vererblich**.

c) Die §§ 507—510 sind mit Ausnahme des nicht in Betracht kommenden § 509 Abs. 2 anwendbar. Aus § 510 Abs. 1 (vgl. P. II Bd. 6 S. 174, 328; s. auch die Erl. zu § 2035 unter a) ergibt sich die Verpflichtung des Verkäufers zur **Anzeige** an die Miterben, mit welcher nach § 510 Abs. 2 (s. jedoch auch Abs. 1 Satz 2) die **Frist für die Ausübung** des Vorkaufsrechtes zu laufen beginnt. Diese Frist wird im § 2034 Abs. 2 auf zwei Monate festgesetzt, zu berechnen nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3.

d) Die **Ausübung** des Vorkaufsrechtes erfolgt nach § 505 Abs. 1 durch **formlose Erklärung** gegenüber dem Verpflichteten (Verkäufer) oder, falls die Übertragung bereits erfolgt ist, gegenüber dem Käufer (§ 505 Abs. 1, § 2035).

§. 2035. Ist der verkaufte Antheil auf den Käufer übertragen, so können die Miterben das ihnen nach §. 2034 dem Verkäufer gegenüber zustehende Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber ausüben. Dem Verkäufer gegenüber erlischt das Vorkaufsrecht mit der Uebertragung des Antheils.

Der Verkäufer hat die Miterben von der Uebertragung unverzüglich zu benachrichtigen.

Die Wirkung der Ausübung ist, daß der Kauf zwischen dem Vorkaufsverpflichteten (d. i. im Falle des § 2034 der Verkäufer) und den übrigen Erben unter den Bestimmungen zustande kommt, welche jener mit dem Dritten vereinbart hat (§ 505 Abs. 2). Aus § 427 dürfte zu schließen sein, daß mehrere Miterben dem Verkäufer als Gesamtschuldner haften (vgl. Strohal II § 64 bei Anm. 23b; Kreß S. 189 Anm. 30; Herzfelder S. 282), während sie im Verhältnis untereinander den Kaufpreis nach Verhältnis ihrer Erbteile zu tragen haben. Den Vorkaufsberechtigten erwächst aus der Ausübung des Vorkaufsrechtes der Anspruch auf Übertragung des Anteils des Vorkaufsverpflichteten. Wird diese vorgenommen, so wächst ihnen der Anteil nach Verhältnis ihrer Erbteile zu. Die Vorschriften der §§ 1935, 2095 dürften hier entsprechend anzuwenden sein.

§ 2035.

E. II § 1909 rev. § 2012; III § 2010. P. II Bd. 5 S. 839 ff.; Bd. 6 S. 174, 328.

Der § 2035 ist zum Teil schon in Erl. 2 zu § 2034 besprochen worden. Er begründet eine gewisse **Dinglichkeit** des den Miterben zustehenden Vorkaufsrechts, indem er für den Fall, daß die Übertragung des Erbteils auf den Käufer (§ 2033 Abs. 1) bereits erfolgt ist, diesem gegenüber das Vorkaufsrecht wirken läßt. Durch den § 2037 wird dies auf den weiteren Erwerber ausgedehnt.

Im einzelnen gilt folgendes:

a) Sobald die Übertragung des Erbteils auf den Käufer stattgefunden hat, kann das Vorkaufsrecht nicht mehr gegenüber dem verkaufenden Miterben (Abs. 1 Satz 2), sondern nur noch **gegenüber dem Käufer** (Abs. 1 Satz 1) ausgeübt werden. Aus diesem Grunde ist im Abs. 2 der Verkäufer für verpflichtet erklärt, die Miterben von der Übertragung unverzüglich (§ 121) zu benachrichtigen. Die sich aus § 510 Abs. 1 ergebende Verpflichtung des Verkäufers zur Anzeige von dem Abschluß und dem Inhalte des Kaufvertrags wird dadurch nicht berührt; nur sie bzw. die entsprechende Mitteilung des Käufers hat die Wirkung, die Frist für die Ausübung des Rechtes in Lauf zu setzen (§ 510 Abs. 2). Man könnte zwar zur Annahme geneigt sein, zum Beginn der Frist sei im Falle des § 2035 außerdem noch erforderlich, daß auch die daselbst in Abs. 2 vorgeschriebene Benachrichtigung bereits erfolgt sei (so Strohal II S. 102). Allein dies ist nicht die Absicht des Gesetzes, das im § 2035 ausdrücklich von der Ausübung des dem Miterben nach § 2034 dem Verkäufer gegenüber zustehenden und durch Abs. 2 daselbst auf die Zeit von zwei Monaten beschränkten Vorkaufsrechtes gegenüber dem Käufer redet. Infolgedessen kann es allerdings dazu kommen, daß die Miterben ihr Vorkaufsrecht dadurch einbüßen, daß sie in Unkenntnis von der bereits erfolgten Übertragung des Anteils die Ausübung des Vorkaufsrechtes dem Verkäufer (dem gegenüber das Recht bereits erloschen ist) erklären und zu wirksamer Erklärung gegenüber dem Käufer nicht mehr gelangen, weil zur Zeit, in der sie Kenntnis von der Übertragung erhalten, die zweimonatige Frist bereits verstrichen ist. Wollen die Miterben dies vermeiden, so werden sie daher gut tun, wenn sie vor Ablauf der zweimonatigen Frist die Ausübung des Vorkaufsrechtes sowohl dem Verkäufer als auch (mit Rücksicht auf den möglichen Fall der bereits erfolgten Übertragung des Anteils) dem Käufer erklären.

b) Die mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes gegen den Käufer verbundene **Wirkung** besteht darin, daß die vorkaufsberechtigten Miterben dem Käufer gegenüber (vgl. dazu auch die Ausführung unter c) zur Zahlung des Kaufpreises, der Käufer dagegen den Vorkaufsberechtigten zur **Übertragung des Anteils** verpflichtet ist. Nach einer anderen auf die P. II Bd. 5 S. 840, Bd. 6 S. 318 sich stützenden Meinung (vgl. die früheren Auflagen, ferner Kreß S. 190 Anm. 32; Herzfelder S. 281; Dernburg V § 193 unter Nr. V) soll die Ausübung des Vorkaufsrechtes gegenüber dem Käufer die Wirkung haben, daß das von diesem erworbene Recht hinfällig werde und dessen Anteil den Miterben anfalle. Einer besonderen Übertragung des Anteils an die Miterben bedürfe es hier nicht, weil die in der Form des § 2033 Abs. 1 erfolgte Übertragung des Anteils an den Käufer als an die Miterben erfolgt zu gelten habe. Es ist

§. 2036. Mit der Uebertragung des Antheils auf die Miterben wird der Käufer von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei. Seine Haftung bleibt jedoch bestehen, soweit er den Nachlaßgläubigern nach den §§. 1978 bis 1980 verantwortlich ist; die Vorschriften der §§. 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung.

---

nun allerdings richtig, daß diese und verwandte Anschauungen in der zweiten Kommission mehrfach zur Sprache kamen (vgl. P. II Bd. 5 S. 837 unter Nr. VI Antrag 4, S. 840 Bd. 6 S. 318), und daß wiederholt der Versuch ihrer gesetzlichen Festlegung unternommen wurde. Allein keine der zu diesem Zwecke vorgeschlagenen Fassungen hat Aufnahme in das Gesetz gefunden, insbesondere auch nicht die des Abs. 2 des von der Redaktionskommission vorgeschlagenen und in P. II Bd. 6 S. 318 in der Anm. mitgeteilten § b 1. Die Redaktionskommission scheint den bezeichneten Absatz („Ist der verkaufte Anteil an den Dritten übertragen, so geht derselbe mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes auf die Vorkaufsberechtigten über") selbst wieder fallen gelassen zu haben. Im Wege der Interpretation kann aber der fragliche Rechtssatz unmöglich gefunden werden, denn er steht mit dem Gesetz in direktem Widerspruch. Redet das Gesetz im § 2036 doch ausdrücklich „von der Übertragung des Anteils an die Miterben", und wird auch im § 2037 die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 2036 auf die Fälle des § 2037 (vgl. die dortige Erl. 2) angeordnet. Übrigens erweist sich die hier zurückgewiesene Ansicht auch in sachlicher Beziehung als nicht durchführbar. Denn es geht — wie bereits Strohal II § 64 Anm. 24 hervorhebt — unmöglich an, daß der Käufer des Anteils seines Rechtes an diesem infolge der von den Miterben erklärten Ausübung des Vorkaufsrechtes verlustig wird, obschon die ihm aus dem mit den Miterben zustande gekommenen Kaufvertrag entstandenen Ansprüche unerfüllt geblieben, ja nicht einmal sichergestellt sind. Vgl. auch Wilke Erl. zu § 2035; Leske II S. 1115 Anm. 9, Kipp bei W. III (9. Aufl.) Zus. zu § 621 unter Nr. 9; Hellwig, Rechtskraft S. 209 Anm. 22; Binder III S. 126, s. übrigens auch P. II Bd. 5 S. 840, Bd. 6 S. 318, wo besonderes Gewicht darauf gelegt wird, daß der Käufer des Anteils im Falle der ihm gegenüber erfolgten Geltendmachung des Vorkaufsrechtes hinsichtlich des ihm gebührenden Kaufpreises nicht in eine ungünstige Stellung gerate. Für die hier vertretene Ansicht auch KG. in Rspr. 9 S. 387.

c) Die unter b dargelegte Lösung weicht sowohl von der Behandlung des obligatorischen Vorkaufsrechtes in §§ 504 ff. als auch von der des dinglichen Vorkaufsrechtes in den §§ 1098 ff. ab. Denn nach den berufenen Bestimmungen kann die Ausübung des Vorkaufsrechtes immer nur gegenüber dem Verkäufer mit der Wirkung ausgeübt werden, daß der Kaufvertrag als von dem Vorkaufsberechtigten mit dem Verkäufer abgeschlossen gilt, und ist der Käufer im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechtes selbst dann nicht Vorkaufsverpflichteter, wenn ihm das Eigentum des mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks vom Verkäufer bereits übertragen war, sondern nur gehalten, zur Eintragung des Vorkaufsberechtigten seine Zustimmung zu erteilen. Die zweite Kommission ist (P. II Bd. 6 S. 318 f.) von den bezeichneten Vorschriften absichtlich abgewichen und hat in tunlichstem Anschluß an das alte Retraktrecht die Konstruktion einer actio in rem scripta zugrunde gelegt, die den vorkaufsberechtigten Miterben gegen den jeweiligen Erwerber des Erbteils zusteht (§ 2037). Hiermit sollte der Vorteil erreicht werden, daß der Käufer sich wegen des von ihm schon berichtigten Kaufpreises stets (nicht nur analog dem § 1100) an die übrigen Miterben halten kann, wodurch mittelbar auch den Interessen des verkaufenden Miterben gedient wird, der bei dieser Rechtslage leichter einen Käufer für seinen Erbteil findet.

§ 2036.

E. II § 1910 rev. § 2013; III § 2011. P. II Bd. 5 S. 839 ff.; Bd. 6 S. 318 f., 328.

1. Wie jeder Erbschaftskäufer haftet auch der Erwerber eines Erbteils nach §§ 2382, 2383 vom Abschlusse des Kaufes an den Nachlaßgläubigern, unbeschadet der fortdauernden Haftung des Verkäufers. Bei vollständiger Durchführung des Gedankens, daß im Falle des § 2035 das Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber ausgeübt wird, der dabei den Miterben als Verkäufer gegenübersteht (Erl. zu § 2035 unter c), würden hiernach in Ansehung des verkauften Erbteils die Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten haftbar werden, daneben aber die Haftung des Käufers bestehen bleiben. Letztere Folge wird durch den § 2036 ausgeschlossen; der **Käufer wird von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin frei, sobald der Anteil an die ihr Vorkaufsrecht ausübenden Miterben übertragen worden ist.** Diese Entscheidung muß

nach dem Wortlaut und der Absicht des Gesetzes auch festgehalten werden, wenn der Käufer für die Nachlaßverbindlichkeiten bereits unbeschränkt haftete (vgl. auch Strohal II § 92 Anm. 8; Kreß S. 191, aber auch Binder III S. 128).

Durch die Bestimmung des Satz 1 unberührt bleibt die den Käufer nach Maßgabe der §§ 1978—1980 für die Zeit seiner Miterbenstellung den Nachlaßgläubigern gegenüber treffende Haftung wegen der Mitverwaltung des Nachlasses (insbesondere wegen seines Gebahrens im Falle seiner Kenntnis oder schuldbaren Unkenntnis von der Überschuldung des Nachlasses). Die in dieser Beziehung zugunsten der Nachlaßgläubiger begründeten Ansprüche gelten nach § 1978 Abs. 2 als zum Nachlaß gehörend. Sie werden im Falle der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses durch den Nachlaßverwalter bzw. Nachlaßkonkursverwalter gegen den Käufer geltend gemacht. Durch die im Schlußsatz des § 2036 angeordnete entsprechende Anwendung der §§ 1990, 1991 wird aber klargestellt, daß die bezeichneten Ansprüche auch, wenn es zur amtlichen Nachlaßabsonderung nicht kommt, den Nachlaßgläubigern zustatten kommen. Darüber, was die Berufung auf die genannten Paragraphen sonst noch zu bedeuten hat, kann man zweifelhaft sein (vgl. Hachenburg S. 714; Binder III S. 128ff.; Strohal II § 92 Anm. 9). In den früheren Auflagen ist die Ansicht vertreten worden, daß diese Ansprüche außerhalb einer amtlichen Nachlaßliquidierung nicht als Bestandteil des ungeteilten Nachlasses anzusehen sind, sondern von den einzelnen Nachlaßgläubigern geltend gemacht werden können und daß, wenn dies geschieht, diejenigen Vorschriften der §§ 1990, 1991 auf den Käufer entsprechende Anwendung finden, welche vom Erben bei der Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu beobachten sind, insbesondere die Abs. 3, 4 des § 1991 (so im wesentlichen auch Kreß S. 191; Binder III S. 128ff.; Herzfelder S. 282). Der Herausgeber hält diese Ansicht auch jetzt noch fest und die gegen sie in der Literatur geltend gemachten Bedenken nicht für durchschlagend.

Der Bearbeiter vertritt folgende Auffassung: Auch wenn die amtliche Nachlaßabsonderung unterbleibt, scheint — obschon der Herausgeber dies für künstlich und durch § 2036 für ausgeschlossen hält — angenommen werden zu dürfen, daß die gegen den Käufer sich richtenden Ansprüche nach § 1991 Abs. 1 in Verbindung mit § 1978 Abs. 2 und § 2032 Abs. 1 im Interesse der Nachlaßgläubiger als zum ungeteilten Nachlaß gehörend zu gelten haben. Will ein Nachlaßgläubiger in diese Ansprüche Zwangsvollstreckung führen, so bedarf er dazu bezüglich seiner gegen den Nachlaß sich richtenden Forderung — Richtigkeit des Ausgangspunktes vorausgesetzt — eines gegenüber allen Teilhabern der Erbengemeinschaft wirksamen Vollstreckungstitels (§ 2059 Abs. 2, ZPO. § 747), auf Grund dessen er jene Ansprüche pfänden und sich überweisen lassen kann. Die Heranziehung der genannten Ansprüche zur Befriedigung der Gläubiger wird praktisch nur von Bedeutung sein, wenn der ungeteilte Nachlaß (wenigstens zur Zeit der vom Gläubiger verlangten Befriedigung) bereits ein dürftiger im Sinne des § 1990 Abs. 1 ist, oder wenn die Eröffnung des Nachlaßkonkurses mit Rücksicht auf § 1992 (in welchem Falle ja ebenfalls § 1991 Anwendung findet) entfällt. Auch nach dieser Auffassung ist also der im § 2036 enthaltene Hinweis auf die §§ 1990, 1991 gerechtfertigt. Denn hiernach haben die Miterben in den angegebenen Fällen die Befriedigung von Nachlaßgläubigern aus den Ansprüchen gegen den Käufer nur nach Maßgabe des § 1991 (vgl. besonders Abs. 3, 4) zu bewirken bzw. zuzulassen. Gegen die Zulassung einer direkten Klage des Nachlaßgläubigers gegen den Käufer auf Leistung scheint dem Bearbeiter vor allem zu sprechen, daß auf diesem Wege ein Nachlaßgegenstand (der Anspruch gegen den Käufer) ohne einen gegenüber den Gemeinschaftern erwirkten Vollstreckungstitel aus der Erbengemeinschaft herausgezogen wird, was besonders dann bedenklich ist, wenn durch das Verhalten des haftenden Käufers auch die Miterben selbst geschädigt sind, oder wenn das die Gläubiger schädigende Verhalten auf einem gemeinschaftlichen Verschulden der Miterben und des Käufers beruht, vermöge dessen alle Schuldtragenden solidarisch haften, so daß die Miterben schon mit Rücksicht hierauf den in Frage kommenden Ersatzbetrag in den zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger zur Verfügung stehenden Aktivbestand des Nachlasses einstellen mußten. Die Zulassung der direkten Klage eines Nachlaßgläubigers gegen den Käufer führt ferner, abgesehen von hier nicht weiter zu verfolgenden prozessualen Schwierigkeiten (vgl. Strohal a. a. O.) und abgesehen von der für den Käufer sich ergebenden Unsicherheit, ob er den geschuldeten Ersatzbetrag an die Erbengemeinschaft bzw. den gegen die Miterben vorgehenden Nachlaßgläubigern, welchen der Anspruch auf diesen Betrag zum Zwecke der Befriedigung von den Miterben abgetreten oder im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen worden ist, auszahlen oder nur zur Befriedigung der bei ihm sich meldenden Gläubiger verwenden darf, zu dem Mißstande, daß der Käufer, da er ja doch nur während einer sehr kurzen Zeit der Erbengemeinschaft angehörte, meist gar nicht in der

§. 2037. Ueberträgt der Käufer den Antheil auf einen Anderen, so finden die Vorschriften der §§. 2033, 2035, 2036 entsprechende Anwendung.

Lage ist, hinreichend zu übersehen, welche Nachlaßgläubiger noch unbefriedigt sind, und daher auch zur Sorge für die Einhaltung der in § 1991 Abs. 4 bestimmten Rangordnung als wenig tauglich erscheint.

2. Der § 2036 gilt trotz seiner Stellung zwischen § 2035 und § 2037 nicht ausschließlich für den Fall, daß vor der Ausübung des Vorkaufsrechts die Übertragung des verkauften Anteils auf den Käufer schon stattgefunden hatte. Auch wenn nur der Kauf abgeschlossen ist und das Vorkaufsrecht gemäß §§ 2034, 505 gegenüber dem verkaufenden Miterben ausgeübt wird, tritt die Befreiung des Käufers von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten ein. Sie vollzieht sich in diesem Falle mit der Übertragung des Anteils von seiten des verkaufenden auf die übrigen Miterben.

§ 2037.

E. II § 1911 rev. § 2014; III § 2012. M. II Bd. 5 S. 839 ff.; Bd. 6 S. 318 f., 328.

1. **Geltendmachung des Vorkaufrechtes gegen einen weiteren Erwerber.** Nach § 2037 können die Miterben ihr Vorkaufsrecht auch gegen den zweiten oder weiteren Erwerber des Anteils geltend machen und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Übertragung auf den neuen Erwerber auf Kauf oder auf einem anderen Rechtsgrunde beruht. Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, daß ihnen für jeden weiteren Veräußerungsfall ein neues Vorkaufsrecht zustände, wie dies bei dem dinglichen Vorkaufsrecht an Grundstücken nach § 1097 bestimmt werden kann, vielmehr handelt es sich nur um die Geltendmachung des durch den ersten Verkauf in Kraft getretenen Vorkaufsrechts gegen einen inzwischen eingetretenen Erwerber des Anteils. Ist die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts verstrichen oder haben die Miterben auf die Ausübung desselben rechtsverbindlich verzichtet, so können sie gegen eine weitere Übertragung des Erbteils nichts ausrichten. Diese Regelung findet ihren Ausdruck darin, daß der § 2034 nicht mit angezogen ist; sie entspricht auch dem praktischen Bedürfnisse, das eine mehrmalige Wiederholung des mit dem Vorkaufsrechte verbundenen Schwebezustandes nicht verträgt, wenngleich sich Fälle denken lassen, in denen die Miterben dadurch zu Schaden kommen, daß sie mit Rücksicht auf die Person des ersten Käufers von der Ausübung des Vorkaufsrechts Abstand nehmen und dann durch einen weiteren Verkauf einen unbequemen Genossen erhalten, oder auch dadurch, daß sie die Erklärung, ihr Vorkaufsrecht ausüben zu wollen, zunächst an eine wegen inzwischen erfolgter Weiterübertragung des Anteils unrichtig gewordene Adresse richten und die richtige Adresse erst erfahren, nachdem die zweimonatige Frist bereits versäumt ist.

2. Die entsprechende Anwendung des § 2035 ergibt, daß das rechtliche Verhältnis dasselbe ist, wie bei Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem ersten Käufer; der Erwerber, welchem gegenüber das Recht ausgeübt wird, erscheint als Verkäufer an die Miterben. Aus dem Zitate des § 2036 ist zu folgern, daß auch die Zwischenerwerber nach Maßgabe jener Vorschrift von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei werden. Das Zitat des § 2033 scheint ausdrücken zu sollen, daß auch der Erwerber, welchem gegenüber das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, den erworbenen Anteil nach Maßgabe des § 2033 Abs. 1 auf die vorkaufsberechtigten Miterben zu übertragen hat, was übrigens durch die Berufung des § 2036 („mit der Übertragung des Anteils an den Miterben") weitere Bestätigung erhält.

3. Sowohl durch die Bestimmung des § 2035 als auch durch die des § 2037 bleiben die Fälle unberührt, in welchen der nach den §§ 2034, 2035, 2037 Vorkaufspflichtige, nachdem die Miterben ihm gegenüber das Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt haben, seinen Anteil nicht den Vorkaufsberechtigten sondern, sei es auf Grund eines Kaufes, sei es aus einem anderen Rechtsgrunde einem anderen überträgt. Dem Grundgedanken des Retraktsrechtes würde es entsprechen, daß die Vorkaufsberechtigten bei solcher Sachlage trotzdem auf Übertragung des Anteils durch den Vorkaufsverpflichteten und auf Zustimmung des Erwerbers, dessen Erwerb sich somit praktisch als unwirksam erwiese, zu dieser Übertragung bestehen könnten (vgl. auch Strohal II § 64 Anm. 26). Allein das Gesetz hat diese Konsequenzen jedenfalls nicht gezogen, und es dürfte bedenklich sein, sie ohne jeden Anhalt im Gesetz lediglich auf dem Wege freier Konstruktion trotzdem zu ziehen. Hiernach sind also die Miterben, dafern sie das Vorkaufsrecht wegen Fristablaufs dem neuen Erwerber gegenüber nicht mehr geltend machen können, in den bezeichneten Fällen allerdings nur auf den Schadensersatzanspruch gegen den vertragsbrüchigen Verkäufer angewiesen.

§. 2038. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu. Jeder Miterbe ist den anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind; die zur Erhaltung nothwendigen Maßregeln kann jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen.

Die Vorschriften der §§. 743, 745, 746, 748 finden Anwendung. Die Theilung der Früchte erfolgt erst bei der Auseinandersetzung. Ist die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, so kann jeder Miterbe am Schlusse jedes Jahres die Theilung des Reinertrags verlangen.

---

§ 2038.

E. II § 1912 rev. § 2015; III § 2013. P. II Bd. 5 S. 861 f. D. S. 728 f.

1. Im § 2038 wird die **Verwaltung des Nachlasses** während der Dauer der Erbengemeinschaft teils durch selbständige Vorschriften, teils durch Verweisungen auf die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen geregelt. An die Spitze ist der Grundsatz gestellt, daß die Verwaltung von den Miterben **gemeinschaftlich** zu führen ist (vgl. § 744 Abs. 1). Unter Verwaltung wird hier insbesondere die Ausübung des Besitzes an den Nachlaßsachen (vgl. § 866), die Sorge für die Ziehung der Nutzungen der Nachlaßgegenstände und die tatsächliche und rechtliche Erhaltung der Substanz verstanden. Die Verfügung über die Nachlaßgegenstände ist in den §§ 2033 Abs. 2, 2040 Abs. 1 besonders geregelt. Vgl. im allgemeinen die Vorbm. Nr. 2 in Bd. IV S. 130, wegen einzelner besonderer Punkte auch Erl. 3 b zu § 569 (Bd. II S. 496 und Erl. 1 zu § 1347, Erl. 11 zu § 1712 Bd. IV S. 84, 590).

Nach Abs. 1 Satz 2 ist im Verhältnisse der Erben untereinander jeder Miterbe verpflichtet, zu Maßregeln **mitzuwirken**, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind (vgl. § 1472 Abs. 2). Jeder Miterbe hat hiernach, soweit es sich um Maßnahmen tatsächlicher Natur handelt, mit Rat und Tat zu helfen, soweit aber die Eingehung von Rechtsgeschäften erforderlich wird (Anschaffungen für den Nachlaß, Miet-, Dienst-, Werkverträge, Aufnahme von Darlehen ꝛc.), sich an dem Abschluß als Mitkontrahent zu beteiligen, eventuell das von einem anderen Erben ordnungsmäßig geschlossene Geschäft zu genehmigen. Die Miterben haften einander wie die Teilhaber einer gewöhnlichen Gemeinschaft nach den allgemeinen Vorschriften, nicht wie Ehegatten und Gesellschafter nur für diejenige Sorgfalt, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Hat ein Miterbe die Verwaltung des Nachlasses allein geführt, so können die übrigen Miterben von ihm Rechnungslegung verlangen (Rspr. 5 S. 358). Über die Pflicht des im Besitz des Nachlasses sich befindenden Miterben zur Vorlegung der Schuldurkunden über zum Nachlaß gehörende Forderungen vgl. Rspr. 2 S. 134; s. übrigens über hier einschlagende Fragen auch Erl. 1, 2 zu § 1927 und Erl. 2 zu § 1928. Wegen des Ersatzanspruchs des allein handelnden Erben s. unten Erl. 3.

Gemäß den in Abs. 2 inbezug genommenen Vorschriften des § 745 kann durch **Stimmenmehrheit**, die nach der Größe der Erbteile (über den möglichen Einfluß der Ausgleichung vgl. unten S. 291) zu berechnen ist, über die Verwaltung und Benutzung der Nachlaßgegenstände Beschluß gefaßt werden. Nach Bayer. ObLG. im Recht 1905 S. 344 hat ein Miterbe, der zugleich Nachlaßschuldner ist, bei einem dadurch begründeten Widerstreit der Interessen in der Erbengemeinschaft kein Stimmrecht. Soweit ein Beschluß nicht zustande gekommen ist, kann jeder Miterbe eine dem Interesse aller Erben nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen und nötigenfalls **im Prozeßwege** durchsetzen. Eine wesentliche Veränderung eines Nachlaßgegenstandes ist jedoch von der freiwilligen Zustimmung aller Miterben abhängig.

Die Fortführung eines zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäftes durch die Miterben nach § 27 HGB. kann mit Rücksicht auf die damit hinsichtlich der Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten verbundene Wirkung mit Stimmenmehrheit nicht beschlossen werden (vgl. auch KGJ. 29 S. A 83). Ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes (z. B. der Abschluß eines die Miterben verpflichtenden Vertrages) geboten, so muß zwischen dem Beschluß, daß es vorgenommen werden soll, und der Vornahme selbst wohl unterschieden werden. Jener kann, dafern die Voraussetzung des § 745 zutrifft, mit Stimmenmehrheit gefaßt werden, zu der für alle Miterben wirksamen Vornahme selbst ist dagegen die unmittelbare oder wenigstens mittelbare (durch Vollmachterteilung oder Genehmigung vermittelte) Mitwirkung aller

Miterben erforderlich, die aber nötigen Falles im Prozeßwege erzwungen werden kann. Entzieht sich ein Miterbe der Mitwirkung beim Abschlusse des zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Verpflichtungsgeschäftes, so werden übrigens seine Genossen dieses sicherlich auch im eigenen Namen abschließen und vom widerstrebenden Miterben dann verlangen können, daß er das Geschäft als auf Rechnung der Erbengemeinschaft geschlossen gelten lasse (Strohal II § 64 S. 90, 91). Der Beschluß der Mehrheit bzw. die im Prozeßweg ergehende Entscheidung kann sich sowohl objektiv auf die Art und Weise der Benutzung (Selbstbenutzung oder Vermietung bzw. Verpachtung, Kulturart eines landwirtschaftlichen Grundstücks ꝛc.) als auch auf die subjektive Ausübung der Verwaltung (Bestellung eines Generalbevollmächtigten, Inspektors, Verwalters ꝛc.) beziehen. Eine nach vorstehendem getroffene Bestimmung wirkt auch für und gegen den späteren Erwerber eines Erbteils, wie sich aus der Anwendung des § 746 ergibt. Übrigens sind auch Anordnungen des Erblassers über die Verwaltung des Nachlasses für wirksam zu erachten, da sie, soweit sie nicht schon nach § 2044 oder § 2048 zulässig oder doch wenigstens nach Analogie dieser Bestimmungen zu beurteilen sind, unter den Begriff der Auflage (§ 1940) fallen.

Durch Einsetzung einer Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff.) kann der Erblasser die Miterben von der Verwaltung des Nachlasses nach Maßgabe der §§ 2203 ff. ausschließen. Dadurch jedoch, daß die Beteiligten zum Zwecke der Auseinandersetzung die Vermittelung des Nachlaßgerichts anrufen, geht das Recht zur Verwaltung des Nachlasses keineswegs auf das Nachlaßgericht über. Es hat in diesem Falle daher auch nicht die Befriedigung der Nachlaßgläubiger selbst in die Hand zu nehmen (vgl. Bayer. ObLG. in SeuffBl. 69 S. 239, auch DJZ. 1904 S. 559).

Bezüglich des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung vgl. § 2062 und auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses KO. §§ 216, 217.

2. Wie bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 744 Abs. 2) ist auch bei der Erbengemeinschaft jedem einzelnen Gemeinschafter die Befugnis beigelegt, **die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln** ohne Mitwirkung der übrigen Genossen zu treffen (über einen analogen Fall vgl. § 2224 Abs. 2). Das im § 744 Abs. 2 besonders hervorgehobene Recht des handelnden Gemeinschafters, zu verlangen, daß die anderen Teilhaber ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im voraus erteilen, folgt für den Erben schon aus der im § 2038 Abs. 1 ausgesprochenen weitergehenden Mitwirkungspflicht seiner Miterben. Zu den von einem Miterben ohne Mitwirkung der übrigen zu treffenden notwendigen Maßregeln kann unter Umständen auch die Inbesitznahme aller Nachlaßsachen gehören; bezüglich der den Miterben in diesem Falle treffenden Auskunftspflicht s. Erl. 2 zu § 2027 und die daselbst erwähnte RGE. vom 4. Januar 1904. Vgl. im übrigen wegen der sog. Individualrechte des einzelnen Miterben die Vorbm. zum gegenwärtigen Unterabschnitte Nr. 1 b auf S. 247.

3. Durch die Verweisung auf den § 748 wird die Beitragspflicht der Miterben zu den **Kosten und Lasten** des Nachlasses geregelt. Die Lasten, die wie die Erbschaftssteuer auf dem ganzen Nachlaß oder wie Reallasten, Hypothekenzinsen ꝛc. auf einzelnen Nachlaßgegenständen ruhen, sind von allen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile (über den möglichen Einfluß der Ausgleichungspflicht vgl. unten S. 291) zu tragen. Das gleiche gilt von den Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung. Dabei ist zu beachten, daß sich solche Kosten auch aus obligatorischen Verträgen ergeben können, die von den Miterben im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung mit dritten Personen geschlossen worden sind. Aus diesen Verträgen haften die beim Abschluß mitwirkenden Miterben nach § 427 als Gesamtschuldner und, sofern nicht ein anderes als vereinbart anzusehen ist (dazu Strohal II § 64 Anm. 11 c; Kreß S. 23, 49 Anm. 16), auch mit ihrem ganzen Vermögen derart, daß dem Dritten die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nicht entgegengestellt werden kann. Gleich den sonstigen Kosten der Verwaltung werden aber auch derartige Vertragsverbindlichkeiten normalerweise aus dem ungeteilten Nachlaß zu decken sein. Hat ein Miterbe Kosten (Verbindlichkeiten) der bezeichneten Art aus eigenen Mitteln beglichen, so wird er also, soweit nicht besondere Gründe zu einem anderen Ergebnis führen, Ersatz des Geleisteten (und zwar auch in Ansehung des auf seinen Erbteil entfallenden Anteils) aus dem ungeteilten Nachlaß verlangen können und sich somit nicht bis zur Durchführung der Auseinandersetzung gedulden müssen. In analoger Weise wird zu entscheiden sein, wenn ein Miterbe im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses einen im Verhältnis zum Dritten ihn allein verpflichtenden Vertrag geschlossen hat. Die Frage, ob die Miterben dem Anspruch auf Befreiung oder Ersatz (vgl. besonders §§ 683, 684) die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß entgegenstellen können, ist grundsätzlich zu bejahen (vgl. § 2063; s. auch Strohal § 64 Anm. 11 g; Kreß S. 47); aus dem zwischen dem

§. 2039. Gehört ein Anspruch zum Nachlasse, so kann der Verpflichtete nur an alle Erben gemeinschaftlich leisten und jeder Miterbe nur die Leistung an alle Erben fordern. Jeder Miterbe kann verlangen, daß der Verpflichtete die zu leistende Sache für alle Erben hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert.

---

handelnden Miterben und den übrigen Gemeinschaftern bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse (z. B. besondere Zusage, Auftrag) kann sich jedoch auch eine persönliche Haftung der übrigen Gemeinschafter ergeben. Vgl. zu den einschlagenden Fragen noch Erl. 4 zu § 2046, Erl. 3 zu § 2058.

4. Bezüglich der **Nutzungen** der Nachlaßgegenstände ergibt sich aus der Verweisung auf § 743, daß jeder Miterbe auf einen seinem Erbteil (über den möglichen Einfluß der Ausgleichung vgl. auch hier S. 291) entsprechenden Bruchteil der Früchte Anspruch hat, und zum Gebrauche der Nachlaßgegenstände insoweit befugt ist, als nicht der Gebrauch der übrigen Erben beeinträchtigt wird. Diese Rechte können dem Miterben nach der gleichfalls anwendbaren Vorschrift des § 745 Abs. 3 Satz 2 weder durch einen Mehrheitsbeschluß noch durch eine die Benutzung regelnde gerichtliche Entscheidung beeinträchtigt werden, was jedoch die entgeltliche Überlassung der Sache an einen Dritten nicht ausschließt (vgl. dazu oben Erl. 1). Eine Besonderheit der Erbengemeinschaft ist, daß nach § 2038 Abs. 2 Satz 2 die Teilung der Früchte erst bei der Auseinandersetzung erfolgt. Der Grund liegt darin, daß unter Umständen dasjenige, was dem einzelnen Erben schließlich vom Nachlasse gebührt, infolge der Ausgleichungspflicht oder aus anderen Ursachen nicht dem seiner Erbquote entsprechenden Teile des Nachlasses gleichkommt. Ist jedoch die Auseinandersetzung auf längere Zeit als ein Jahr ausgeschlossen, was hauptsächlich im Falle des § 2044 zutreffen kann, so hat nach Satz 3 jeder Miterbe das Recht, am Schlusse jedes Jahres die Teilung des Reinertrags zu verlangen (vgl. § 721 Abs. 2). Maßgebend ist das der Verwaltung zugrunde gelegte Rechnungsjahr, das in der Regel dem Kalenderjahr entsprechen wird. Übrigens sind die Vorschriften des Abs. 2 Satz 2, 3 nur ergänzenden Rechtes, können also durch Vereinbarung der Erben, aber nicht durch Mehrheitsbeschluß außer Kraft gesetzt werden.

§ 2039.

E. II § 1913 rev. § 2016; III § 2014. P. II Bd. 5 S. 862 ff. D. S. 729.

Josef, Erörterungen zum Auseinandersetzungsanspruche der Miterben bei Gruchot 49 S. 32 ff.

1. **Geltendmachung der zum Nachlaß gehörenden Ansprüche durch die einzelnen Miterben.** Dem Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand entspricht, daß die zum Nachlasse gehörenden dinglichen oder persönlichen Ansprüche nur durch eine an alle Erben gemeinschaftlich erfolgende Leistung des Verpflichteten erfüllt werden können (vgl. auch Erl. 1 zu § 2040). Daraus würde an sich folgen, daß auch die Geltendmachung des Anspruchs nur durch alle Erben gemeinschaftlich geschehen könnte (vgl. auch Vorbm. Nr. 1a zum Unterabschnitt auf S. 247). Das BGB. hält jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen an dieser Folgerung nicht fest, sondern gewährt nach dem Vorgange der preuß. Praxis (s. die Darlegung der Entwicklung in den P. II Bd. 5 S. 864 und bei Rehbein, Ober-Trib.-Entsch. III S. 277 ff., andererseits Eccius IV § 271 Anm. 20 bis 27) jedem Miterben die Befugnis, für sich allein von dem Verpflichteten die Leistung an alle Erben oder auch die Hinterlegung der geschuldeten Sache für alle Erben bzw. ihre Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer zu fordern. Maßgebend war die Erwägung, daß die Erhebung der Klage durch alle Erben häufig nahezu unausführbar ist. Wenn ein einzelner Miterbe aus Gleichgültigkeit oder Eigensinn es ablehnt, sich an der Geltendmachung des gemeinschaftlichen Anspruchs zu beteiligen, würde dies ohne die Gewährung individueller Klagerechte häufig zur Schutzlosigkeit der übrigen Miterben führen. Denn, auch abgesehen von der Frage, ob in allen Fällen eine Klage gegen den widerstrebenden Genossen rechtlich zu begründen wäre, würde dessen Anhaltung zur Beteiligung im Prozeßwege sich als weitläufiger und oft schädigender Umweg darstellen. Der Verpflichtete aber vermag einer schon an sich wenig zu befürchtenden wiederholten Belangung durch verschiedene Miterben vorzubeugen, indem er gegen alle Erben die negative Feststellungsklage erhebt.

Bei der Beratung in der zweiten Kommission wurde von einer Seite eine besondere Vorschrift für entbehrlich erklärt, weil sich das gewollte Ergebnis schon aus den Vorschriften des

§ 432 über die Berechtigung mehrerer Gläubiger zu einer unteilbaren Leistung herleiten lasse. Die Kommission hat die Folgerung, daß die Leistung auch dann, wenn ihr Gegenstand von Natur teilbar sei, schon dadurch, daß sie an alle Erben gemeinschaftlich zu bewirken sei, zu einer unteilbaren werde, nicht für hinreichend naheliegend gehalten und daher die Aufnahme einer ausdrücklichen Bestimmung vorgezogen. Der § 2039 entspricht jedoch fast wörtlich dem § 432 Abs. 1, weshalb auf die dortigen Erläuterungen verwiesen werden kann; vgl. auch die Vorbm. zum Abschnitte „Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern" (Bd. II S. 308).

2. **Praktische Bedeutung.** Die Vorschrift des § 2039 bezieht sich schon ihrem Wortlaute nach *nicht nur auf obligatorische Ansprüche* (unter sie fällt auch der Anspruch auf Rechnungslegung), sondern auch auf *dingliche* (bezüglich des Erbschaftsanspruches vgl. Erl. 1a zu § 2018) und ihrem Zwecke nach auch auf Klagen auf *Feststellung* eines die Verpflichtung zu einer Leistung begründenden Rechtsverhältnisses (vgl. *Strohal* II § 64 bei Anm. 12b; *Binder* III S. 73 Anm. 57; *Dernburg* V § 177 bei Anm. 12, 13; *Beyer* Surrogation S. 331; s. ferner RG. v. 2. Jan. 1905 in JW. 1905 S. 146, auch in *Lobes* CBl. 5 S. 790; OLG. Posen im Recht 1904 S. 336 und in Lobes CBl. 5 S. 148; für die Zulässigkeit der von einem Miterben gegen einen angeblichen Nachlaßgläubiger erhobenen negativen Feststellungsklage in einem Falle des preuß. Rechtes RG. 44 S. 183). Einen wesentlich anderen Standpunkt vertritt *Kreß* S. 71 bei Anm. 4, der die Beschränkung auf obligatorische Klagen (dafür wohl auch *Herzfelder* S. 284, 285) aus P. II Bd. 5 S. 863 abzuleiten sucht. Allein im Gegensatz zu dem in P. a. a. O. S. 862 (unter Nr. 2) verzeichneten und angenommenen Antrag spricht § 2039 nicht mehr bloß von Forderungen, sondern von zur Erbschaft gehörenden „Ansprüchen", so daß hierdurch der dem verhandelten Antrag von einem Kommissionsmitglied gemachte Vorwurf der mangelnden Konsequenz das Gesetz selbst nicht mehr treffen kann. Ganz abgesehen hiervon ergibt sich aus § 1011, daß selbst bei schlichtem Miteigentum jeder Miteigentümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache nach Maßgabe des § 432 geltend machen kann. Wie sollte daher diese Möglichkeit dem Gesamthänder der Erbengemeinschaft ungeachtet des § 2039 versagt sein?

Die Geltendmachung eines zum Nachlaß gehörenden Anspruchs aus einem zweiseitigen obligatorischen Vertrag ist dem einzelnen Miterben selbst dann nicht abgeschnitten (anders *Dernburg* V § 177 a. E.), wenn er nicht gewillt oder nicht imstande ist, die noch ausstehende Gegenleistung selbst zu bewirken; doch ist in solchem Falle selbstverständlich § 322 Abs. 1 zu beachten.

Die aus § 2039 sich ergebende Legitimation erstreckt sich auch auf die Durchsetzung der in Frage kommenden Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung und auf die Erwirkung von Arresten und einstweiligen Verfügungen. Demgemäß ist nach KG. in Rspr. 9 S. 421 der einzelne Miterbe insbesondere berechtigt, wegen einer zum ungeteilten Nachlaß gehörenden Forderung, in Ansehung deren für die Miterben bereits die Eintragung einer Sicherungshypothek erwirkt worden war, ohne Zustimmung der anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft die Wiederversteigerung nach §§ 132, 133 ZVG. zu beantragen.

Die im Eingange berufene RGE. vom 2. Januar 1905 schreibt der Vorschrift des § 2039 *grundsätzliche*, über den Fall der Erbengemeinschaft hinausreichende und somit auch für andere Gesamthandverhältnisse maßgebende Bedeutung zu.

Der besonderen Hervorhebung bedarf noch, daß ein Miterbe auf Grund des § 2039 *nicht befugt ist, in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Anteils einer zum Nachlaß gehörenden Forderung Leistung an sich selbst zu verlangen* (vgl. auch Rspr. 4 S. 432). Anders verhält es sich selbstverständlich, wenn ein als Auseinandersetzung bezüglich dieser Forderung sich darstellendes Einverständnis aller Miterben vorliegt (vgl. dazu *Josef* a. a. O. S. 63ff.).

3. **Prozessuales.** *Klagt ein Miterbe* nach § 2039, so besteht eine notwendige Streitgenossenschaft mit den übrigen Miterben *nicht* (vgl. OLG. Dresden im (neuen) Sächs. Arch. 1 S. 157; s. auch RG. in JW. 1898 S. 460 und Vorbm. 1a zum Unterabschnitt auf S. 247). Das auf die Klage des einzelnen Erben ergehende Erkenntnis macht weder für noch gegen die anderen Miterben Rechtskraft (vgl. RG. 44 S. 185 und die vorgenannte Entsch. des OLG. Dresden; s. auch *Hellwig*, Anspruch S. 206).

4. **Zu Satz 2.** Wegen der *Hinterlegung*, insbesondere auch der hinterlegungsfähigen Sachen, vgl. §§ 372ff. und EG. Art. 144—146. Die gerichtliche Bestellung eines *Verwahrers* erfolgt nach dem FGG. § 165 durch das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich die Sache befindet, tunlichst nach Anhörung der Beteiligten.

5. Betreffs der **Verjährung** der zum Nachlasse gehörenden Ansprüche vgl. § 207. Die Voraussetzung für den Beginn der daselbst bestimmten sechsmonatigen Frist ist dadurch, daß von mehreren Erben vorerst nur einer den Erbschaftserwerb angenommen hat, noch nicht gegeben (a. A. die früheren Auflagen). Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur auf Grund der mit dem Grundgedanken des § 2039 sich in Widerspruch setzenden Annahme gelangen, daß der einzelne Miterbe hinsichtlich der zum Nachlaß gehörenden Ansprüche zur Vertretung der übrigen Erben berufen sei. Nach richtiger Auffassung wird daher auch durch die Erhebung der Klage seitens eines Miterben die Verjährung zugunsten der übrigen Erben nicht unterbrochen, weil der klagende Erbe nicht als Vertreter der Gesamtheit, sondern kraft seines Individualrechts handelt. Das hiergegen daraus geschöpfte Bedenken (vgl. Strohal II § 64 Anm. 12a; Kreß S. 74 Anm. 9; Herzfelder S. 286), daß der Miterbe kraft seiner Einzellegitimation den allen Gemeinschaftern zu Gesamtrecht zustehenden Anspruch geltend mache, schlägt nicht durch (vgl. auch Erl. 3). Denn die Vorschrift des § 2039 enthält eine Übertragung des im § 432 sich ausprägenden Gedankens auf den Fall der Erbengemeinschaft. Im Falle des § 432 (vgl. auch § 1011) ist aber mit Rücksicht auf dessen Abs. 2 unzweifelhaft, daß die Unterbrechung der Verjährung nur zugunsten des die Klage erhebenden Gläubigers eintritt. Setzt der Gläubiger übrigens den eingeklagten Anspruch durch, so kommt die ihm gegenüber eingetretene Unterbrechung der Verjährung praktisch doch den Mitberechtigten zustatten.

6. **Der Miterbe als Nachlaßschuldner.** Ist ein Miterbe Schuldner einer zum Nachlasse gehörenden Forderung, so greifen hinsichtlich der Leistung und der Geltendmachung des Anspruchs auch ihm gegenüber die Vorschriften des § 2039 ein. Das Erlöschen durch Vereinigung ist ausgeschlossen (s. Erl. 2 zu § 2032). Es fragt sich jedoch, ob die übrigen Erben von ihrem Genossen Zahlung beanspruchen können oder ob letzterer verlangen darf, daß ihm die Schuld auf seinen Erbteil angewiesen wird. Für das preuß. Recht ist auf Grund des ALR. I 16 § 491 angenommen worden, daß der Miterbe sich die Anweisung der Schuld auf seinen Erbteil nicht nur gefallen lassen muß, sondern sie auch erwarten darf und daher vor der Teilung zur Zahlung nur dann angehalten werden kann, wenn dies zur Deckung der Passiva des Nachlasses erforderlich ist (Rehbein OTr. Entsch. III S. 291—293). Nach BGB. ist eine absolut durchgreifende Entscheidung gleichen Inhalts nicht zu gewinnen (vgl. Josef bei Gruch. S. 57 ff.). Als Grundsatz wird festzuhalten sein, daß die Miterben von ihrem Genossen, der zugleich Nachlaßschuldner ist, die Leistung an den Nachlaß verlangen können (vgl. Bayer. ObLG. in Sammlung 6 S. 326 = Recht 1905 S. 344, OLG. Dresden in Sammlung 26 S. 519; s. auch OLG. Stuttgart in DJZ. 1905 S. 919). Der Miterbe-Schuldner wird jedoch auf Grund der Miterbengemeinschaft zur Verweigerung der Leistung berechtigt sein, soweit die Einziehung der Forderung den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen, den vorhandenen Umständen Rechnung tragenden Verwaltung des Nachlasses widerspricht und sich somit als Schikane (§ 226) oder doch wenigstens als eine Verletzung des auch das Schuldverhältnis unter den Miterben beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242) darstellt (vgl. besonders Josef S. 60 ff.; Kreß S. 128; auch Strohal II § 64 Anm. 13; der früheren preuß. Praxis zugeneigt: Rspr. 3 S. 172, 4 S. 432; Köln in RhNotZ. 50 S. 147). Wenn mitunter bei Schriftstellern und in gerichtlichen Entscheidungen gesagt wird, daß ein Miterbe vor der Auseinandersetzung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit an den Nachlaß nur verpflichtet sei, wenn dies zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlich ist, so geht das viel zu weit, wie besonders klar wird, wenn die von einem Miterben geschuldete Leistung etwa in der Lieferung von Maschinen, Geräten, Rohstoffen u. dgl., also von Gegenständen besteht, die zur Fortführung der ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich sind, oder wenn eine nach dem Erbfall entstandene deliktische Verbindlichkeit eines Miterben in Frage kommt. Selbst wenn aber im konkreten Falle der Anspruch auf Leistung gegen den Miterben-Schuldner nicht durchsetzbar ist, so kann doch unter der Voraussetzung des § 256 ZPO. von den übrigen Miterben und nach § 2039 auch von einem einzelnen Miterben die Klage auf Feststellung erhoben werden.

Übernimmt ein Miterbe nach dem Erbfall durch Vertrag mit den übrigen Miterben die Verpflichtung zu einer Leistung an den Nachlaß, so ist für deren Beurteilung der geschlossene Vertrag maßgebend (vgl. das bereits vorhin erwähnte Erkenntnis in RhNotZ. 50 S. 147).

Verschieden von der soeben besprochenen Frage, aber mit ihr zusammenhängend ist die weitere Frage, ob ein Miterbe nach BGB. verpflichtet ist, sich bei der Auseinandersetzung auf seine eigene Schuld gegen den Nachlaß verweisen zu lassen. Sie wird besser erst bei § 2042 besprochen; vgl. die dortige Erl. 4g.

§. 2040. Die Erben können über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen.

Gegen eine zum Nachlasse gehörende Forderung kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen.

---

7. Ausübung von Rechten ohne Anspruchscharakter. Was § 2039 rücksichtlich der Geltendmachung von zum Nachlaß gehörenden Ansprüchen durch einen einzelnen Miterben bestimmt, gilt grundsätzlich nicht für die Ausübung von zum Nachlaß gehörenden Rechten, die sich nicht als Ansprüche im Sinne des BGB. darstellen (s. Bd. I S. 52), also insbesondere des gesetzlichen oder vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes (§§ 325 ff.; 346 ff.), des Wiederkaufsrechtes (§§ 497 ff.) und des persönlichen oder dinglichen Vorkaufsrechtes (§§ 504 ff., 1094 ff.). Die bezeichneten Rechte können nach dem in § 2032 Abs. 1, § 2038 Abs. 1 Satz 1, § 2040 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatze nur von allen Erben gemeinschaftlich ausgeübt werden, was sich auch durch die Erwägung rechtfertigt, daß mit ihrer Ausübung auch Ansprüche gegen die Erben zur Entstehung kommen. Die besonderen Vorschriften, die in den §§ 356, 502, 513 für den Fall gegeben sind, daß jene Rechte Mehreren gemeinschaftlich zustehen, finden bei der Erbengemeinschaft keine Anwendung (s. Erl. zu § 356). Daß hiernach die Ausübung eines zum Nachlasse gehörenden Vorkaufsrechtes durch die Miterben sich anders gestaltet als die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes bezüglich eines Erbteils (vgl. Erl. 2 zu § 2034), kann nicht auffallen, da das letztere, obschon den Erben als solchen zustehend, doch nicht Bestandteil des Nachlasses und folglich auch nicht Gegenstand der Erbengemeinschaft ist. Aus dem im Eingange hervorgehobenen Grunde ist auch in Ansehung eines zum Nachlaß gehörenden Wahlrechtes, eines nach dem BGB. zu beurteilenden Anfechtungsrechtes, eines Aktienbezugsrechtes, des Rechtes zum Widerruf einer Schenkung (§ 530 Abs. 2) nur gemeinschaftliche Ausübung durch alle Miterben möglich (bezüglich der beiden zuletzt genannten Fälle vgl. auch die auf preuß. Recht sich beziehende RGE. in Bd. 44 S. 247). Die im Falle des Kaufes einer mangelhaften Sache für den Käufer begründeten Rechte auf Wandelung oder Minderung (§ 462, hierher gehört übrigens auch das in § 480 Abs. 1 bezeichnete Recht) sind im BGB. zwar bekanntlich als Ansprüche konstruiert. Aus § 467 in Verbindung mit § 356 ergibt sich jedoch, daß das zu einem Nachlaß gehörende Recht, Wandelung zu verlangen, von einem einzelnen Miterben nicht ausgeübt werden kann. Bezüglich des Anspruchs auf Minderung ist zu bemerken, daß die auf den Anteil des einzelnen Miterben sich beschränkende Geltendmachung des Minderungsanspruchs (vgl. dazu § 474) für die Dauer der Erbengemeinschaft durch § 2033 Abs. 2 ausgeschlossen ist, und daß eine Geltendmachung des Minderungsanspruchs überhaupt durch den einzelnen Miterben dem Rechte der übrigen Gemeinschafter vorgreifen würde. Ob ein zu einem Nachlaß gehörendes Gläubigeranfechtungsrecht im Sinne des AnfGes. vom 21. Juli 1879 bzw. vom 17. Mai 1898 von einem Miterben nach § 2039 geltend gemacht werden kann, hängt von der juristischen Auffassung dieses Anfechtungsrechtes ab; wohl mit Recht bejahend RG. vom 19. Okt. 1891 bei Bolze Bd. 13 Nr. 193 (für einen nach preuß. Rechte zu beurteilenden Fall), ebenso Jaeger, Anfechtungsgesetz Anm. 74 zu § 1. Zur Vornahme einer Kündigung ist mit Rücksicht auf den ihr zukommenden Verfügungscharakter der einzelne Miterbe nach § 2039 nicht befugt (vgl. auch Erl. 1 zu § 2040). Aus der dem Miterben nach § 2039 zukommenden Befugnis zur Erhebung einer Leistungsklage sowie daraus, daß diese Erhebung nach § 284 Abs. 1 auch als Mahnung wirkt, dürfte dagegen zu schließen sein, daß der Miterbe auch zur Mahnung für sich allein legitimiert ist (vgl. Strohal II § 64 Anm. 12; a. M. Kreß S. 58). Zum Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Miterben im Grundbuch ist mit Rücksicht auf GBO. § 22 Abs. 2 der einzelne Miterbe nicht legitimiert (KG. 25 S. A 114).

§ 2040.

E. II § 1914 rev. § 2017; III § 2017; III § 2015. P. II Bd. 5 S. 865 f.

Josef in DNotV. 5 S. 330, 6 S. 5; Stiff in DNotV. 5 S. 757.

1. Die Vorschrift des Abs. 1 steht im Zusammenhange mit dem § 2033 Abs. 2; vgl. die für die Gemeinschaft nach Bruchteilen geltenden Vorschriften des § 747, auch Erl. 1 zu § 714 und Erl. 1 zu § 1472 (Verfügung über das Gesellschaftsvermögen und über das Gesamtgut nach Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft). Wegen des Begriffs der Verfügung s. Bd. I S. 185 ff.

Daß die Kündigung einer zum Nachlaß gehörenden Forderung durch Abs. 1 betroffen wird und daß sie somit nur durch alle Miterben erfolgen kann, ist bereits in Erl. 6 zu § 2039 bemerkt worden (vgl. auch Rspr. 4 S. 118, wo übrigens auch der Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung der von einem Miterben erklärten Kündigung durch die übrigen gedacht ist, ferner Bayer. ObLG. in Bayer. RechtspflZ. 2 S. 295). Als Verfügung über einen Nachlaßgegenstand stellt sich insbesondere auch die Einziehung einer zum Nachlaß gehörenden Forderung dar, sie kann daher nur durch alle Miterben erfolgen. Durch Leistung an einen einzelnen, zum Handeln für die Gemeinschaft nicht legitimierten Miterben wird der Schuldner nicht befreit, auch nicht rücksichtlich des dem Erbteil entsprechenden Anteils an der Forderung (vgl. auch § 2033 Abs. 2), und der Miterbe kann daher auch nicht verlangen, daß dieser Anteil der Forderung an ihn persönlich geleistet werde (Rspr. 4 S. 432). Über den Fall, daß eine dem Nachlaß gegen einen Miterben zustehende Forderung gekündigt werden soll, vgl. Bayer. ObLG. im Recht 1905 S. 344. Der Erfüllungsort für die zum Nachlaß gehörenden Forderungen wird durch die Erbfolge grundsätzlich nicht verändert (Eingehendes über die Frage bei Kreß S. 61 ff. und Francke in Seuff. Bl. 65 S. 262 ff.). Nach RG. bei Gruch. 46 S. 661 ff. ist das in einem, zwischen einem angeblichen Nachlaßgläubiger und den Miterben geführten Prozesse von einem einzelnen Miterben geleistete Anerkenntnis für den Nachlaß und zwar selbst in Ansehung des dem Erbteil des anerkennenden Miterben entsprechenden Anteils der Forderung unwirksam.

Eine Besonderheit, aber doch keine Durchbrechung des im Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes liegt darin, daß nach § 1952 Abs. 3 die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung einer im Nachlaß enthaltenen Erbschaft jedem der mehreren Erbeserben hinsichtlich des seinem Erbteil entsprechenden Teiles selbständig zusteht (vgl. Erl. 4 zu § 1952).

Dem § 2040 Abs. 1 entspricht hinsichtlich der Zwangsvollstreckung CPO. § 747, wonach im Falle der Erbenmehrheit bis zur Teilung des Nachlasses zur Führung der Zwangsvollstreckung in einen Nachlaßgegenstand ein gegen alle Erben ergangenes Urteil erforderlich ist. Bezüglich des zuständigen Vollstreckungsgerichts, wenn die Vollstreckung in eine zum ungeteilten Nachlaß gehörende Forderung geführt werden will, vgl. RG. in JW. 1898 S. 679, ferner Kreß S. 63 Anm. 22 (daselbst weitere Literatur), Gaupp-Stein Erl. I zu CPO. § 828; L. Seuffert Erl. 2a zu CPO. § 828. Über den Abschluß eines Zwangsvergleiches im Falle der Erbenmehrheit vgl. KO. § 230.

2. Gemeinschaftliche Verfügung über ein im Grundbuch auf den Namen des Erblassers eingetragenes Recht. Für die Eintragung der Übertragung oder Aufhebung eines solchen Rechtes bedarf es gemäß GBO. § 41 der vorgängigen Eintragung der Erben auch dann nicht, wenn der Anteil eines Miterben nach § 2033 Abs. 1 auf einen Dritten übertragen ist (vgl. KG. 28 S. A 285 = RJA. 4 S. 263).

3. Ist ein Miterbe bevormundet oder steht er unter elterlicher Gewalt, so ist zu dessen Mitwirkung zu einer gemeinschaftlichen Verfügung über ein Grundstück (§ 1821 Nr. 1, § 1643) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (vgl. KG. 20 S. A 237, 27 S. A 171 und Rspr. 5, S. 411); zur Begründung kann man insbesondere anführen, daß die Mitberechtigung des Miterben in Ansehung des Grundstücks zum mindesten ein Recht an einem Grundstücke im Sinne des § 1821 Nr. 1 ist. Gehört ein Erbteil zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft, so bedarf dagegen der Mann nach KG. 27 S. A 29 ff. (auch in Rspr. 8 S. 33[8]) zur Mitwirkung bei der gemeinschaftlichen entgeltlichen Verfügung über ein Nachlaßgrundstück (vgl. §§ 1443, 1445) der Einwilligung der Frau nicht, da das Grundstück, über welches verfügt wird, nicht zum Gesamtgute gehört, die aus dem Gesamthandverhältnis sich ergebende Mitberechtigung am Grundstück aber durch § 1445 nicht betroffen wird (a. A. Josef, DNotV. 1905 S. 330 ff., 1906 S. 5; dagegen wieder Stiff, DNotV. 1905 S. 757, dessen Ausführung aber kaum den Kern der Frage trifft).

4. Aus § 2040 Abs. 1 muß die Folgerung gezogen werden, daß **rechtsgeschäftliche Erklärungen Dritter,** durch die auf die Gestaltung von zum Nachlaß gehörenden Rechten eingewirkt wird (z. B. Rücktritts-, Anfechtungserklärungen, Kündigungen, Ausübung von Wahl-, Vorkaufs-, Wiederkaufsrechten), allen Miterben gegenüber abzugeben sind (vgl. Kreß S. 59). Bei Beurteilung der Frage, ob bezüglich einer dem Nachlaß geschuldeten Leistung die Voraussetzungen des Empfangsverzugs vorliegen, ist wohl zu beachten, daß es sich dabei um eine an alle Miterben gemeinschaftlich zu bewirkende Leistung handelt.

5. Verfügt ein Miterbe der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 zuwider für sich allein über einen Erbschaftsgegenstand, so kann die Verfügung sich doch nach Maßgabe der Vorschriften über

§. 2041. Was auf Grund eines zum Nachlasse gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht, gehört zum Nachlasse. Auf eine durch ein solches Rechtsgeschäft erworbene Forderung findet die Vorschrift des §. 2019 Abs. 2 Anwendung.

---

den Erwerb auf Grund einer Verfügung des Nichtberechtigten als wirksam erweisen (s. auch Beyer S. 232ff.) oder durch Genehmigung wirksam werden (§ 185 Abs. 2).

6. Nach den ursprünglichen Beschlüssen der zweiten Kommission war in dem jetzigen § 2040 Abs. 1 neben der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand auch die Verfügung „über den Nachlaß im Ganzen" erwähnt. Diese Worte sind gleichwie entsprechende Worte im jetzigen § 1444 und im § 1822 Nr. 1 später gestrichen worden, weil die Kommission den Grundsatz angenommen und durchgeführt hat, daß dingliche Verfügungen nur über die einzelnen zu einem Vermögensinbegriffe gehörenden Gegenstände, nicht aber über den Vermögensinbegriff als Ganzes möglich sind (vgl. Erl. 1 zu § 1444). Danach kann eine einheitliche dingliche Verfügung über den Nachlaß im ganzen seitens der mehreren Erben ebensowenig getroffen werden wie seitens des Alleinerben, es besteht auch für ihre Zulassung kein besonderes Bedürfnis. Möglich ist freilich, daß alle Miterben gleichzeitig, jeder nach § 2033 Abs. 1 über seinen Anteil, verfügen, weshalb der Frage geringe praktische Bedeutung zukommt.

7. **Obligatorische Verträge** über Nachlaßgegenstände sind keine Verfügungen. Auf sie findet daher § 2040 Abs. 1 keine Anwendung. So kann also z. B. ein einzelner Miterbe eine zum ungeteilten Nachlaß gehörende Sache rechtsgültig verkaufen; eine ganz andere Frage ist selbstverständlich, ob er auch imstande sein wird, seine, die übrigen Miterben grundsätzlich nicht berührende Verpflichtung zu erfüllen.

8. Der Abs. 2 enthält eine Folgerung aus dem im Abs. 1 und im § 2032 aufgestellten Grundsatze, die von besonderer Bedeutung und nicht selbstverständlich ist (das preuß. ALR. I 16 § 308 läßt die Aufrechnung nach Verhältnis des Erbteils zu). Die Vorschrift entspricht dem § 719 Abs. 2 und dem § 1442 Abs. 2 (§ 1471 Abs. 2). Wegen der sonstigen für die Möglichkeit der Aufrechnung in Betracht kommenden Fragen vgl. die Ausführungen in Erl. 3 zu § 719, die entsprechend auch hier gelten.

§ 2041.

E. II § 1915 rev. § 2018; III § 2016. M. II Bd. 5 S. 866 f.

R. Beyer, Die Surrogation bei Vermögen nach BGB. (1905).

Das Surrogationsprinzip bei der Erbengemeinschaft.

1. Der **Satz 1** bestimmt für die Erbengemeinschaft in gleicher Weise, wie das für den verwandten Fall der Gütergemeinschaft unter Ehegatten im § 1473 Abs. 1 geschieht (vgl. übrigens auch §§ 718, 1370, 1524, 2374; ferner die §§ 1381, 1646, 2019, 2111), die Geltung des Surrogationsprinzips (über dessen Formulierung vgl. Strohal I § 28 Anm. 21). Danach gehört zum gemeinschaftlichen Nachlaß auch, was

a) auf Grund eines zum gemeinschaftlichen Nachlaß gehörenden Rechtes,

b) als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes,

c) durch ein auf den Nachlaß sich beziehendes Rechtsgeschäft — erworben wird.

Bezüglich der Fälle unter a und b kann auf die Erl. zu § 718 Nr. 1c und zu § 1370 verwiesen werden. Besonders hervorzuheben ist nur, daß unter a auch dasjenige fällt, was zur Erfüllung einer schon von vornherein oder kraft Surrogation zur Erbschaft gehörenden Forderung an die Erbengemeinschaft geleistet wird. Anders Beyer S. 222, weil der bezeichnete Erwerb sich als ein mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäft gemachter Erwerb im Sinne des § 2019 und des § 2111 darstelle. Allein der Umstand, daß der fragliche Erwerb unter die von Beyer erwähnte Formel gebracht werden kann, schließt nicht aus, daß es sich dabei doch auch um einen Erwerb „auf Grund eines zum Nachlasse gehörenden Rechtes" handelt und daß dieser Erwerb somit in unserem Falle (wo der mit Mitteln der Erbschaft gemachte rechtsgeschäftliche Erwerb nicht schlechthin surrogiert wird) ohne weiteres als Surrogationserwerb zu behandeln ist. Anders würde es sich aber freilich verhalten, wenn die Miterben den Schuldner einer zum Nachlaß gehörenden Forderung auf Eigentumsübertragung an einer Sache veranlassen würden, daß die Eigentumsübertragung nicht an sie als Mitglieder der Erbengemeinschaft, sondern

zu schlichtem Miteigentum erfolgt. Hier kann von einer Surrogation deshalb keine Rede sein, weil nicht an die Erbengemeinschaft, sondern an die einzelnen Miterben geleistet worden ist, nachdem sich diese hinsichtlich des aus der Erbengemeinschaft herauszuziehenden Gegenstandes über eine Sonderauseinandersetzung geeinigt haben.

Bezüglich des unter c erwähnten Erwerbs ist bestimmt, daß das ihn vermittelnde Rechtsgeschäft der Miterben sich **auf den Nachlaß beziehen muß**, und daß also zum Eintritt des Surrogationserfolges (im Gegensatz zu §§ 2019, 2111) die Verwendung von Mitteln der Erbschaft weder genügend noch erforderlich ist. Entnehmen die Miterben z. B. einverständlich einen Geldbetrag aus dem Nachlaß zur Verteilung unter sich und verwendet jeder von ihnen die ihm zugewiesenen Geldstücke (an denen er bereits Alleineigentum erwirbt) zu Anschaffungen für seine persönlichen Zwecke, so gehören die angeschafften Gegenstände ebensowenig zum Nachlaß, als dies hinsichtlich der den einzelnen Miterben zugewiesenen Geldstücke der Fall war. Haben die Miterben dagegen Anschaffungen für den Nachlaß (z. B. von Getreide zur Aussaat oder von Waren, Maschinen, Geräten für das zum Nachlaß gehörende Erwerbsgeschäft) gemacht, so werden die angeschafften Gegenstände Bestandteile des Gesamthandvermögens selbst dann, wenn die Miterben das zur Anschaffung erforderliche Geld aus eigenen Mitteln vorgeschossen haben. Vgl. auch Strohal II S. 84 und dazu Beyer S. 228 (vgl. auch S. 8 Anm. 3), der im zweiten Falle im Anschluß an Kohler Arch. f. Bürg. R. 22 S. 15 von einer „Bewidmung" spricht. Ob sich ein von den Miterben geschlossenes Rechtsgeschäft auf den Nachlaß bezieht, ist Tatfrage. Im Falle einer von den Miterben vorgenommenen entgeltlichen Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes wird diese Beziehung regelmäßig als vorhanden anzusehen und demgemäß anzunehmen sein, daß die Kaufpreisforderung zum Nachlaß gehört. Anders muß dagegen entschieden werden, wenn ein einzelner Miterbe etwa eine vom Erblasser bei ihm hinterlegte und rechtlich zum Nachlaß gehörende bewegliche Sache im eigenen Namen wirksam an einen nach § 932 geschützten Käufer veräußert. Die vom Käufer geschuldete Kaufpreisforderung, bzw. die an den Miterben bereits bezahlte Kaufsumme gehört hier nicht zum Nachlaß (für Surrogation mit Unrecht Beyer S. 236); denn ein auf den Nachlaß sich beziehendes Rechtsgeschäft im Sinne des § 2041 liegt nicht vor. Wohl aber hat der Nachlaß eine darauf beruhende Forderung gegen den Miterben erworben, daß dieser dem Nachlaß einen bisherigen Nachlaßgegenstand entzogen hat.

2. Die Vorschrift des **Satz 2** bezieht sich in Übereinstimmung mit § 1473 Abs. 2, § 2019 Abs. 2 nur auf die durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderungen. Die Zugehörigkeit einer solchen Forderung zu dem Nachlasse braucht der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erhält. Es ist hierbei wie in den Fällen des § 1473 besonders an die Möglichkeit zu denken, daß ein Dritter sich den Erben gegenüber durch Rechtsgeschäft verpflichtet hat, aber nicht weiß, daß das Rechtsgeschäft in Beziehung auf den Nachlaß vorgenommen ist. Der Schuldner wird in solchen Fällen durch die entsprechende Anwendung der §§ 406—408 geschützt, wenn er an einen der Erben, den er ganz oder zu einem Anteile zur Verfügung über die Forderung berechtigt glaubt, oder an einen Dritten, an den der Erbe die Forderung ganz oder zum Teil abgetreten hat, eine Leistung bewirkt oder ihm gegenüber in Ansehung der Forderung ein anderes Rechtsgeschäft vornimmt, ein Urteil erstreitet oder eine Forderung zur Aufrechnung bringt. Über die Art, in der sich die entsprechende Anwendung der §§ 406—408 gestaltet s. Bd. II Erl. zu § 720 und Bd. IV Erl. zu § 1473 Nr. 2.

3. **Verhältnis zu § 2019 und § 2111.** Eine erweiternde Auslegung der Vorschrift des § 2041 Satz 1 durch Heranziehung der, bezüglich des mit Mitteln der Erbschaft gemachten rechtsgeschäftlichen Erwerbes weitergehenden Vorschriften der §§ 2019, 2111 (dafür scheinbar Endemann III § 190 Anm. 14) ist ausgeschlossen. Die in dieser Beziehung abweichende Fassung des § 2041 Satz 1 beruht auf Absicht und zutreffender sachlicher Erwägung (vgl. Strohal II § 64 Anm. 3). Wohl aber ist ein Eingreifen von § 2019 z. B. möglich, wenn ein Miterbe als Alleinerbe auftritt und, weil er sich Alleinberechtigung an den von ihm besessenen Nachlaßsachen zuschreibt, den übrigen Miterben als Erbschaftsbesitzer gegenübersteht, und ein Eingreifen des § 2111, wenn die Miterben nur Vorerben sind.

§§ 2042—2049.

Leidel in SeuffBl. 64 S. 145; Rausnitz in Z. f. CP. 25 S. 165 ff.; Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht (14. Aufl.) 2 Teile; Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren (1900); Josef, Erörterungen zum Auseinandersetzungsanspruch der Miterben bei Gruch. 49 S. 32 ff.; Josef, Die Verpflichtung des Erben, sich auf seine eigene Schuld gegen den Nachlaß verweisen zu lassen in

DNotV. 5 S. 642; Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis (2. Teil); Pätzold, Das gerichtliche Erbauseinandersetzungsverfahren nach dem preuß. Ges. v. 8. Juni 1896, betreffend Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedlungsgütern in Lobes ZBl. 5 S. 689; Frese, Die Wahrung materieller Interessen bei der Erbauseinandersetzung im Recht 1905 S. 335; Dernburg, Umwandlung der Erbengemeinschaft in Sondereigentum der Erben in Bayer. RpflZ. 1 S. 33; dazu Teutsch daselbst S. 152; Stelzer, Das Miterbenverhältnis, die eheliche Gütergemeinschaft und das Bayer. Gebührengesetz in Bayer. RpflZ. 1 S. 193; Reichold, Zur Frage der Auseinandersetzung nach Anlegung des Grundbuchs und die Verfügungsgewalt der Ehegatten über Nachlaßanteile in Bayer. RpflZ. 1 S. 317; Marcus, Bemerkungen zur Beurkundung und Durchführung gerichtlicher Erbteilungen in Preußen in Lobes ZBl. 3 S. 699, 4 S. 329; Schroeder, Kann ein Miterbe vor der Auseinandersetzung des Nachlasses auf Zahlung einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung klagen? SeuffBl. 70 S. 343; Strübe, Zur Frage der Aufhebung der Erbengemeinschaft im Recht 1906 S. 605; Hamm, Ist die Schuld eines Miterben an den Erblasser auf dessen Erbteil anzurechnen? DJZ. 1906 S. 946; Müller (über dieselbe Frage) im Recht 1905 S. 582. S. ferner die Kommentare zum FGG.

1. Die **Aufhebung der Miterbengemeinschaft** erfolgt durch die unter den Miterben stattfindende **Auseinandersetzung**. Sie kann von jedem Miterben grundsätzlich „jederzeit" (§ 2042) begehrt werden, aus besonderen Gründen aber auch einem Aufschub unterliegen (§§ 2043 bis 2045). Die Art der Auseinandersetzung unterliegt, soweit sich nicht aus der Anordnung des Erblassers (§§ 2048, 2049) oder aus dem Gesetz ein anderes ergibt, der freien Vereinbarung der Miterben. Kommt eine solche nicht zustande, so greifen die ergänzenden gesetzlichen Vorschriften durch. Das BGB. beschränkt sich, abgesehen von der Bestimmung des § 2204 Abs. 2, auf materiell-rechtliche Vorschriften. Die Möglichkeit einer amtlichen Vermittelung bei der Auseinandersetzung ist nach FGG. (vgl. dessen §§ 86—98, 192, 193) vorgesehen (s. Erl. 2). Bei Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers gehört die Bewirkung der Auseinandersetzung zu dessen Aufgaben, sofern nicht anzunehmen ist, daß ihm dieses Recht nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen soll (§§ 2204, 2208). Der Testamentsvollstrecker hat die Auseinandersetzung nach den Anordnungen des Erblassers und in deren Ermangelung nach den gesetzlichen Teilungsregeln (vgl. auch RSpr. 5 S. 233; Genaueres über diesen Punkt in Erl. zu § 2204) durchzuführen; in formeller Beziehung ist ihm nur die Verpflichtung auferlegt, die Erben über den Auseinandersetzungsplan vor der Ausführung zu hören (s. das Nähere zu § 2204). Ist ein zur Bewirkung der Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker nicht vorhanden, so steht es, wenn die Erben einig sind, grundsätzlich in deren Belieben, ob, wann und wie eine Auseinandersetzung stattfinden soll. Einer bestimmten Form bedarf der Auseinandersetzungsvertrag als solcher nicht. Soweit aber zur Durchführung der Auseinandersetzung formbedürftige obligatorische Verträge abgeschlossen oder formbedürftige Verfügungen vorgenommen werden sollen, greifen die nach der Beschaffenheit des Geschäftes maßgebenden Formvorschriften durch (Strohal II § 65 S. 111 und dazu Erl. 4 $i\beta$ zu § 2042). Ein Zwang zu amtlicher Nachlaßteilung besteht nach Reichsrecht nicht (vgl. Vorbm. S. 41 Nr. III 1). Gemäß dem FGG. § 192 bleiben aber die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen, wenn die Auseinandersetzung nicht binnen einer bestimmten Frist bewirkt ist, das Nachlaßgericht dieselbe von Amts wegen zu vermitteln hat (vgl. für Bayern Ges. v. 9. August 1902, für Württemberg AG. z. BGB. Art. 82 ff., für Hessen Ges. betr. Ausführung des BGB. Art. 48). Auch für den Fall der Beteiligung von Erben, die geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, gelten hinsichtlich der Notwendigkeit und der Form der Auseinandersetzung keine besonderen Vorschriften, nur bedarf bei Beteiligung von Bevormundeten der Auseinandersetzungsvertrag hinsichtlich ihrer nach § 1822 Nr. 2 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, an dessen Stelle nach FGG. §§ 88, 97 Abs. 2 unter Umständen das Nachlaßgericht tritt (vgl. RJA. 3 S. 59; s. auch Stechert in PostMSch. 1902 S. 105, ferner Erl. 2c zu § 1822 in Bd. IV S. 713). Ob, wenn die Genehmigung endgültig versagt wird, die übrigen Erben gebunden bleiben, ist nach Lage der Umstände zu entscheiden. Bezüglich der Frage, ob den Miterben im Falle der Versagung der Genehmigung ein Beschwerderecht nach FGG. § 20 zukommt, vgl. die verneinenden Entscheidungen von RG. 56 S. 125, KG. 27 S. A 172, Bayer. ObLG. Sammlung 2 S. 240, 530, Bd. 4 S. 725, verneinend, doch mit einer Einschränkung KG. 24 S. A 14 = RSpr. 6 S. 300; grundsätzlich anders OLG. Braunschweig in RJA. 2 S. 207 = RSpr. 4 S. 97. Für Personen, die unter elterlicher Gewalt stehen, gilt § 1822 Nr. 2, nicht (§ 1643). Soll jedoch aus Anlaß der Erbauseinandersetzung über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück verfügt werden, so gilt im

Falle der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit eines Miterben das in Erl. 3 zu § 2040 Bemerkte auch hier. Gehört ein Erbteil zum eingebrachten Gute einer Ehefrau, so ist nach § 1395 zur Auseinandersetzung mit den Miterben die Zustimmung des Mannes erforderlich (Rspr. 8 S. 332). Nach KG. 27 S. A 29ff. = Rspr. 8 S. 338, s. auch Rspr. 9 S. 451 kann der Ehemann hinsichtlich eines gütergemeinschaftlichen Erbteils die Auseinandersetzung ohne Zustimmung der Frau durchführen (§ 1443), selbst wenn zum Nachlaß Grundstücke gehören (vgl. übrigens auch Erl. 3 zu § 2040). Betreffs der Anfechtbarkeit des Auseinandersetzungsvertrags durch einen Miterben nach §§ 119, 120, 123 gilt nichts Besonderes, insbesondere wird sie durch die Vorschrift des FGG. § 96 Abs. 2 nicht berührt. Auch die Anfechtung durch einen Gläubiger des Erben ist nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig. Den obligatorischen Erbauseinandersetzungsvertrag und zwar auch den nachlaßgerichtlich bestätigten (FGG. § 97) können die Parteien durch neuen formlosen Vertrag wieder aufheben (Bayer. ObLG. Sammlung 5 S. 472, s. auch Rspr. 10 S. 35 Anm.).

2. Amtliches Vermittlungsverfahren. Zur Erleichterung der Erbauseinandersetzung ist im FGG. (§§ 86–98) entsprechend dem bisherigen Rechte eine vermittelnde Tätigkeit des Nachlaßgerichts zugelassen, neben welchem oder an dessen Stelle nach FGG. § 193 landesgesetzlich die Notare (vgl. dazu Josef in DJZ. 1900 S. 471) berufen werden können (vgl. aber auch Art. 147 EG. und die Bd. VI Erl. 5 zu diesem Art. angezogenen landesgesetzlichen Vorschriften). Das Verfahren ist jedoch unzulässig, wenn ein zur Bewirkung der Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist (FGG. § 86 Abs. 1). Die Aufgaben der gerichtlichen Erbauseinandersetzung bestehen, abgesehen von der Erbeslegitimation, die an sich kein Bestandteil des Verfahrens ist, aber bei gesetzlicher Erbfolge meist mit ihm verbunden sein wird, in der Feststellung der Teilungsmasse (§§ 2041, 2046), in der Ermittelung der Anrechte der Beteiligten (Erl. 1 zu § 2047) und in der eigentlichen Auseinandersetzung, die durch Teilung der Nachlaßgegenstände in Natur oder durch Verkauf und Teilung des Erlöses oder durch Übernahme von Nachlaßgegenständen seitens einzelner Erben und Abfindung der übrigen vollzogen werden kann (vgl. die Erl. zu §§ 2042, 2047).

Die Verfahrensvorschriften des FGG. haben ihre Grundlage in dem für das Geltungsgebiet des rheinischen Rechtes erlassenen preuß. Gesetze v. 22. Mai 1887 und in dem elsaß-lothr. Gesetze v. 14. Juni 1888, durch welche Gesetze für die betreffenden Rechtsgebiete bereits ein den Reichsprozeßgesetzen entsprechendes und praktisch bewährtes Teilungsverfahren geschaffen war. Das Verfahren findet nur auf Antrag statt (§ 86 FGG.); antragsberechtigt ist jeder Miterbe, der Erwerber eines Erbteils sowie derjenige, welchem ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an einem Erbteile zusteht (Erl. 2d, 3 zu § 2033; vgl. aber auch §§ 1066, 1258). Besteht über das Erbrecht des Antragstellers oder eines anderen Beteiligten Streit, so hat das Nachlaßgericht seine Mitwirkung zu versagen (Rspr. 2 S. 36, 3 S. 310). Auch das Bestehen einer Nachlaßverwaltung kann unter Umständen die Abweisung rechtfertigen (Rspr. 4 S. 430). Das Gericht ladet, wenn alle Unterlagen beschafft sind, den Antragsteller und die übrigen Beteiligten zu einem Verhandlungstermine vor (FGG. 89, 90). Erscheinen alle Beteiligten, so kann bei einfacher Sachlage das Verfahren im ersten Termine beendigt werden. Ist dies nicht möglich, so können zunächst Vereinbarungen über vorbereitende Maßregeln, insbesondere über die Art der Teilung, erfolgen (§ 91 Abs. 1). Demnächst hat das Gericht einen Auseinandersetzungsplan anzufertigen und über ihn mit den Beteiligten zu verhandeln (§ 93 Abs. 1). Das Einverständnis der Beteiligten über den Plan ist zu beurkunden, desgleichen schon vorher eine getroffene Vereinbarung über vorbereitende Maßregeln oder ein von einem Beteiligten gemachter Vorschlag (§ 91 Abs. 1, § 93 Abs. 1). Nach KG. 24 S. A 189 ist das Verfahren gegen den ausdrücklichen Willen eines Beteiligten nicht fortzusetzen; ebenso Bayer. ObLG. in KGJ. 27 S. A 291 unter der Voraussetzung, daß der Widerspruch innerhalb des Verfahrens (FGG. § 89) erklärt ist. Sowohl die vorbereitenden Vereinbarungen als auch die endgültige Auseinandersetzung sind vom Gerichte zu bestätigen (§ 91 Abs. 2, § 93 Abs. 1), womit indessen dem Gerichte nicht das Recht einer materiellen Prüfung des Inhalts, vielmehr nur die förmliche Feststellung des Abschlusses der Vereinbarungen übertragen wird (s. jedoch Erl. 3 a. E. zu § 2044, Erl. 3 zu § 2048). Ergeben sich bei den Verhandlungen Streitpunkte, so ist das Verfahren, soweit es davon betroffen wird, bis zur Erledigung dieser Punkte auszusetzen (§ 95; dazu RJA. 7 S. 170). Zu einer materiellrechtlichen Entscheidung ist das Nachlaßgericht nicht befugt, ebensowenig hat es ein Mittel, in der Verhandlung einen widerstrebenden Erben zum Eingehen auf die Vorschläge der übrigen zu zwingen. Nach beiden Richtungen hin muß nötigenfalls die Tätigkeit des von einer

oder von beiden Seiten anzurufenden Prozeßgerichts ergänzend eingreifen. Dagegen ist durch Vorschriften über die Versäumnisfolgen dafür Sorge getragen, daß die Verhandlung vor dem Nachlaßgerichte wenigstens nicht durch böswilliges Fernbleiben einzelner Beteiligter vereitelt werden kann. Ein nicht erschienener Beteiligter wird von dem Inhalte der in seiner Abwesenheit getroffenen vorgängigen oder endgültigen Vereinbarungen benachrichtigt, wenn er alsdann nicht binnen einer, von dem Gerichte bestimmten Frist einen neuen Termin beantragt oder auch in diesem Termine nicht erscheint (über den Fall, daß die Verhandlung in diesem Termin nicht fortgesetzt worden ist, vgl. KG. in RJA. 7 S. 170), so wird sein Einverständnis mit dem Inhalte der beurkundeten Verhandlung angenommen und die Vereinbarung bestätigt (§ 91 Abs. 3, § 93 Abs. 2). Gegen die Folgen der Versäumung kann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden (§ 92). Im übrigen ist gegen den Bestätigungsbeschluß nur wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften die sofortige Beschwerde zugelassen (§ 96). Nach dem Eintritte der Rechtskraft ist die bestätigte vorgängige Vereinbarung bzw. die bestätigte Auseinandersetzung für alle Beteiligten in gleicher Weise, also auch nicht in höherem Maße verbindlich wie eine vertragsmäßige Vereinbarung oder Auseinandersetzung (§ 97 Abs. 1). Hiernach bestimmt sich insbesondere auch ihre Anfechtbarkeit aus zivilrechtlichen Gründen (s. Erl. 1 zu § 2042). Aus der rechtskräftig bestätigten Vereinbarung bzw. Auseinandersetzung findet unter entsprechender Anwendung der Vorschriften der CPO. über die Vollstreckung aus öffentlichen Urkunden (FGG. § 98, CPO. §§ 795, 797) die Zwangsvollstreckung statt (vgl. aber auch den in Rspr. 5 S. 288 behandelten Fall, wo das Nachlaßgericht die §§ 86 ff. FGG. mißverständlich angewendet hatte). Wegen der Mitwirkung des Nachlaßgerichts bei Grundbuchakten s. GBO. §§ 37, 99 (Erl. 4 i β zu § 2042).

Über das **Erbteilungsverfahren in altrechtlichen Sterbefällen** vgl. Josef bei Gruch. 47 S. 341 ff.; Wolff in Lobes CBl. 3 S. 274; ferner Rspr. 2 S. 170, 470, KG. in Lobes CBl. 4 S. 412, RG. 52 S. 174, s. auch Erl. 2 f zu Art. 213 EG. in Bd. VI S. 452.

3. Die **Erbteilungsklage**, die nach vorstehendem auch neben dem nichtstreitigen Teilungsverfahren noch praktische Bedeutung hat, ist nach dem BGB. von anderem Charakter als die gemeinrechtliche actio familiae erciscundae. Während nach gem. Rechte der Prozeßrichter bei der Erbteilung wie bei der Teilung sonstiger Gemeinschaften eine besonders freie Stellung hatte, vermöge deren er nicht nur nach seinem Ermessen über die Art der Teilung entschied, sondern auch zum Vollzuge derselben unmittelbar durch seinen Spruch subjektive Rechte begründen, übertragen und aufheben konnte, ist im BGB. (§§ 752 ff., 2042 ff.) wie schon im preuß. Rechte die Art der Auseinandersetzung, auf die jede Partei ein Recht hat, fest bestimmt und der Richter hat hier wie sonst nur bestehendes Recht festzustellen. Die Klage ist daher auf eine bestimmte Art der Auseinandersetzung, insbesondere bei einem schwebenden Verfahren vor dem Nachlaßgericht auf den Beitritt zu der von den übrigen Erben vereinbarten Auseinandersetzung, zu richten, das rechtskräftige Urteil ersetzt nach CPO. § 894 die mangelnde Zustimmung des Beklagten. Das Verfahren ist auch kein judicium duplex, vielmehr kann, sofern nicht Widerklage erhoben wird, nur auf Verurteilung nach dem Klagantrag oder auf Abweisung der Klage erkannt werden, weshalb oft die Stellung eines oder mehrerer eventueller Klaganträge auf eine andere Art der Teilung zweckmäßig sein wird (P. II Bd. 5 S. 888, 889; vgl. wegen der Bestimmtheit des Antrags auch SeuffA. 57 S. 190, Rspr. 6 S. 397). Der Klage auf Auseinandersetzung braucht der Versuch einer Auseinandersetzung nach § 86 FGG. nicht vorangegangen zu sein (vgl. Jena in ThürBl. 52 S. 97 anders Jena im Recht 1903 S. 313). Die Erbteilungsklage kann außer im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten auch im Gerichtsstande der Erbschaft erhoben werden (CPO. § 27). Über die Frage, ob der Anspruch auf Auseinandersetzung nur gegen sämtliche Miterben oder auch gegen einen einzelnen von ihnen geltend gemacht werden kann, vgl. Erl. 1 zu § 2042.

4. **Teilweise Auseinandersetzung.** Die Auseinandersetzung unter den Miterben braucht nicht notwendig eine allseitige und vollständige zu sein. Es ist zunächst möglich, daß sie nur mit einem oder mehreren Miterben stattfindet, während die übrigen Miterben in der Erbengemeinschaft verbleiben. Diese Möglichkeit wird im Gesetz (vgl. das Wort: „soweit" im § 2043 und Erl. 1 zu dieser Vorschrift) unzweideutig anerkannt (vgl. KG. 23 S. A 74 = RJA. 2 S. 221; Rspr. 9 S. 389). Selbst wenn ein Miterbe übrigens auf Grund des § 2042 allseitige Auseinandersetzung verlangt, können die übrigen Miterben sich auf die Auseinandersetzung mit diesem beschränken und die Erbengemeinschaft unter sich aufrecht erhalten (Rspr. 4 S. 119). Durch Vereinbarung aller Miterben kann es sodann zweifellos zu einer zunächst auf einzelne Nachlaßgegenstände sich beschränkenden Auseinandersetzung (Sukzessivauseinandersetzung) kommen (Rspr. 11 S. 230). Fraglich ist, ob ein einzelner Miterbe eine auf einzelne Nachlaßgegenstände sich be-

§. 2042. Jeder Miterbe kann jederzeit die Auseinandersetzung verlangen, soweit sich nicht aus den §§. 2043 bis 2045 ein Anderes ergiebt.

Die Vorschriften des §. 749 Abs. 2, 3 und der §§. 750 bis 758 finden Anwendung.

---

schränkende vorläufige Auseinandersetzung auch mit Erfolg verlangen kann; vgl. darüber Erl. 2 zu § 2042.

5. Nach endgültig erfolgter Auseinandersetzung ist eine vertragsmäßige **Wiedereinführung der Erbengemeinschaft ausgeschlossen** (vgl. KG. in Rspr. 5 S. 357).

6. Die **Anordnung der §§ 2042—2049** ist folgende: § 2042 stellt das Recht jedes Miterben auf Auseinandersetzung fest und regelt zugleich durch die Verweisung auf die Gemeinschaft nach Bruchteilen die Art und Weise derselben. Die §§ 2043—2045 bezeichnen die Ausnahmefälle, in denen eine zeitweilige Unzulässigkeit der Auseinandersetzung vorliegt, weil diese entweder aus bestimmten gesetzlichen Gründen vorübergehend unstatthaft (§ 2043) oder vom Erblasser ausgeschlossen ist (§ 2044) oder auf Verlangen eines Miterben aufgeschoben werden muß (§ 2045). Die §§ 2046—2049 beziehen sich auf die Durchführung der Auseinandersetzung, und zwar wird im § 2046 über die Klarstellung der Teilungsmasse durch Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, im § 2047 aber über die Teilung des Überschusses Bestimmung getroffen. § 2048 handelt von der Befugnis des Erblassers, Anordnungen für die Auseinandersetzung zu treffen, § 2049 im besonderen von der Anordnung wegen Übernahme eines Landguts.

7. Zu den vorstehend unter 1—5 behandelten Fragen ist aus den Materialien zu vergleichen: E. I § 2156, M. V S. 693 f.; E. I des EG. Art. 89, 91 Abs. 4, M. dazu S. 231, 234; Zstlg. V S. 213; E. II § 1931, rev. E. II Anm. zu § 2034; P. II Bd. 5 S. 887 ff., Bd. 6 S. 342; KB. S. 2101; D. zu FGG. S. 51 ff., KB. dazu S. 1355 ff.

§ 2042.

E. II § 1916 rev. § 2019; III § 2017. P. II Bd. 5 S. 881 f. D. S. 729. KB. S. 2101.

1. **Grundsätzliches Recht jedes Miterben auf sofortige Auseinandersetzung.** Entsprechend den Vorschriften für die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 749 Abs. 1) wird grundsätzlich jedem Miterben das Recht gegeben, *jederzeit* die Auseinandersetzung zu verlangen. Die Auseinandersetzung deckt sich nicht schlechthin mit einer Teilung des Nachlasses (vgl. auch *Strohal* II § 65 Nr. VI, ferner Erl. 7 zu § 2059) und geht auch begrifflich weiter als die in den §§ 749 ff. behandelte Aufhebung der Gemeinschaft, insofern sie die Berichtigung und Ausgleichung der Schulden und die Ausgleichung wegen des Vorempfangenen mit umfaßt. Durch das Wort „jederzeit" wird klargestellt, daß der Anspruch ohne Rücksicht auf die Interessen der Miterben geltend gemacht werden kann (wie nach § 749 Abs. 1, abweichend § 723 Abs. 2). Der Anspruch des einzelnen Miterben geht dahin, daß die Genossen der Miterbengemeinschaft ihre Zustimmung zur Aufhebung der Gemeinschaft und zu den zwecks dieser Aufhebung verlangten Maßnahmen und Verfügungen erteilen (vgl. auch Erl. 1 zu § 749 in Bd. II; *Josef* bei Gruch. 49 S. 32 ff.).

Gleich dem Miterben kann die Auseinandersetzung selbstverständlich auch derjenige verlangen, welchem ein Miterbenanteil nach § 2033 übertragen worden ist. Wer an dem Anteile eines Miterben ein *Pfandrecht* erworben hat, wird nach Maßgabe der entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 1258 Abs. 2 die Auseinandersetzung erst nach dem Eintritt der Verkaufsberechtigung selbständig betreiben können; bezüglich des Pfändungspfandgläubigers vgl. Erl. 3 zu § 2033 und unten Erl. 4c, bezüglich des Nießbrauchers vgl. § 1066 Abs. 2.

Streitig ist, ob der Anspruch selbständig *auch gegen einen einzelnen Teilhaber* (wobei sich von selbst versteht, daß die Durchführung der Auseinandersetzung nur durch die freiwillige oder erzwungene Zustimmung *aller* durch sie betroffenen Genossen ermöglicht wird) geltend gemacht werden kann. *Bejahend* RG. 1 S. 319, 12 S. 198, 49 S. 19; *Windscheid* II § 449 Anm. 26, vgl. auch Erl. 1 zu § 749 in Bd. II; *Josef* a. a. O. S. 37 ff.; *verneinend* *Dernburg* Pand. I § 197 Anm. 22, wenigstens in dem Sinne, daß sich der beklagte einzelne Genosse auf ein Verfahren, das zu keinem entscheidenden Ergebnis führen kann, nicht einzulassen brauche, ferner scheinbar RG. vom 30. Nov. 1903 in JW. 1905 S. 61, auch in Lobes CBl. 4 S. 493, wonach der Auseinandersetzungsanspruch nur gegen sämtliche Miterben geltend gemacht werden kann. Zur Frage ist vor allem zu bemerken, daß, selbst wenn dem klagenden Miterben mehrere Miterben gegenüberstehen, die Erhebung der Klage gegen einen einzelnen von ihnen

jedenfalls dann zulässig sein muß, wenn nur dieser der Auseinandersetzung überhaupt oder doch den zu ihrer Vornahme verlangten Maßnahmen widerstrebt. In solchem Falle wird von allen übrigen Miterben oder von einem von ihnen die Klage selbstverständlich nur gegen den Widerstrebenden zu erheben sein (vgl. auch Josef S. 38). Es unterliegt ferner keinem Zweifel, daß bei der Auseinandersetzung unter Miterben Verpflichtungen lediglich eines Miterben gegenüber einem anderen Miterben in Betracht kommen können, während die übrigen Miterben durch die Erfüllung oder Nichterfüllung nicht berührt werden; so z. B. wenn von drei Miterben einer einem zweiten gegenüber ausgleichungsberechtigt ist, während für den dritten Miterben weder eine Ausgleichungsberechtigung noch eine Ausgleichungsverpflichtung in Frage kommt (vgl. § 2055 Satz 2). Über einen verwandten Fall vgl. § 2046 Abs. 2. Auch sonst kann ein Miterbe ein Interesse haben, den Anspruch auf Einwilligung in die Auseinandersetzung oder auf bestimmte bei der Auseinandersetzung zu treffende Maßnahmen nur gegen einen von mehreren Miterben zu verfolgen, so z. B. wenn er auf Grund eines Kaufes oder Vermächtnisses ein Recht auf Übertragung des dritten noch in Frage kommenden Anteils hat u. dgl. Warum hier die Verfolgung des Auseinandersetzungsanspruchs gegen den allein verklagten Miterben ausgeschlossen sein soll, ist nicht einzusehen (vgl. auch Josef S. 42f.). Der vorerwähnten scheinbar abweichenden RGE. vom 30. Nov. 1903 dürfte grundsätzliche Bedeutung kaum zuzusprechen sein. Denn in dem entschiedenen Falle war in Wahrheit nicht auf Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, sondern darauf geklagt worden, daß die als Alleinerbin auftretende Beklagte eine bestimmte Geldsumme bezahle und bestimmte Anteile an aus dem Nachlaß herrührenden und für die Beklagte bereits eingetragenen Buchrechten der Klägerin übertrage. Durch dieses Begehren stellte sich die Klägerin in Widerspruch mit ihrer Behauptung einer zwischen ihr, der Beklagten und einer dritten Person bestehenden Erbengemeinschaft und verlangte sie von der Beklagten eine Leistung, zu deren Bewirkung diese gerade bei Vorhandensein der behaupteten Erbengemeinschaft nicht verpflichtet sein konnte. In ähnlicher Weise wird die besprochene RGE. auch von Josef S. 40f. beurteilt. Vgl. in diesem Zusammenhange übrigens auch die im Recht 1905 S. 681 mitgeteilte Entscheidung (Kiel), in der zutreffend hervorgehoben wird, daß ein Erbe vom Miterben nicht die Auszahlung eines seiner Erbquote entsprechenden Betrages in Geld verlangen kann.

2. Die Möglichkeit einer nur **teilweisen Auseinandersetzung** ist schon in Vorbm. 4 besprochen worden. Bezüglich der daselbst zurückgestellten Frage, ob auch eine vorläufig auf einzelne Nachlaßgegenstände sich beschränkende Auseinandersetzung *verlangt* werden kann, ist hier zu sagen: Wenn das Gesetz bestimmt, daß jeder Miterbe jederzeit *die* Auseinandersetzung verlangen kann, so hat es dabei offenbar eine in Ansehung des Nachlasses überhaupt vorzunehmende Auseinandersetzung im Auge. Das ist so zu verstehen, daß der Miterbe sein Verlangen nicht beliebig (nach Willkür) auf eine nur partielle (nur hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände vorzunehmende) Auseinandersetzung beschränken kann. Einem solchen Verlangen brauchen sich die übrigen Miterben grundsätzlich nicht zu fügen (vgl. auch KG. vom 25. Jan. 1906 in DJZ. 1906 S. 825). Allein die konkrete Gestaltung der Verhältnisse kann ein Verlangen der bezeichneten Art möglicherweise doch als gerechtfertigt erscheinen lassen (vgl. Josef S. 44ff.). Das Gesetz selbst hebt einen Fall dieser Art im § 2046 Abs. 1 hervor. So steht ferner der Umstand, daß der Erblasser durch letztwillige Anordnung die Auseinandersetzung hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände ausgeschlossen oder besonders erschwert hat (§ 2044), dem auf § 2042 sich stützenden Verlangen eines Miterben, daß die Auseinandersetzung im übrigen stattfinden solle, sicherlich nicht entgegen. Ebenso wird es sich verhalten, wenn zum Nachlaß eine dem Erblasser angefallene Erbschaft (oder ein angefallener Erbteil) gehört, hinsichtlich deren (bzw. dessen) die sofortige Auseinandersetzung nicht durchführbar ist, während sie im übrigen keine Schwierigkeiten bereitet. Gehören zum Nachlaß neben schwer veräußerlichen Gegenständen und streitigen Ansprüchen auch Barbestände, die zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten oder zur sonstigen Verwaltung des Nachlasses offenbar nicht erforderlich sind (vgl. dazu die sicherlich auch für den Fall einer Miterbengemeinschaft maßgebende Bestimmung des § 2217), so wird ein Miterbe unter Umständen auch Auseinandersetzung bezüglich dieser Barbestände verlangen dürfen (vgl. dazu Josef S. 44ff.). Nach RJpr. 9 S. 389 hat das KG. das Verlangen einer teilweisen Aufhebung der Erbengemeinschaft für zulässig erklärt, wenn der vollen Auseinandersetzung lediglich das Hindernis entgegensteht, daß die Ausgleichungspflicht einiger Miterben noch nicht zweifelsfrei ist (ebenso die vorhin erwähnte Entscheidung in DJZ. 1906 S. 825). Selbst in Fällen der bezeichneten Art kann übrigens eine teilweise Auseinandersetzung nur insoweit und in der Art verlangt werden, daß ihr „berechtigte Interessen nicht entgegenstehen" (vgl. RG. in den Gründen zu dem vorerwähnten Urteil v. 30. Nov. 1903,

das übrigens die Frage der Zulässigkeit des Verlangens offen läßt) und daß durch sie der endgültigen Auseinandersetzung nicht vorgegriffen wird.

Bezüglich der Frage, *ob und inwieweit* in den Fällen einer unvollständigen Auseinandersetzung *das Gesamthandverhältnis noch fortbesteht*, vgl. die folgende Erl. 4, ferner Erl. 4 zu § 2044.

3. Beschränkung des Rechtes auf Auseinandersetzung. Das Recht auf *sofortige* Auseinandersetzung ist *ausgeschlossen*:

a) *soweit* eine objektive Unbestimmtheit der Erbteile besteht (§ 2043); von selbst versteht sich, daß ein Streit über die Höhe der Erbteile durch Vergleich oder Urteil erledigt sein muß, ehe die Auseinandersetzung tatsächlich erfolgen kann (dazu RSpr. 2 S. 36; 3 S. 310ff.; 4 S. 430);

b) *soweit* der Erblasser die Auseinandersetzung rechtswirksam ausgeschlossen hat (§ 2044);

c) *soweit* die Auseinandersetzung durch eine Vereinbarung der Miterben ausgeschlossen ist (§ 749 Abs. 2, 3, §§ 750, 751);

d) Gegenüber dem Verlangen eines Miterben auf sofortige Auseinandersetzung kann jeder Genosse nach Maßgabe des § 2045 auf *Aufschub* bis zu dem daselbst bezeichneten Zeitpunkte bestehen. Die Vorschrift des § 1969 (betreffend das Recht des Dreißigsten) kommt dagegen als Hindernis der Auseinandersetzung nicht in Betracht. Sollten die Erben (was praktisch wohl kaum vorkommen wird) gewillt sein, die Auseinandersetzung schon vor Ablauf von dreißig Tagen seit dem Erbfall zu vollziehen, so werden sie aber selbstverständlich dafür zu sorgen haben, daß die aus § 1969 sich ergebenden Ansprüche auch noch nach der Auseinandersetzung ihre normale Verwirklichung finden;

e) Über das aus der Anordnung einer Nachlaßverwaltung unter Umständen sich ergebende Hindernis der Erbauseinandersetzung vgl. Vorbm. Nr. 2 auf S. 270.

4. Wegen der *materiellrechtlichen Regelung der Auseinandersetzung im einzelnen* verweist **Abs. 2** auf die Vorschriften über die Aufhebung einer Gemeinschaft nach Bruchteilen. Die Anwendung der angezogenen Paragraphen führt zu folgenden Ergebnissen:

a) Ist die Auseinandersetzung *durch Vereinbarung der Erben für immer oder auf Zeit ausgeschlossen*, so kann sie gleichwohl verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Unter der gleichen Voraussetzung braucht eine vereinbarte Kündigungsfrist nicht eingehalten zu werden. Diese Sätze sind zwingenden Rechtes (§ 749 Abs. 2, 3).

b) Eine Vereinbarung der Erben, durch welche die Auseinandersetzung auf Zeit ausgeschlossen ist, tritt im Zweifel mit dem *Tode eines Miterben* außer Kraft (§ 750).

c) Eine Vereinbarung der Erben, durch welche die Auseinandersetzung ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt ist, wirkt auch *für und gegen den Erwerber eines Erbteils*. Hat ein *Gläubiger* die Pfändung eines Erbteils erwirkt, so kann er (nicht auch der Erwerber, der den Erbteil ersteigert) ohne Rücksicht auf die Vereinbarung die Auseinandersetzung verlangen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (§ 751). Im Falle des Konkurses über das Vermögen eines Erben wirkt die Vereinbarung nicht gegen die Konkursmasse (nach KO. § 16 Abs. 2 Satz 1, welche Vorschrift auf die Erbengemeinschaft zu erstrecken sein dürfte).

d) Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung diesbezüglicher Vereinbarungen der Erben.

α) durch *Teilung in Natur* und nötigenfalls Zuteilung durch das Los (FGG. § 94), soweit sich der Nachlaß und eventuell die einzelnen Nachlaßgegenstände in gleichartige, den Anteilen der Erben entsprechende Teile zerlegen lassen (§ 752, vgl. M. V S. 695, s. auch *Boschan* II S. 294ff.);

β) anderenfalls durch *Verkauf* der Nachlaßgegenstände nach den Vorschriften über den Pfandverkauf (§§ 1235ff., bezüglich des § 1234 vgl. *Eccius* bei Gruch. 44 S. 769), bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Teilung des Erlöses. Für Grundstücke kommt neben der Zwangsversteigerung teilungshalber (ZVG. §§ 180ff.), die nach dem neuen Reichsrecht unbedenklich auf Antrag jedes Miterben zulässig ist (wegen des preuß. Rechtes s. RG. 39 S. 271), auch das Verfahren nach ZVG. §§ 175ff. in Betracht, welches gleichfalls auf Antrag *jedes einzelnen* (nicht unbeschränkt haftenden) *Miterben* eingeleitet und dem Zwecke der Auseinandersetzung dienstbar gemacht werden kann. *Nachlaßforderungen* sind nur zu verkaufen, wenn sie noch nicht eingezogen werden können (vgl. hierzu *Josef* bei Gruch. 49 S. 53ff.). Gegenstände, deren Veräußerung an einen Dritten unstatthaft ist, sind unter den Erben zu versteigern (§§ 753, 754). Vgl. *Boschan* II S. 294ff.

e) Haften die Erben als Gesamtschuldner für eine Nachlaßverbindlichkeit, die sie gemäß § 2038 Abs. 2, § 748 nach dem Verhältnis ihrer Erbteile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Erbe bei der Auseinandersetzung verlangen, daß die Schuld aus dem Nachlasse berichtigt wird. Der Anspruch kann auch gegen den Erwerber eines Erbteils geltend gemacht werden und ist nötigenfalls durch Verkauf von Nachlaßgegenständen durchzuführen (§ 755, vgl. §§ 2058 ff. und § 427, s. auch § 2046).

f) Hat ein Erbe gegen einen anderen Erben eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er die Berichtigung seiner Forderung aus den dem betreffenden Miterben auf dessen Erbteil zugeteilten Nachlaßgegenständen verlangen (§ 756); im Konkurse des Miterben hat er ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (KO. § 51). Vgl. übrigens auch Erl. 4 zu § 2046.

g) Nach ALR. I 16 § 191 mußte „ein Miterbe zur Berichtigung seines Erbteils, die Anweisung an das, was er selbst zur Masse schuldig ist, soweit dasselbe hinreicht, annehmen". Das BGB. enthält eine solche Vorschrift nicht. Trotzdem begegnet man sowohl in der Literatur als auch in der Praxis der Meinung, daß die Entscheidung des ALR. auch für das BGB. festgehalten werden müsse (so insbesondere Josef, DNotV. 5 S. 642 und bei Gruch. 49 S. 57 f., Hamm, DJZ. 1906 S. 946, Müller im Recht 1905 S. 582; s. auch OLG. Köln in Rspr. 4 S. 439). Allein aus dem BGB. läßt sich dieses Ergebnis nicht ableiten. Vor allem nicht in dem Sinne, daß die Gemeinschaftsgenossen des Miterben-Schuldners die von diesem ordnungsmäßig angebotene Leistung zurückweisen und ihn verhalten könnten, sich das Geschuldete auf seinen Erbteil anrechnen zu lassen. Die offenbaren Unzuträglichkeiten, die sich dabei ergeben müßten, wenn das vom Miterben Geschuldete nicht Geld, sondern etwa ein Grundstück oder die Herstellung eines Werkes u. dgl. ist, brauchen nicht weiter ausgeführt zu werden. Der praktische Kern der Frage ist, ob die Gefahr der Insolvenz des Miterben-Schuldners von der Erbengemeinschaft oder, soweit die Anrechnung der Schuld auf den Erbteil überhaupt in Frage kommen kann, lediglich vom Miterben-Schuldner selbst getragen werden muß. Es soll deshalb der folgenden Erörterung der Fall zugrunde gelegt werden, daß über das Vermögen des Miterben-Schuldners Konkurs eröffnet worden und daß somit die Erbengemeinschaft rücksichtlich der Forderung gegen den Miterben Konkursgläubiger ist. Können die Miterben des Gemeinschuldners hier verlangen, daß der volle Betrag der Schuld des Miterben-Schuldners (also ohne Rücksicht auf die Konkursdividende) auf den ebenfalls zur Konkursmasse gehörenden Erbteil in Anrechnung gebracht werde? Dies ist mit Rücksicht auf § 2042 Abs. 2 in Verbindung mit § 756 (die weitergehende Bestimmung des § 1476 Abs. 2 bleibt hier natürlich außer Betracht) und KO. § 51 nur dann zu bejahen, wenn sich die Forderung des Nachlasses gegen den Miterben-Schuldner „auf die Gemeinschaft gründet", sonst dagegen zu verneinen (vgl. auch OLG. Stuttgart in DJZ. 1905 S. 919; s. ferner Jaeger KO. Anm. 3 zu § 51). Die Annahme (vgl. Hamm a. a. O.), daß sich jede Schuld eines Miterben gegenüber dem Erblasser (obschon zu einer Zeit entstanden, in der von einer Erbengemeinschaft keine Rede sein konnte) auf die Erbengemeinschaft gründe, ist willkürlich und dem Wesen der Sache widersprechend und würde zur unerträglichen Folge haben, daß auch derjenige, welchem der Miterbe-Schuldner seinen Anteil am Nachlaß nach § 2033 Abs. 1 vor der Auseinandersetzung übertragen hat, sich bei der Auseinandersetzung die Anrechnung aller Schulden des übertragenden Miterben an den Erblasser auf den erworbenen Erbteil gefallen lassen müßte (vgl. § 756 Satz 2 in Verbindung mit § 755 Abs. 2). Über den Fall, daß der Erblasser hinsichtlich einer ihm gegen einen späteren Miterben zustehenden Forderung die „Ausgleichung" angeordnet hat, vgl. Erl. 4 b zu § 2050.

h) Der Anspruch auf Auseinandersetzung unterliegt nicht der Verjährung (§ 758). Befindet sich jedoch einer der Erben im Besitze des Nachlasses, so ist der dem nicht besitzenden Miterben zustehende Anspruch auf Herausgabe seines Anteils (hereditatis petitio partiaria) der Verjährung unterworfen und mit dieser kann auch der Anspruch auf Auseinandersetzung praktisch wirkungslos werden (vgl. Rehbein, Ober-Trib.-Entsch. II S. 822, 823).

i) Erfolgt die Erbauseinandersetzung durch Vertrag der Miterben, so können sich sehr verschiedene Gestaltungen ergeben:

α) Die Auseinandersetzung kann in der Art stattfinden, daß ein Miterbe den anderen Miterben ihre Anteile am gemeinschaftlichen Nachlaß ablöst (vgl. dazu RG. 43 S. 181 bezüglich eines nach gemeinem Rechte zu beurteilenden Falles). Geschieht dies, so wird der ablösende Miterbe mit der an ihn erfolgten Übertragung der Anteile der übrigen Miterben hinsichtlich des

bisher gemeinschaftlichen Nachlasses alleinberechtigt. An den zum Nachlaß gehörenden Grundstücken erlangt der Erwerber aller Anteile somit ipso iure Alleineigentum. Einer Auflassung bedarf es nicht, die Umschreibung des Erwerbers erfolgt im Wege der Grundbuchberichtigung (KG. 26 A 113; Bayer. ObLG. im Recht 1903 S. 155, anders mit Unrecht Schmale in Lobes CBl. 4 S. 179ff. Auf die Möglichkeit der mit einem Miterben dadurch stattfindenden Auseinandersetzung, daß ihm die übrigen seinen Anteil am Nachlaß ablösen, ist schon in anderem Zusammenhange hingewiesen worden (vgl. Vorbm. Nr. 4 S. 271).

β) Die Miterben können sich vertragsmäßig in der Weise auseinandersetzen, daß jedem Miterben oder doch einigen von ihnen gewisse Nachlaßgegenstände zugewiesen werden (§ 757), und daß die sich dann etwa noch herausstellenden Differenzen zwischen dem Werte der Erbteile der einzelnen Miterben und dem Werte der an sie erfolgten Zuweisungen durch unter den Miterben zu bewirkende Geldleistungen ihre Ausgleichung finden. Ein Recht auf eine derartige Auseinandersetzung haben die Miterben jedoch grundsätzlich nicht (Rspr. 5 S. 233); anders nur wenn der Erblasser nach § 2048 (vgl. die dortige Erl. 2) die Zuweisung von Nachlaßgegenständen an einzelne Miterben letztwillig angeordnet hat. Eine Vereinbarung — und was von ihr gilt, gilt nach § 97 FGG. auch von einer bestätigten gerichtlichen Auseinandersetzung — des bezeichneten Inhalts hat zumeist nur obligationenrechtliche Wirkung; soweit die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück in Frage kommt, muß die Form des § 313 erfüllt sein (Rspr. 5 S. 355). Wirksame Verfügungen können im Auseinandersetzungsvertrag nur insoweit getroffen werden, als zur Verfügung der Abtretungsvertrag genügt, oder als den formellen Anforderungen, welche das Gesetz hinsichtlich der in Frage kommenden Verfügungen (vgl. §§ 873, 925, 929ff., 1153ff., auch Art. 143 EG.) stellt, im konkreten Falle genügt ist (vgl. Strohal II S. 120, 121 und dazu Bayer. ObLG. in Lobes CBl. 4 S. 843).

Wird einem Miterben bei der Auseinandersetzung auf seinen Erbteil ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück zugewiesen, so ist zur Übertragung also Auflassung und zwar des ganzen Grundstücks erforderlich; vgl. RG. 56 S. 96, 206, 430; 57 S. 432ff.; Rspr. 4 S. 435, bezüglich der Kosten und Stempel Rspr. 9 S. 322. Zur obligatorischen Bindung bedarf es der Form des § 313 auch dann, wenn sich die Miterben auf Umwandlung des bezüglich des Grundstücks bestehenden Gesamthandverhältnisses in Miteigentum nach Bruchteilen einigen, und zur Durchführung der angestrebten Umwandlung ist Auflassung und Eintragung erforderlich, so auch RG. 57 S. 432, KG. in Rspr. 9 S. 322; OLG. Colmar im Recht 1905 S. 648 (anders noch in Rspr. 9 S. 306); anders Dernburg V § 176 Anm. 8 und in Bayer. RpflZ. 1 S. 33, der sich in Übereinstimmung mit der früheren Auffassung des OLG. Colmar dahin ausspricht, daß die Umwandlung von Gesamthandeigentum in Miteigentum nach Bruchteilen hinsichtlich eines Nachlaßgrundstücks schon durch formlosen Vertrag stattfinde. Der herrschenden Auffassung ist beizustimmen. Denn die bezeichnete Umwandlung ist jedenfalls eine Verfügung, durch welche die bezüglich des Grundstücks bisher bestehenden dinglichen Rechtsverhältnisse geändert werden sollen. Zur Herbeiführung einer solchen Rechtsänderung ist nach Maßgabe des im § 873 ausgesprochenen Eintragungsprinzips außer dem Verfügungsgeschäft die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Das Recht, welches jeder Miterbe infolge der Verfügung erwerben soll, ist Bruchteilseigentum, d. i. ein Recht, das er bisher nicht hatte, und dessen Erwerb ihm in Ermangelung einer besonderen Bestimmung rechtsgeschäftlich nur durch Auflassung vermittelt werden kann. Daß dem Miterben schon während der Dauer der Erbengemeinschaft eine Mitberechtigung hinsichtlich des Grundstücks zusteht, ist freilich wahr, allein diese ist, wie die Vergleichung von § 2033 Abs. 2 mit §§ 1008ff. ergibt, ein Recht anderer Art als das Bruchteilseigentum. Der besprochene Fall liegt grundsätzlich nicht anders, als wenn ein zur Erbengemeinschaft gehörendes Grundstück unter die Miterben in Natur geteilt wird, wozu es selbstverständlich der Auflassung der zu bildenden Teilgrundstücke an die einzelnen Miterben und der Eintragung im Grundbuch bedarf. Auch ist wohl zu beachten, daß sich in Ansehung eines zur Erbengemeinschaft gehörenden Grundstücks infolge der bloßen Wegstipulierung des Gesamthandverhältnisses Bruchteilseigentum schon deshalb nicht ergeben kann, weil der dem einzelnen Miterben hinsichtlich des Grundstücks gebührende Bruchteil durch die Größe des Erbteils noch nicht gegeben ist, sondern auch durch Ausgleichungsberechtigungen und -verpflichtungen und sonstige bei der Auseinandersetzung zu berücksichtigende Rechtsbeziehungen der Gemeinschafter untereinander beeinflußt wird. Vgl. auch Bd. III Erl. 9 zu § 925.

Zur Vereinfachung des Grundbuchverkehrs ist in der GBO. § 37 bestimmt, daß, wenn bei einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld ein Miterbe als neuer Gläubiger eingetragen

werden soll, zum Nachweise der Erbfolge und der Eintragungsbewilligung der Erben ein Zeugnis des Nachlaßgerichts genügt. Eine entsprechende Bestimmung kann nach GBO. § 99 landesgesetzlich für den Fall getroffen werden, daß bei einem Nachlaßgrundstück ein Erbe als alleiniger Eigentümer eingetragen werden soll. An der Notwendigkeit der zur Übertragung des Rechtes erforderlichen förmlichen Erklärungen und sonstigen Handlungen (z. B. der Übergabe des Hypothekenbriefs nach § 1154) wird hierdurch nichts geändert (GBO. § 37 Abs. 2, EG. z. BGB. Art. 143 Abs. 1), jedoch greifen die im FGG. (§ 91 Abs. 3, § 93 Abs. 2) für die amtliche Erbauseinandersetzung bestimmten Versäumnisfolgen auch bezüglich derjenigen Erklärungen ein, welche die unmittelbare dingliche Übertragung von Rechten bezwecken. Hiernach kann, wenn das Nachlaßgericht landesgesetzlich zur Entgegennahme von Auflassungserklärungen der Erben befugt ist, die Auflassung eines Nachlaßgrundstücks an einen Miterben vor dem Nachlaßgerichte mit der Wirkung erfolgen, daß die Zustimmung eines nicht erschienenen Beteiligten durch die rechtskräftige Bestätigung der Auseinandersetzung ersetzt wird (KB. zu FGG. S. 1357).

Stellt sich nach erfolgter Zuweisung von wirklichen oder vermeintlichen Nachlaßgegenständen an einzelne Miterben ein Mangel im Rechte oder ein Sachmangel heraus, so hat jeder andere Miterbe zu seinem Anteile wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten (§ 757, vgl. §§ 434 ff., 459 ff.). Dazu Küntzel bei Gruch. 41 S. 828 ff., aber auch Strohal II S. 122 und jetzt auch Kohler, Lehrb. II S. 296, die gegen die Übertragung kaufrechtlicher Grundsätze auf das Wesen des Teilungsgeschäftes sich stützende Bedenken erheben.

5. Fortdauer der Erbengemeinschaft bei unvollständiger Auseinandersetzung. Nur die unter den Miterben stattfindende vollständige Auseinandersetzung hebt die Erbengemeinschaft auf. Erfolgt die Auseinandersetzung so, daß nur ein einzelner Miterbe aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, so bleibt diese unter den übrigen Miterben bestehen (vgl. dazu die bereits in Vorbm. Nr. 4 auf S. 271 berufenen Entscheidungen). Im Falle einer gegenständlich unvollständigen, d. h. nicht auf alle Nachlaßgegenstände sich erstreckenden Auseinandersetzung (vgl. auch hierzu Vorbm. 4 auf S. 271 und obige Erl. 2) verbleiben, die von ihr ausgenommenen Gegenstände in der Erbengemeinschaft (a. A. Josef in DNotV. 4 S. 121; OLG. Colmar im Recht 1904 S. 450, 1905 S. 681; Dernburg V § 178 Anm. 12). Die entgegengesetzte Entscheidung, daß die Gegenstände, bezüglich deren die Auseinandersetzung unterblieben ist, den Miterben nunmehr nach Bruchteilen zustehen, scheitert daran, daß die Umwandlung des Gesamthandverhältnisses in Berechtigung nach Bruchteilen eine Verfügung aller Miterben voraussetzt und daß somit, soweit es an einer solchen fehlt, das Verhältnis der gesamten Hand fortbesteht (so im praktischen Ergebnis auch LG. Colmar in Lobes CBl. 5 S. 223, s. auch Bayer. ObLG. in Bayer. RpflZ. 2 S. 295, derzufolge Miterben ihre Anteile an einer Nachlaßforderung so lange nicht selbständig kündigen und einziehen können, als ihnen diese nicht im Wege der Auseinandersetzung anteilsmäßig zugeteilt ist). Doch ist folgendes zu beachten:

a) Es ist möglich, daß der obligatorische Auseinandersetzungsvertrag sich auf den ganzen Nachlaß bezieht und daß hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände lediglich die Vollziehung der Auseinandersetzung (etwa die verabredete Auflassung eines Nachlaßgrundstücks an die Miterben) noch aussteht.

b) Daraus allein, daß bei einer von den Miterben angestrebten vollständigen Auseinandersetzung einzelne Nachlaßgegenstände weder versilbert, noch einem der Miterben zugewiesen worden sind, darf hinsichtlich ihrer noch nicht auf Fortdauer der Miterbengemeinschaft geschlossen werden. Es wird vielmehr überall dort, wo die Umwandlung der Gesamtberechtigung in Bruchteilsberechtigung einer besonderen Form nicht bedarf, auf Grund des Auseinandersetzungsvertrags zumeist angenommen werden dürfen, daß hinsichtlich der in Frage kommenden Gegenstände diese Umwandlung herbeigeführt werden wollte. Bezüglich der im § 2047 Abs. 2 bezeichneten Gegenstände vgl. die dortige Erl. 3.

c) Ob der Nachlaß bei gegenständlich unvollständiger Auseinandersetzung als im Sinne der §§ 2059, 2060 geteilt anzusehen ist, bildet eine Frage für sich, die erst in anderem Zusammenhang zu erledigen ist. Vgl. Erl. 7 zu § 2059.

d) Solange die Auseinandersetzung noch nicht beendet ist, bleiben in Ansehung des noch ungeteilten Nachlasses die Vorschriften des § 2033 maßgebend (vgl. § 2032 Abs. 2).

6. Über das Verfahren bei einer unter Vermittelung des Nachlaßgerichts stattfindenden Auseinandersetzung vgl. Vorbm. Nr. 2 auf S. 270 und wegen der Unzulässigkeit der vertragsmäßigen Wiedereinführung der bereits aufgehobenen Erbengemeinschaft vgl. Vorbm. 5 auf S. 272.

§. 2043. Soweit die Erbtheile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, ist die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen.

Das Gleiche gilt, soweit die Erbtheile deshalb noch unbestimmt sind, weil die Entscheidung über eine Ehelichkeitserklärung, über die Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt oder über die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht.

---

§ 2043.

G. I § 2154; II § 1917 rev. § 2020; III § 2018. P. I G. 11217 ff., 11418, 11904 ff., 12282 f.; M. V G. 690 f. P. II Bd. 5 G. 883 ff.

Gesetzliche Beschränkung der Auseinandersetzung.

1. Abs. 1. Bei gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge besteht nach § 1923 Abs. 2 die Möglichkeit, daß eine Person als Erbe berufen ist, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war. Ist ein derart Berufener Miterbe, so besteht wegen der Ungewißheit, ob überhaupt ein lebendes Kind und ob vielleicht mehrere Kinder geboren werden, zunächst eine Unbestimmtheit hinsichtlich der Zahl der Erben und der Höhe ihrer Erbteile. Das gem. und das sächs. Recht lassen in diesem Falle die Teilung des Nachlasses in der Weise zu, daß auf die Leibesfrucht einstweilen drei Teile gerechnet werden, das preuß. Recht dagegen schließt die Teilung bis zur Hebung der Unbestimmtheit aus. Den letzteren Weg schlägt auch das BGB. ein. Die Möglichkeit der Geburt von Drillingen, von der die vorerwähnten Rechte ausgehen, ist nur eine entfernte und die Regelung jener Rechte bringt den Nachteil mit sich, daß in den meisten Fällen eine Nachtragsteilung stattfinden muß. Demgegenüber erscheint die Ausschließung der Auseinandersetzung auf eine verhältnismäßig kurze Zeit für die Erben als das geringere Übel und für die Nachlaßgläubiger als entschiedener Vorteil. Vgl. übrigens § 1963 Satz 2.

Die Auseinandersetzung ist nur soweit ausgeschlossen, als die bestehende Ungewißheit einwirkt und eine Unbestimmtheit der Erbteile erzeugt. Sind nur einzelne Miterben betroffen, weil z. B. die Geburt eines Enkels oder eines Neffen des Erblassers in Frage steht, der mit seinen schon lebenden Geschwistern auf einen Kindesstamm bzw. Geschwisterteil als gesetzlicher Erbe berufen ist, so muß nur die Auseinandersetzung bezüglich des betreffenden Stammteils einstweilen unterbleiben. Möglich ist auch, daß die Ungewißheit eine Unbestimmtheit der Erbteile überhaupt nicht zur Folge hat, wenn z. B. für den Fall, daß ein lebendes Kind nicht geboren wird, ein Ersatzerbe eingesetzt oder wenn die Anwachsung bezüglich des fraglichen Erbteils vom Erblasser ausgeschlossen ist (§ 2094 Abs. 3, § 2099).

Ob für die miterbende Leibesfrucht gemäß § 1912 ein Pfleger zu bestellen ist, hat das Vormundschaftsgericht nach Lage des Falles zu entscheiden. Wird ein Pfleger bestellt, so ist er von den Miterben zur Verwaltung des Nachlasses zuzuziehen. Das gleiche gilt nach Maßgabe des § 1912 Satz 2 von dem Vater oder der Mutter.

2. Die im Abs. 2 aufgeführten Fälle der Ehelichkeitserklärung und der Bestätigung einer Annahme an Kindesstatt sind von der zweiten Kommission aufgenommen worden. Sie haben miteinander gemein, daß die behördliche Entscheidung über den Antrag noch nach dem Tode des Vaters bzw. des Annehmenden erfolgen kann und daß alsdann die Erklärung bzw. Bestätigung die gleiche Wirkung hat, wie wenn sie vor dem Tode erfolgt wäre (§§ 1733, 1753). Diese Wirkung äußert sich aber auch in der Begründung eines gesetzlichen Erbrechts des Kindes (§§ 1736, 1757, 1924 ff.). Mithin besteht, bis die Entscheidung getroffen ist (§§ 67, 68 des FGG.), ein ähnlicher Schwebezustand wie in dem Falle des Abs. 1 und erscheint daher die Aussetzung der Auseinandersetzung gerechtfertigt. Übrigens ist die Vorschrift nicht schlechthin auf den Fall beschränkt, daß die Ehelichkeitserklärung bzw. die Bestätigung der Annahme vom Erblasser nachgesucht war, daß also dieser der Vater bzw. Annehmende ist. In der ursprünglich beschlossenen Fassung der Vorschrift war allerdings diese Beschränkung enthalten, sie ist jedoch später bei der Redaktion gestrichen worden. Dies ist zwar für die gesetzliche Erbfolge ohne Bedeutung, weil nach §§ 1737, 1763 ein Erbrecht des Legitimierten bzw. Angenommenen gegenüber den Verwandten des Vaters bzw. des Annehmenden nicht besteht; die Erweiterung kann jedoch unter Umständen ihre Wirkung äußern, wenn der Erblasser die Kinder eines seiner Abkömmlinge oder

eines Dritten zu Erben eingesetzt hat (vgl. § 2070). Die Beerbung des Kindes kommt wegen § 1733 Abs. 1, § 1753 Abs. 1 nicht in Betracht.

3. Zur Entstehung einer rechtsfähigen **Stiftung** ist nach § 80 staatliche Genehmigung erforderlich; nach § 84 gilt jedoch die Stiftung, wenn sie nach dem Tode des Stifters genehmigt wird, für dessen Zuwendungen als schon vor seinem Tode entstanden. Wenn daher eine Stiftung als Erbe auf einen Bruchteil eingesetzt ist und der Erblasser vor erfolgter Genehmigung stirbt, so besteht auch hier ein Schwebezustand, der die Anwendung der im Abs. 1 aufgestellten Vorschrift rechtfertigt. Ob die Stiftung erst durch das Testament des Erblassers errichtet wird oder schon durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vom Erblasser errichtet ist, macht keinen Unterschied. Vorausgesetzt ist jedoch, daß es sich um eine Stiftung des Erblassers handelt.

4. **Bedenken gegen Verallgemeinerung.** Die Frage, ob der Vorschrift des § 2043 über die einzeln aufgeführten Fälle hinaus allgemeine Bedeutung zukommt, dürfte zu verneinen sein. Bei der Beratung in der zweiten Kommission war angeregt worden, die Vorschrift dergestalt zu verallgemeinern, daß der Fall der Schwangerschaft besonders hervorgehoben und allen sonstigen Fällen der noch möglichen Berufung eines weiteren Miterben durch eine allgemeine Klausel Rechnung getragen werde. Die Redaktionskommission hat dieser ihr überwiesenen Anregung nicht stattgegeben. Hiernach erscheint im Hinblick auf die Redaktionsweise des BGB. überhaupt und auf den im § 2042 Abs. 1 aufgestellten Grundsatz eine strikte Auslegung des § 2043 geboten. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird sich freilich ein Aufschub der Auseinandersetzung noch in manchen anderen Fällen einer zunächst bestehenden Ungewißheit empfehlen (über die von Wilke Erl. 2 zu § 2043 hervorgehobenen Fälle vgl. Strohal II 65 Anm. 4a), insbesondere unter Umständen solange ein Miterbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat. Von einem Rechte auf die Aussetzung ist in diesem Falle schon deshalb nicht die Rede, weil die Berufung des Miterben nicht zweifelhaft ist; es muß nötigenfalls der bestellte Nachlaßpfleger zur Auseinandersetzung zugezogen werden (a. A. Binder III S. 240; vgl. aber gegen ihn eingehend Strohal II § 65 Anm. 4; ferner Dernburg V § 178 bei Anm. 9).

5. Zweifelhaft ist, welche **Wirkung einer gegen die Vorschrift des § 2043 vorgenommenen Erbauseinandersetzung** zukommt. Die Vorschrift läßt sich als ein gesetzliches Verbot auffassen, das nach der Regel des § 134 die Nichtigkeit des ihm zuwider geschlossenen Auseinandersetzungsvertrags und aller zu dessen Ausführung vorgenommenen dinglichen Rechtsgeschäfte zur Folge hat, und zwar auch dann, wenn sich der erwartete Hinzutritt eines Miterben nicht verwirklicht. Es kann aber auch angenommen werden, daß der § 2043 nur das in § 2042 grundsätzlich hingestellte Recht jedes Miterben auf die Auseinandersetzung ausschließen will. Dieser Auffassung zufolge würde die Auseinandersetzung mit Zustimmung desjenigen Erben, dessen Erbrecht in Frage steht, oder des ihm bestellten Vertreters vollwirksam erfolgen können. In Ermangelung einer solchen Zustimmung würde die Wirksamkeit der Auseinandersetzung davon abhängen, ob der in Frage kommende Miterbe hinzutritt oder nicht. Im letzteren Falle ist die Auseinandersetzung und jede auf Grund derselben von einem der Erben über die ihm zugeteilten Gegenstände getroffene dingliche Verfügung vollwirksam. Im ersteren Falle stellt sich heraus, daß der Nachlaß den teilenden Miterben nicht allein zustand, und daß diese daher zu der Auseinandersetzung nicht berechtigt waren. Die Zuteilung einzelner Gegenstände an die Miterben und die von ihnen darüber getroffene dingliche Verfügung ist daher unwirksam. Ob und inwieweit die teilenden Erben obligatorisch gebunden bleiben, hängt von den Umständen des Falles ab, wobei insbesondere in Betracht zu ziehen sein wird, ob die Erben die Möglichkeit des Eintritts eines Miterben gekannt haben oder nicht. Überwiegende Gründe dürften für die zweite Auffassung sprechen. Die Vorschrift des § 2043 bezweckt, das Recht des möglicherweise noch hinzutretenden Miterben zu sichern. Dieser Zweck wird erreicht, wenn die Auseinandersetzung für den Fall unwirksam ist, daß der Miterbe wirklich hinzutritt und sein Vertreter nicht der Auseinandersetzung zugestimmt hat. Nicht ersichtlich aber ist, welchen Zweck es haben könnte, die Auseinandersetzung auch dann für unwirksam zu erklären, wenn ein Miterbe überhaupt nicht hinzutritt, sich also herausstellt, daß die teilenden Erben für sich allein berechtigt waren, die Auseinandersetzung vorzunehmen, oder wenn ein Vertreter des hinzugetretenen Erben zugestimmt hat. Der Wortlaut des § 2043 scheint zwar gegen diese Auffassung zu sprechen; er läßt aber, wenn man ihn im Zusammenhange mit dem vorhergehenden § 2042 betrachtet, auch die hier vertretene Deutung zu. Dafür spricht auch, daß im E. I § 2154 die Fassung dahin lautete, daß in dem gedachten Falle das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen, ausgeschlossen sei. Die zweite Kommission, auf deren Beschlusse die jetzige Fassung beruht, ging, wie sich aus P. II

§. 2044. Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände ausschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig machen. Die Vorschriften des §. 749 Abs. 2, 3, der §§. 750, 751 und des §. 1010 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung.

Die Verfügung wird unwirksam, wenn dreißig Jahre seit dem Eintritte des Erbfalls verstrichen sind. Der Erblasser kann jedoch anordnen, daß die Verfügung bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben oder, falls er eine Nacherbfolge oder ein Vermächtnis anordnet, bis zum Eintritte der Nacherbfolge oder bis zum Anfalle des Vermächtnisses gelten soll. Ist der Miterbe, in dessen Person das Ereigniß eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist.

Bd. 5 S. 883 ergibt, davon aus, daß sich dieselbe sachlich von dem E. I nicht unterscheide. Zu demselben Ergebnis gelangen Strohal II § 65 Anm. 5; Kreß S. 222 Anm. 10; Dernburg V § 178 bei Anm. 8; a. M. Hachenburg S. 715; Binder III S. 241 ff.

6. Der § 2043 findet entsprechende Anwendung in den Fällen des EG. Art. 86, 87 Abs. 2 (staatliche Genehmigung zum Erwerbe seitens juristischer Personen und der Mitglieder religiöser Orden).

§ 2044.

E. I § 2153; II § 1918 rev. § 2021; III § 2019. P. I S. 11217 ff.; M. V S. 633 ff. P. II Bd. 5 S. 882 f.; Bd. 6 S. 398. D. S. 729.

1. **Ausschließung oder Erschwerung der Auseinandersetzung durch Anordnung des Erblassers.** Entsprechend den meisten bisherigen Rechten gestattet § 2044 dem Erblasser, die Auseinandersetzung unter den Miterben zwar nicht für immer, aber doch für längere Zeit (Abs. 2) auszuschließen, oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig zu machen. Die Anordnung erfolgt durch letztwillige Verfügung, mithin in einem Testament oder als einseitige Verfügung in einem Erbvertrag (§ 2299); über die Frage, ob sie auch erbvertragsmäßig getroffen werden kann, vgl. Erl. 3 a. E.

Die Anordnung kann in Ansehung des Nachlasses überhaupt getroffen werden, sie kann sich aber auch auf einzelne Nachlaßgegenstände, z. B. ein Landgut, ein Wohnhaus, eine Bibliothek, eine Sammlung von Altertümern beschränken.

Auf die Auseinandersetzung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben bezieht sich § 2044 nicht (Rspr. 5 S. 403).

2. Die Wirksamkeit der vom Erblasser getroffenen Verfügung unterliegt verschiedenartigen **Beschränkungen:**

a) Nach Abs. 1 in Verbindung mit § 749 Abs. 2 kann trotz des Verbots jeder Miterbe die sofortige Auseinandersetzung verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Sind die Erben über das Vorliegen dieser Voraussetzung nicht einig, so muß im Prozeßwege darüber entschieden werden. Dem Nachlaßgerichte steht die Entscheidung der Frage nicht zu, es darf weder bei dem Widerspruch einzelner Miterben dem Antrag auf Erbregulierung stattgeben, weil es einen wichtigen Grund für die Teilung annimmt, noch darf es den übereinstimmenden Antrag der Erben ablehnen, weil es einen solchen Grund für die Beiseitesetzung des Teilungsverbots vermißt.

b) Der Gläubiger eines Miterben, der die Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlaß (bzw. an dem noch ungeteilten Teil des Nachlasses) erwirkt hat, kann nach Abs. 1 in Verbindung mit § 751 Satz 2 ohne Rücksicht auf die letztwillige Verfügung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern sein Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist. Dem entsprechend wirkt die Verfügung bei Konkurs eines Erben nicht gegen die Konkursmasse (KO. § 16 Abs. 2).

c) Ist die Auseinandersetzung vom Erblasser auf bestimmte Zeit ausgeschlossen, so tritt die Verfügung im Zweifel mit dem Tode eines Erben außer Kraft (Abs. 1 in Verbindung mit § 750).

d) Jedes Verbot der Auseinandersetzung wird nach Abs. 2 unwirksam, wenn seit dem Eintritte des Erbfalls dreißig Jahre verstrichen sind. Um jedoch die Berücksichtigung besonderer Verhältnisse zu ermöglichen, wird dem Erblasser gestattet, anzuordnen, daß seine Verfügung bis

zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben, z. B. bis zum Tode der Witwe oder bis zur Verheiratung eines Kindes gelten soll. Der Erblasser kann danach die Fortdauer der Gemeinschaft für die ganze Lebenszeit der Erben, bis zum Tode des Längstlebenden, vorschreiben. Für juristische Personen bewendet es nach dem Schlußsatze bei der dreißigjährigen Frist (vgl. § 2109 Abs. 2, § 2163 Abs. 2). Ordnet der Erblasser eine Nacherbfolge oder ein Vermächtnis an, so kann er das Verbot der Auseinandersetzung auf die Zeit bis zum Eintritte der Nacherbfolge (§§ 2100, 2139) oder bis zum Anfalle des Vermächtnisses (§§ 2176, 2177) erstrecken; die zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit ergibt sich in diesem Falle aus den §§ 2109, 2162, 2163.

e) Über einen besonders gearteten Fall, in dem die Anordnung des Erblassers als nicht erfolgt gilt, vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 1.

f) Über das Verhältnis des § 1669 zu § 2044 vgl. Erl. 7 zu § 1669 in Bd. IV S. 537; dazu noch RJpr. 5 S. 402, 7 S. 119.

3. Die vom Erblasser nach § 2044 getroffene Anordnung hat regelmäßig (anders, wenn und soweit ihr, was durch Auslegung zu ermitteln ist, der Charakter einer Auflage zukommt; vgl. dazu den Schluß dieser Erl.) die gleiche Wirkung, wie wenn die Miterben die Auseinandersetzung durch Vertrag ausgeschlossen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig gemacht hätten (vgl. Abs. 1 Satz 2 und § 751). Die entsprechende Anwendung von § 751 Satz 1 führt zu dem Ergebnisse, daß die Anordnung des Erblassers auch für und gegen denjenigen wirkt, welchem der Anteil eines Miterben nach § 2033 Abs. 1 übertragen worden ist. Zum Eintritt dieser Wirkung bedarf es auch rücksichtlich der zum Nachlaß gehörenden Grundstücke oder sonstigen grundbücherlichen Rechte der im § 1010 vorgesehenen Eintragung im Grundbuch nicht; denn durch § 2033 Abs. 2 ist ohnedies dafür gesorgt, daß ein einzelner Gemeinschafter über seinen Anteil an einem einzelnen Nachlaßgegenstand nicht verfügen und somit auch durch eine von ihm allein ausgehende Verfügung hinsichtlich eines einzelnen Nachlaßgegenstandes den Eintritt eines Sondernachfolgers nicht bewirken kann. Die Wirkung eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes (§§ 134, 135) kommt der Anordnung des Erblassers nicht zu, und eine Ausschließung oder Beschränkung der den Miterben hinsichtlich einer gemeinschaftlichen Verfügung über Nachlaßgegenstände zustehenden Verfügungsmacht wird durch sie nicht herbeigeführt (§ 137). Aber auch den Charakter einer Auflage (§ 1940) hat die Anordnung des Erblassers an und für sich nicht (etwas anders die früheren Auflagen; vgl. aber R. V S. 68[8]; Strohal II § 65 bei Anm. 9a; Kreß S. 41, 206 Anm. 7, 231 Anm. 16; Binder III S. 249). Zum Wesen der Auflage gehört, daß dem mit ihr Beschwerten eine obligatorische Verpflichtung zu einer Leistung auferlegt wird, und zugleich, daß ihm niemals ein durch Zuwendung eines rechtlichen Vorteils unmittelbar Begünstigter gegenübersteht. Mit der im § 2044 bezeichneten letztwilligen Anordnung verhält es sich in beiden Beziehungen anders. Denn, soweit ihr Wirksamkeit zukommt, ist ein Miterbe dem anderen gegenüber nicht bloß verpflichtet, die Auseinandersetzung nicht zu verlangen, sondern ist vielmehr das „Recht", die Auseinandersetzung zu verlangen, selbst „ausgeschlossen" (§ 751) oder doch beschränkt. Auf der anderen Seite erlangt jeder Miterbe infolge der Anordnung des Erblassers insofern eine unmittelbare Verbesserung seiner Rechtsstellung, als ihm gegenüber das nach der Bestimmung des § 2042 Abs. 1 zulässige Verlangen des Genossen überhaupt nicht oder nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist gestellt werden kann. Dazu kommt noch, daß die bezeichnete Beschränkung des rechtlichen Könnens auch denjenigen trifft, bzw. demjenigen zustatten kommt, an welchen ein Anteil am Nachlaß nach § 2033 Abs. 1 übertragen worden ist. Die hiermit herausgestellten Wirkungen sind also so beschaffen, daß dabei die Vorschriften des § 2194 über die Vollziehung einer Auflage zunächst nicht eingreifen.

Sind die Miterben (bzw. ihre Rechtsnachfolger) durch die Anordnung des Erblassers regelmäßig so, aber auch nicht stärker gebunden, als sie es durch einen zwischen ihnen zwecks Ausschließung oder Beschränkung der Auseinandersetzung geschlossenen Vertrag sind, so ergibt sich daraus von selbst, daß jene Anordnung der Möglichkeit einer auf Einigung aller Gemeinschafter beruhenden Auseinandersetzung und deren Durchführung nicht entgegensteht. Die zur Vollziehung einer solchen Auseinandersetzung getroffenen Verfügungen sind also als wirksam anzuerkennen, und auch dem obligatorischen Auseinandersetzungsvertrag ist die bindende Kraft nicht abzusprechen. So auch die herrschende Meinung; zweifelnd Binder III S. 249 ff.; grundsätzlich a. A. Brettner im Recht 1900 S. 224; Scherer, Die fünf ersten Jahre des BGB. S. 992.

Eine die Auseinandersetzung ausschließende Anordnung des Erblassers kann aber sicherlich auch in der Weise gewollt sein, daß die Gemeinschafter schlechthin gehalten

§. 2045. Jeder Miterbe kann verlangen, daß die Auseinandersetzung bis zur Beendigung des nach §. 1970 zulässigen Aufgebotsverfahrens oder bis zum Ablaufe der im §. 2061 bestimmten Anmeldungsfrist aufgeschoben wird. Ist das

---

sein sollen, die Auseinandersetzung zu unterlassen. Dann gewinnt sie insoweit den Charakter einer den Erben gemachten Auflage (vgl. auch M. V S. 688), die nach § 2278 Abs. 2 auch erbvertragsmäßig bestimmt werden kann. Die Vorschriften des § 2194 über die Vollziehung einer Auflage sind dann anwendbar, und das Nachlaßgericht wird seine Mitwirkung zu einer von den Miterben im Gegensatz zu der ihnen gemachten Auflage angestrebten Auseinandersetzung zu versagen haben. Trotzdem wird der Erblasser, da sich auch aus einer Auflage des angegebenen Inhalts eine Beschränkung der Verfügungsmacht der Miterben nicht ergibt, auf Durchsetzung seines Willens nur dann mit einiger Sicherheit rechnen können, wenn er einen Testamentsvollstrecker ernennt (vgl. § 2203).

4. Bezieht sich die Anordnung des Erblassers nur auf einzelne Nachlaßgegenstände, so besteht rücksichtlich ihrer das Verhältnis der gesamten Hand jedenfalls so lange fort, als es nicht rechtsgültig aufgehoben ist. Dadurch allein, daß die Auseinandersetzung hinsichtlich der übrigen Gegenstände erfolgt ist, wird in Ansehung der von ihr ausgenommenen Gegenstände eine Umwandlung der Gesamthand in Bruchteilsberechtigungen der Genossen jedenfalls noch nicht herbeigeführt, wie sich am deutlichsten ergibt, wenn der von der Auseinandersetzung ausgeschlossene Gegenstand ein Grundstück ist, hinsichtlich dessen jene Umwandlung Auflassung und Eintragung im Grundbuch erfordert.

Fraglich bleibt aber allerdings, in welchem Sinne die vom Erblasser nur hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände angeordnete Ausschließung der Auseinandersetzung im konkreten Falle zu verstehen ist, ob nur in dem Sinne, daß das Verlangen auf Teilung des in Frage kommenden Gegenstandes bzw. auf Verkauf desselben und Teilung des Erlöses ausgeschlossen sein soll, oder auch das Verlangen auf Umwandlung der Gesamtberechtigung in Bruchteilsberechtigungen der Miterben. Dafür, daß die Anordnung des Erblassers einem Verlangen der zuletzt bezeichneten Art nicht schlechthin entgegensteht, scheint die Berufung des § 1010 in § 2044 Abs. 1 Satz 2 zu sprechen. Denn § 1010 setzt eine Verfügung unter Lebenden voraus, zufolge deren der Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstück an einen Sondernachfolger gelangt ist, und bestimmt für diesen Fall, daß eine auf die Aufhebung der Gemeinschaft sich beziehende Beschränkung gegen den Sondernachfolger nur wirken soll, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist. Nun ist aber die hier vorausgesetzte Möglichkeit in Ansehung eines zu einer Erbengemeinschaft gehörenden Grundstücks erst gegeben, nachdem die Miterben an dem Grundstück, obschon es durch die Anordnung des Erblassers von der Auseinandersetzung ausgeschlossen ist, Miteigentum nach Bruchteilen erlangt haben. Doch ist immerhin noch folgendes zu beachten: Hat der Erblasser die Auseinandersetzung zwar nicht in Ansehung des ganzen Nachlasses, aber doch in Ansehung eines Komplexes von Gegenständen ausgeschlossen, die praktisch als Ganzes zusammengehalten werden sollen, so ist die Umwandlung des Gesamthandverhältnisses in Bruchteilsberechtigungen der Miterben mit der Absicht des Erblassers kaum verträglich. Denn bei solcher Umwandlung würde jeder Miterbe über seinen Anteil an jedem dieser Nachlaßgegenstände selbständig verfügen können, so daß infolgedessen eine einheitliche Verwaltung des Komplexes von, verschiedenen Herren gehörenden Gegenständen unmöglich gemacht werden könnte. Wo das zutrifft, wird also der einzelne Miterbe die Umwandlung in Bruchteilsberechtigungen der Miterben nicht verlangen können. Anderenfalls ist diese Gefahr nicht vorhanden und dürfte daher das Verlangen des einzelnen Miterben auf diese Umwandlung zulässig sein. Handelt es sich dabei um ein Grundstück, so brauchen die übrigen Miterben auf das Verlangen nur in der Weise einzugehen, daß in Verbindung mit der Umwandlung bei den Anteilen der Miterben die Ausschließung der Auseinandersetzung (Teilung) bzw. deren Beschränkung durch das Erfordernis einer Kündigung im Grundbuch als Belastung der gebildeten Anteile eingetragen wird (§ 1010).

§ 2045.

E. II § 1919 rev. § 2022; III § 2020. P. II Bd. 5 S. 882.

Recht jedes Miterben auf Aufschub der Auseinandersetzung bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens bzw. bis zum Ablauf der Anmeldungsfrist des § 2061.

Aufgebot noch nicht beantragt oder die öffentliche Aufforderung nach §. 2061 noch nicht erlassen, so kann der Aufschub nur verlangt werden, wenn unverzüglich der Antrag gestellt oder die Aufforderung erlassen wird.

§. 2046. Aus dem Nachlasse sind zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen. Ist eine Nachlaßverbindlichkeit noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten.

Fällt eine Nachlaßverbindlichkeit nur einigen Miterben zur Last, so können diese die Berichtigung nur aus dem verlangen, was ihnen bei der Auseinandersetzung zukommt.

Zur Berichtigung ist der Nachlaß, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen.

Die Vorschrift hat ihren Grund in den Bestimmungen des § 2060 Nr. 1 (vgl. auch § 2015 Abs. 1) und des § 2061 über die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Aus diesem Zusammenhange folgt, daß die Vorschrift des § 2015 Abs. 3 über die Beendigung des Aufgebotsverfahrens auch hier anwendbar ist. Dagegen kommt der Abs. 2 des § 2015, der nur zum Schutze der Nachlaßgläubiger dient und den späteren Erlaß eines Ausschlußurteils nicht hindert, nicht zur Anwendung. Zum Satz 2 vgl. wegen des Antrags auf Erlaß des Aufgebots CPO. §§ 991ff.; die Zulassung des Antrags ist nicht erforderlich (abweichend § 2015). „Unverzüglich" bedeutet nach § 121 soviel als „ohne schuldhaftes Zögern".

§ 2046.

E. II § 1920 rev. § 2023; III § 2021. P. II Bd. 5 S. 885 f.

Schroeder, Kann ein Miterbe vor der Auseinandersetzung des Nachlasses auf Zahlung einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung klagen in SeuffBl. Bd. 70 S. 343ff.

Durchführung der Auseinandersetzung. Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten.

1. Der § 2046 entspricht den für die Gesellschaft bzw. für das Gesamtgut der aufgelösten ehelichen Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften der §§ 733, 1475. Er bezieht sich nur auf das Verhältnis der Miterben **untereinander.** Für das Verhältnis der Miterben gegenüber den Nachlaßgläubigern sind die §§ 2058—2063 maßgebend. Wegen der daselbst hinsichtlich der Zeit vor und nach der Teilung bestimmten Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten haben die Miterben regelmäßig ein wesentliches Interesse daran, daß die Berichtigung der allen Miterben **gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten** noch vor der Teilung des Nachlasses erfolgt. Dem entsprechend bestimmt Abs. 1 Satz 1, daß im Auseinandersetzungsverfahren, soweit nicht das in Satz 2 bezeichnete Hindernis vorliegt, zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen sind. Hierbei ist aber offenbar zwischen den, nach Maßgabe des unter den Miterben bestehenden Rechtsverhältnisses, aus dem Gesamtnachlaß und den nur aus einem Anteil des Nachlasses zu berichtigenden Nachlaßverbindlichkeiten zu unterscheiden. Berichtigung aus dem Gesamtnachlaß kann ein Miterbe gegenüber seinen Genossen nur hinsichtlich der allen Miterben gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten (über die gesamtschuldnerische Haftung gegenüber den Gläubigern vgl. § 2058) verlangen (vgl. auch § 2042 Abs. 2 in Verbindung mit § 755) und auch hinsichtlich ihrer nur insoweit, als Abs. 2 von § 2046 nicht Abweichendes bestimmt (vgl. Erl. 2). Nach KG. in SeuffA. 60 S. 341 (s. auch Recht 1905 S. 282) sind übrigens unter den „Nachlaßverbindlichkeiten" im Sinne des § 2046 auch nicht klagbare, nur moralische bzw. nach den örtlichen Gewohnheiten und der Auffassung der Beteiligten übliche Verbindlichkeiten zu verstehen. Eine der besprochenen Vorschrift nicht gerecht werdende Auseinandersetzung kann von allen Miterben zwar einverständlich beschlossen, nicht aber von einem Miterben gegenüber den übrigen verlangt werden. Da aber der Bestimmung, abgesehen von dieser materiellen Bedeutung, auch der Charakter einer Verfahrensvorschrift zukommt, so ist sie nach § 2204 auch von dem die Auseinandersetzung vornehmenden Testamentsvollstrecker und, soweit nicht eine von den Miterben einstimmig getroffene abweichende Vereinbarung vorliegt (vgl. den Schluß dieser Erl.), desgleichen von dem mit der Auseinandersetzung befaßten Nachlaßgericht zu beachten.

Wegen des **Satz 2** vgl. die Erl. 1 zu § 1475. Die Vorschrift ist auch auf den Fall zu beziehen, wenn nur unter den Erben streitig ist, ob eine gewisse Verbindlichkeit besteht, während über die Erhebung des Anspruchs seitens des Gläubigers noch nichts bekannt ist. Das zur Be-

richtigung Erforderliche ist zurückzubehalten, d. h. von der Teilung auszuschließen; die Sicherstellung des Gläubigers, insbesondere die Hinterlegung des Geschuldeten kann nicht verlangt werden (abweichend § 52). Nach Analogie von Satz 2 wird ein entsprechender Teil des Nachlasses auch im Falle eines Streites unter den Miterben über die Ausgleichungspflicht zurückzubehalten sein (vgl. Rspr. 9 S. 389). Hervorzuheben ist, daß auch Satz 2 nur das Verhältnis der Erben untereinander betrifft und keinen Anspruch des Gläubigers begründet. Ebenso bleibt die Frage nach der Befugnis der Erben, die Leistung zu hinterlegen (§§ 372 ff.), völlig unberührt. Praktische Gründe werden übrigens die Miterben sehr häufig veranlassen, bezüglich der noch nicht fälligen Nachlaßverbindlichkeiten, zumal wenn ihnen dauernde Kapitalsanlagen der in Frage kommenden Gläubiger entsprechen, unter sich, ev. auch mit den Gläubigern, Abkommen zu treffen, vermöge deren die Durchführung der Auseinandersetzung vor der Befriedigung dieser Gläubiger keinem Bedenken unterliegt.

2. Der **Abs. 2** hat den Fall im Auge, daß eine Nachlaßverbindlichkeit nur einer Gruppe von Miterben zur Last fällt und regelt die Beziehungen der betroffenen Erben untereinander. Ob für die Verbindlichkeit auch im Verhältnis zu dem in Betracht kommenden Nachlaßgläubiger nur diese Miterben haften, oder dem Nachlaßgläubiger gegenüber Gesamthaftung aller Miterben vorliegt, während die Schuld im inneren Verhältnis zufolge einer Anordnung des Erblassers oder einer Vereinbarung der Erben oder wegen der besonderen Lage des Falles nur von jener Gruppe von Miterben zu tragen ist, begründet für die im Abs. 2 entschiedene Frage keinen Unterschied. In keinem Falle können diejenigen Miterben, welche die Last der Verbindlichkeit im Verhältnis zu den übrigen Miterben allein zu tragen haben, die Berichtigung auf Kosten des Gesamtnachlasses verlangen. Wohl aber können die übrigen Miterben in den Fällen der zweiten Art (zur Vermeidung der ihnen sonst nach der Teilung obliegenden gesamtschuldnerischen Haftung) verlangen, daß die Verbindlichkeit noch vor der Teilung aus demjenigen berichtigt werde, was auf die Angehörigen der bezeichneten Gruppe von Miterben bei der Auseinandersetzung entfällt. In den Fällen der ersten Art haben dagegen die durch die Verbindlichkeit in keiner Weise betroffenen Miterben kein Interesse daran, daß die Befriedigung des Gläubigers erfolge, und auch kein Recht darauf, diese Befriedigung zu verlangen (a. A. mit Unrecht Kreß S. 202 Anm. 2; s. gegen ihn Strohal II § 65 Anm. 15a). Wohl aber kann, wenn der Gruppe der belasteten Miterben nach dem Auseinandersetzungsplan (§ 93 FGG.) einzelne Nachlaßgegenstände zur weiteren Aufteilung gemeinschaftlich überlassen worden sind, jeder Angehörige der Gruppe verlangen, daß die Verbindlichkeit vor der Vornahme der weiteren Aufteilung berichtigt werde. Die Auseinandersetzung unter den übrigen Miterben wird hierdurch nicht aufgehalten.

3. Die **Umsetzung des Nachlasses in Geld** (Abs. 3) erfolgt, wenn sich die Erben nicht über eine andere Art einigen, durch Verkauf der Nachlaßsachen und durch Einziehung oder Verkauf der Nachlaßforderungen nach Maßgabe der §§ 753, 754. Sie soll nicht weiter gehen, als ein Bedürfnis zur Beschaffung barer Mittel besteht.

4. **Der Miterbe als Nachlaßgläubiger.** Zu den allen Miterben gemeinschaftlichen (oder doch einige oder einen einzelnen von ihnen treffenden) Nachlaßverbindlichkeiten können auch Verbindlichkeiten gehören, die an einen Miterben zu entrichten sind. Wegen des Nichteintritts der Konfusionswirkung vgl. Erl. 2 zu § 2032. In der Theorie und Praxis des preußischen Rechtes ist man zu dem Ergebnis gelangt, daß solche Verbindlichkeiten erst bei der Teilung zu berücksichtigen seien (vgl. besonders Eccius IV § 271 Anm. 31, § 273 Anm. 43 und die daselbst angezogenen Entscheidungen). Bei Übertragung dieser Auffassung auf das BGB. müßte man entscheiden, daß § 2046 für die gegen den Nachlaß sich richtenden Forderungen eines Miterben nicht maßgebend ist (so besonders Schroeder a. a. O., ferner OLG. Oldenburg in DJZ. 1905 S. 656 und OLG. Naumburg in SeuffA. 59 S. 97; eine Annäherung an diese Auffassung, aber mit sehr erheblichen Einschränkungen auch in den früheren Auflagen). Allein hierfür fehlt es an einem durchschlagenden Grunde (vgl. Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren S. 376; Strohal II § 65 bei Anm. 15d; Kreß S. 202 Anm. 1; ferner OLG. Dresden in Sammlung 25 S. 364). Die erwähnte Behandlung ist geradezu unmöglich, wenn die Auseinandersetzung für längere Zeit ausgeschlossen ist, während die gegen den Nachlaß sich richtende Forderung des Miterben fällig ist, sie führt zu einer ungerechtfertigten Zurücksetzung des Miterbengläubigers hinter andere Nachlaßgläubiger (man denke z. B. an fällige Wechselforderungen des Miterbengläubigers, an Ansprüche auf Zahlung von Kapitalzinsen, Miet- und Pachtzinsen), sie bringt den Miterbengläubiger in eine kaum erträgliche Lage hinsichtlich seiner gegen den Nachlaß sich richtenden Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, sie ist, wenn die Forderung des Miterbengläubigers eine

§. 2047. Der nach der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibende Ueberschuß gebührt den Erben nach dem Verhältnisse der Erbtheile.

Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers, auf dessen Familie oder auf den ganzen Nachlaß beziehen, bleiben gemeinschaftlich.

Vermächtnisforderung ist, mit § 2150 und, wenn sie sich als ein nach § 2305 oder nach § 2326 zu beurteilender pflichtteilsrechtlicher Anspruch darstellt, mit den Grundsätzen des Pflichtteilsrechtes (vgl. besonders § 2317) nicht vereinbar. Völlig unverständlich müßte es ferner bleiben, wenn die Bestimmung des § 2046 Abs. 1 Satz 2 bezüglich streitiger Forderungen auf die gegen den Nachlaß sich richtenden Forderungen eines Miterben nicht zur Anwendung gebracht würde. Selbst hinsichtlich der für einen Miterben während der Dauer der Miterbengemeinschaft entstandenen und auf diese sich gründenden Forderungen gegen den Nachlaß (ein Miterbe hat z. B. die Kosten des Begräbnisses des Erblassers vorläufig aus eigenen Mitteln bestritten) dürfte sich eine Vertröstung des Miterben auf Ersatz bis zur Auseinandersetzung grundsätzlich nicht rechtfertigen lassen. Denn es handelt sich dabei zumeist um Ansprüche auf Ersatz von Auslagen, zu deren vorläufiger Bestreitung aus seinen Mitteln der Miterbe gerade deswegen unbedenklich bereit war, weil er auf sofortigen Ersatz aus dem gemeinschaftlichen Nachlaß rechnen konnte (vgl. auch Strohal II § 64 Anm. 11f, § 65 bei Anm. 15d; Kreß S. 202 Anm. 1; Binder III S. 341 bei Anm. 6).

Hiermit soll übrigens nicht geleugnet werden, daß sich der Miterbegläubiger unter besonderen Umständen und unter der Voraussetzung, daß sein berechtigtes Interesse nicht verletzt wird, auf die Berücksichtigung seiner Forderung bei der Schlußauseinandersetzung wird verweisen lassen müssen, ferner, daß, soweit gegen den Nachlaß sich richtende Forderungen von Miterben in Frage kommen, deren Fälligkeit noch weit abliegt, durch das eigene Interesse aller Miterben mit Einschluß des Miterbengläubigers meist eine vertragliche Verständigung geboten sein wird. Besondere Umstände der zuerst erwähnten Art dürften aber verhältnismäßig selten vorliegen. Denn obschon die in den §§ 2050—2056 bestimmte Ausgleichung gewisser Vorempfänge möglicherweise dazu führen kann, daß auf einen Miterben bei der Auseinandersetzung des Nachlasses nichts entfällt (vgl. dazu Vorbm. zu den genannten Paragraphen), so verpflichtet doch selbst der übermäßige Vorempfang eines Miterben diesen nicht zur Herauszahlung des Mehrbetrags (vgl. § 2056). Ist der Miterbe zugleich Nachlaßgläubiger, so läßt also doch die vorerwähnte Ausgleichung für sich allein das Gläubigerrecht völlig unberührt. Das unter den Miterben stattfindende Ausgleichungsverfahren rechtfertigt daher auch noch nicht einen Aufschub der Befriedigung des Miterben rücksichtlich seiner gegen den Nachlaß sich richtenden Forderung bis zur Auseinandersetzung. Anders aber kann es sich z. B. verhalten, wenn ein Miterbe im Wege der sukzessiven Auseinandersetzung bereits Geld oder andere Gegenstände auf seinen Erbteil erhalten hat und wenn hinterher neben einer, etwa auf das Miterbenverhältnis sich gründenden Forderung eines Miterben gegen den Nachlaß auch eine Ausgleichungsverpflichtung desselben Miterben zum Vorschein kommt. Hier kann es allerdings zweifelhaft werden, ob dem Miterben wegen seiner (ihrem Umfange nach erst noch festzustellenden) Ausgleichungspflicht selbst bei Berücksichtigung seiner Forderung gegen den Nachlaß noch etwas aus diesem gebührt, ja, ob er nicht sogar von dem bereits auf seinen Erbteil Erhaltenen etwas herauszuzahlen haben wird, und hier wird daher der seine Forderung geltend machende Miterbe allerdings auf das Schlußergebnis der Auseinandersetzung verwiesen werden können.

Über die gerichtliche Geltendmachung von gegen den Nachlaß sich richtenden Forderungen eines Miterben vgl. noch Erl. 4 zu § 2058.

§ 2047.

E. I § 2155; II § 1921 rev. § 2024; III § 2022. P. I S. 11241 ff.; M. V S. 691 f. P. II Bd. 5 S. 886 f.

1. Verteilung des Nachlasses. Wenn durch die Berichtigung der Verbindlichkeiten der Reinbestand des Nachlasses klargestellt ist, wird dieser unter die Erben verteilt (vgl. §§ 734, 1476). Als Maßstab für die Verteilung wird im § 2047 nur das Verhältnis der Erbteile bezeichnet. Daneben ist jedoch zunächst nach den §§ 2050, 2055 die Ausgleichungspflicht in Betracht zu ziehen. Des weiteren können bisher unbefriedigt gebliebene Ansprüche einzelner Miterben gegen den Nachlaß zu berücksichtigen sein (vgl. dazu Erl. 4 zu § 2046), sowie auch die noch unbefriedigten Ansprüche gegen einen Miterben (vgl. aber auch Erl. 6 zu § 2039, dazu jetzt noch RG. in JW. 1907 S. 78).

§. 2048. Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen. Er kann insbesondere anordnen, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urtheil.

---

2. **Art der Teilung.** Die Teilung der Masse erfolgt nach den Vorschriften der §§ 752ff. (s. Erl. 4d zu § 2042), wenn sich die Erben nicht über einen anderen Weg einigen. Soweit die Teilung in Natur ausgeschlossen ist oder nicht den Bedürfnissen der Erben entspricht, wird sich an Stelle des Verkaufs vielfach die Übernahme von Nachlaßgegenständen durch einzelne Erben nach einer Taxe, ev. mit einem gewissen Zuschlag empfehlen (bezüglich der erforderlichen Übertragungsakte vgl. Erl. 4i zu § 2042).

3. **Schriftstücke** der im Abs. 2 erwähnten Art haben in der Regel keinen selbständigen Vermögenswert. Das Interesse, das die Erben an ihnen haben, ist entweder rein idealer Natur oder es gründet sich, wie namentlich bei dem Testamente des Erblassers, auf die Beweiserheblichkeit der Urkunde. Dieses Interesse aber wird, wie die Motive hervorheben, durch den Fortbestand der Gemeinschaft am besten gewahrt. Das BGB. sieht daher von allen besonderen Vorschriften über den Besitz und die Benutzung solcher Schriften, wie sie die bisherigen Rechte in der mannigfachsten Gestalt enthalten, ab. In den P. II Bd. 5 S. 887 wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß hinsichtlich der bezeichneten Schriftstücke nicht mehr das Gesamthandverhältnis, sondern eine Gemeinschaft nach Bruchteilen besteht. Allein, da die Umwandlung des Gesamthandverhältnisses nicht von Rechts wegen eintritt, sondern eine darauf gerichtete Verfügung der Gesamthänder voraussetzt (vgl. Erl. 5 zu § 2042), so hängt die Entscheidung davon ab, ob der von den Miterben geschlossene Auseinandersetzungsvertrag dahin ausgelegt werden darf, daß hinsichtlich der im § 2047 Abs. 2 bezeichneten Schriftstücke Umwandlung des Gesamthandverhältnisses in Bruchteilseigentum stattfinden sollte. Ist dies im konkreten Falle zu bejahen, so kommen hinsichtlich dieser Schriftstücke die §§ 741 ff. zur Anwendung. Die sich bei dieser Behandlung herausstellenden Ergebnisse (Regelung der Verwaltung durch Mehrheitsbeschluß, eventuell durch Urteil nach § 745 Abs. 1; Unentziehbarkeit des Rechtes auf Einsicht und sachgemäße Benutzung der Schriftstücke bei Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nach § 745 Abs. 2; Wirkung der im § 746 bezeichneten Vereinbarungen für und gegen die Sondernachfolger) werden den praktischen Bedürfnissen meist genügen (a. A. Kreß S. 256 Anm. 2; vgl. aber dazu Strohal II § 65 Anm. 20). Bedenken gegen die vorerwähnte Umwandlung treten jedoch hervor, wenn die Miterben ein wesentliches Interesse daran haben, daß eine Mehrheit von einzelnen Schriftstücken dauernd als ein Ganzes zusammengehalten werde, und daß also auch die Verfügung eines Miterben (oder dessen Rechtsnachfolgers) über seinen Anteil an einem einzelnen Stücke des zusammenzuhaltenden Komplexes nach wie vor ausgeschlossen bleibe (vgl. auch Erl. 4 zu § 2044). Trifft dies zu, so wird im Zweifel hinsichtlich der in Frage kommenden Schriftstücke die Umwandlung in Bruchteilseigentum als von den Miterben nicht gewollt anzunehmen sein.

§ 2048.

E. I § 2152; II § 1922 rev. § 2025; III § 2022. P. I S. 8901 f., 11229 ff.; M. V S. 688. P. II Bd. 5 S. 885.

1. Die im § 2048 zugelassenen **Anordnungen des Erblassers über die Art und Weise der Auseinandersetzung** können in einem Testament — auch ohne Erbeinsetzung, wie bei der bisherigen divisio parentum inter liberos — oder als einseitige Verfügungen in einem Erbvertrage (§ 2299) getroffen werden. Als vertragsmäßige Verfügung ist eine bloße Teilungsanordnung nicht zulässig (§ 2278 Abs. 2), da sie weder unter den Begriff der Auflage, noch unter den des Vermächtnisses (vgl. übrigens Bayer. ObLG. in Sammlung 5 S. 657 und im Recht 1905 S. 45) fällt, wenngleich einerseits der Erblasser den Zweck einer Teilungsanordnung unter Umständen auch durch ein Vermächtnis (Vorausvermächtnis, § 2150) oder eine Auflage erreichen und andererseits eine als Teilungsanordnung erscheinende Verfügung ein Vorausvermächtnis enthalten kann (M. V S. 603, 608). Über den Unterschied zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis vgl. Rspr. 9 S. 396 (auch KGJ. 28 S. A 196). Möglich ist auch, daß der Erblasser durch die Teilungsanordnung die Größe der Erbteile selbst bestimmt, wenn er eine ausdrückliche Be-

stimmung über letztere nicht trifft (vgl. auch Endemann III § 111 Anm. 24). Über einen 1902 zur Entscheidung gelangten Fall, in welchem der Erblasser in einem Testamente von 1808 bestimmt hatte, daß ein zum Nachlaß gehörendes Gut mit dem Tode des letzten seiner Enkel „den sämtlichen übrigen alsdann noch lebenden Abkömmlingen dergestalt zufallen soll, daß dasselbe dem Meistbietenden unter ihnen zugeschlagen und das Kaufgeld unter dieselben nach Häupterzahl verteilt" werde, vgl. RG. v. 24. September 1902 Bd. 52 S. 174.

2. Die Anordnung hat nur **obligatorische Wirkung** (vgl. die Fassung des § 2049 Abs. 1). Die unmittelbare Übertragung von Nachlaßgegenständen auf einzelne Erben im Wege der Zuteilung auf deren Erbteile ist nach dem BGB. ebensowenig möglich (vgl. auch Rspr. 4 S. 435; Bayer. ObLG. in Sammlung 2 S. 532; RG. 22 S. A 301; 28 S. A 196, auch Rspr. 9 S. 396) wie ein Vermächtnis mit dinglicher Wirkung (s. § 2174). Demgemäß werden auch Gegenstände, die der Erblasser nach § 2048 einem bestimmten Erben ausschließlich zuweist, zunächst nach § 2032 gemeinschaftliches Vermögen der Erben und müssen bei der Auseinandersetzung auf den betreffenden Erben besonders übertragen werden (vgl. Erl. 4i zu § 2042 und Erl. 2 zu § 2047). Die Gewährleistungspflicht der Miterben nach § 2042 Abs. 2, § 757 besteht auch in diesem Falle, wenn sie nicht nach der Absicht des Erblassers erlassen sein soll (vgl. aber dazu Strohal II S. 124). Wegen der Beschränkung von Teilungsanordnungen durch das Pflichtteilsrecht s. § 2306.

3. Nach Satz 2 kann der Erblasser, statt selbst Anordnungen zu treffen, das **billige Ermessen eines Dritten** als Richtschnur für die Auseinandersetzung aufstellen (vgl. RG. Bd. 21 S. 190). Der Dritte kann ein Testamentsvollstrecker sein (§§ 2203, 2204), aber nicht jeder nach Satz 2 vom Erblasser bestellte Dritte hat die Stellung eines Testamentsvollstreckers. Die von dem Dritten getroffene Bestimmung ist nach Satz 3 für die Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Wegen der Bedeutung des Wortes „offenbar" s. die Erl. 1 zu § 319 (dazu RG. in DJZ. 1904 S. 554), vgl. auch den Gebrauch des Wortes in den §§ 560, 1591, 1717, 2155, 2217. Liegt die Voraussetzung des Satz 3 vor, und sind alle Erben darüber einig, daß die Bestimmung des Dritten wegen offenbarer Unbilligkeit sie nicht bindet, so können sie, ohne gegen die letztwillige Verfügung zu verstoßen, die Auseinandersetzung nach eigenem Ermessen unter sich oder im nichtstreitigen Teilungsverfahren vor dem Nachlaßgerichte bewirken. Der Satz, daß die Bestimmung durch Urteil erfolgt, ist also, abgesehen von dem hier noch nicht zu erörternden Falle, daß der bestimmungsberechtigte Dritte Testamentsvollstrecker ist (vgl. darüber Erl. zu § 2204), nicht als zwingende Vorschrift anzusehen (Endemann III § 111 Anm. 26), sondern er hat nur die Bedeutung, daß die Bestimmung insoweit durch Urteil zu erfolgen hat, als es nach Lage der Sache (insbesondere wegen Uneinigkeit der Erben) einer Bestimmung überhaupt bedarf (Strohal II § 65 Anm. 14). Darüber, wie unter sonst gleichen Umständen bei Uneinigkeit der Erben vorzugehen ist, kann man zweifelhaft sein. Bei Vorhandensein des erforderlichen Feststellungsinteresses (CPO. § 256) kann der die Unverbindlichkeit der Bestimmung des Dritten geltend machende Miterbe gegen diejenigen Erben, welche die Bestimmung für maßgebend erachten, selbstverständlich auf Feststellung der Unverbindlichkeit klagen. Kann er aber mit Rücksicht auf die von ihm erwiesene offenbare Unbilligkeit der vom Dritten getroffenen Entscheidung nicht auch schon einfach darauf dringen, daß die Auseinandersetzung nach Maßgabe des Gesetzes (§§ 2042 ff.) stattzufinden habe? Dies scheint deshalb bejaht werden zu dürfen, weil es bei Unverbindlichkeit der vom Dritten getroffenen Bestimmung gerade wegen der berufenen Dispositivvorschriften einer positiven Bestimmung durch Urteil nicht bedarf. Anders dann, wenn eine etwa vom Erblasser selbst, abweichend von diesen gesetzlichen Vorschriften getroffene Bestimmung einer Ergänzung bedarf, die durch das billige Ermessen des Dritten hergestellt werden sollte. Stellt sich diese als unverbindlich heraus, so wird die Bestimmung bei Uneinigkeit der Erben allerdings durch Urteil erfolgen müssen. Das Klagebegehren wird dann darauf zu richten sein, daß die Auseinandersetzung in der vom Gericht nach billigem Ermessen (möglicherweise unter Berücksichtigung des vom Kläger gestellten Antrags) zu bestimmenden Weise zu erfolgen habe. Das nach § 2048 Satz 3 ergehende Urteil begründet wechselseitige persönliche Ansprüche der Miterben auf Vornahme der Teilung nach dem Urteil; die Bedeutung einer gemeinrechtlichen adiudicatio hat es nicht.

Soweit nach dem Gesagten eine Bestimmung durch Urteil nicht entbehrt werden kann, wenn die Bestimmung des Dritten offenbar unbillig ist, erweist sich, wenngleich das Gesetz darüber nichts sagt (vgl. aber § 319), die Bestimmung durch Urteil auch dann als erforderlich, wenn der zur Bestimmung berufene Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will,

§. 2049. Hat der Erblasser angeordnet, daß einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlasse gehörendes Landgut zu übernehmen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Landgut zu dem Ertragswerth angesetzt werden soll.

Der Ertragswerth bestimmt sich nach dem Reinertrage, den das Landgut nach seiner bisherigen wirthschaftlichen Bestimmung bei ordnungsmäßiger Bewirthschaftung nachhaltig gewähren kann.

---

oder wenn er sie verzögert. Scheinbar abweichend Herzfelder S. 229 und Dernburg V § 179 Anm. 3, die jedoch gerade diejenigen Fälle unberücksichtigt lassen, in welchen die Erben uneinig sind, und wo es sich zugleich um eine nach billigem Ermessen vorzunehmende Ergänzung der vom Erblasser getroffenen Auseinandersetzungsanordnung handelt. Dem freien Belieben eines Dritten kann die Art der Auseinandersetzung nicht vom Erblasser übertragen werden. Ein letztwillig ernannter Schiedsrichter (vgl. die Vorbm. 2 zu den §§ 1937—1941) hat Streitpunkte unter den Erben nach den Anordnungen des Erblassers, den gesetzlichen Teilungsvorschriften und nötigenfalls nach seinem eigenen billigen Ermessen zu entscheiden; die Anrufung des ordentlichen Gerichts gegen den Schiedsspruch ist nur nach den allgemeinen Vorschriften der CPO. (§ 1041) zulässig.

4. Die Frage, ob die Miterben sich über die vom Erblasser nach § 2048, bzw. vom Dritten oder durch Urteil getroffene Bestimmung einverständlich hinwegsetzen können, ist grundsätzlich zu bejahen. Das in Erl. 3 zu § 2044 in dieser Beziehung Gesagte gilt auch hier.

§ 2049.

E. II rev. § 2026; III § 2024. P. II Bd. 5 S. 847 ff.; Bd. 6 S. 330 ff., 448 ff. D. S. 729. RB. S. 2101 f.

Anordnung des Erblassers hinsichtlich eines zum Nachlaß gehörenden Landgutes.

1. Der § 2049 ist von der zweiten Kommission bei der Revisionslesung aufgenommen worden, nachdem die Aufstellung reichsgesetzlicher Vorschriften über das Anerbenrecht abgelehnt worden war. Er findet seine Ergänzung in den dem Pflichtteilsrecht angehörenden Vorschriften des § 2312, vgl. auch die auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft bezüglichen Vorschriften des § 1515 Abs. 2, 3. Alle diese Vorschriften zielen darauf ab, die Bestrebungen zur Erhaltung und Kräftigung des ländlichen Grundbesitzerstandes soweit tunlich zu fördern, auch auf die Gefahr hin, daß der dem gesetzlichen Erbrechte zugrunde liegende Gedanke einer gleichen Behandlung der Abkömmlinge im einzelnen Falle einmal eine erhebliche Beeinträchtigung erleidet.

2. Der Abs. 1 stellt eine Auslegungsregel auf. Die Anordnung des Erblassers, daß bei der Erbauseinandersetzung ein Miterbe das Recht haben soll, ein zum Nachlasse gehörendes Landgut zu übernehmen, soll „im Zweifel" dahin verstanden werden, daß das Gut bei der Anrechnung auf den Erbteil zum Ertragswert anzusetzen ist. Die Vorschrift gründet sich auf den vermutlichen Willen des Erblassers, ist daher schon dann ausgeschlossen, wenn ein anderer Wille desselben aus dem sonstigen Inhalte der letztwilligen Verfügung oder aus anderen Umständen zu entnehmen ist (Bd. I S. 23 f.). Die Annahme eines der Regel entsprechenden Willens des Erblassers findet aber ihre Rechtfertigung in der bestehenden Sitte, nach welcher bei der Auseinandersetzung unter mehreren Erben ein zum Nachlasse gehörendes Landgut nicht verkauft, sondern von einem Miterben übernommen wird, und zwar nicht zu demjenigen Preise, welcher sich bei einem Verkauf etwa erzielen ließe, sondern nach einem Ansatze, der durch Kapitalisierung des Ertrags gewonnen wird. Die größere Stetigkeit des Ertragswerts gegenüber dem Verkaufswert und die Erfahrung, daß der Verkaufswert ländlicher Grundstücke vielfach zu hoch angenommen wird, lassen die gesetzliche Begünstigung dieser Sitte als angemessen erscheinen.

Hinsichtlich des Begriffs des Landguts gilt auch hier das in der Erl. 3 zu § 98 Bemerkte (vgl. aber auch Erl. 1 zu EG. Art. 137 in Bd. VI). Eine gesetzliche Begriffsbestimmung ist von der Kommission auch in der Beschränkung auf die §§ 1515, 2049, 2312 abgelehnt worden, nicht minder ein entsprechender Vorbehalt für die Landesgesetzgebung, mithin hat die Auslegung freie Hand (s. jedoch Erl. 3).

3. Was die Berechnung des Ertragswerts anbelangt, so ermächtigt das EG. Art. 137 die Landesgesetzgebung, diesbezügliche Grundsätze aufzustellen. Letztere kann sich hierbei natürlich auf einzelne Arten von Landgütern (Rittergüter, Bauernhöfe 2c.) beschränken und überhaupt für die Anwendung ihrer Vorschriften den Begriff des Landguts enger begrenzen, als er sich aus dem BGB. ergibt. Daneben wird im § 2049 Abs. 2 eine subsidiäre Vorschrift gegeben, die aller-

dings nur den einen der beiden Faktoren betrifft, aus denen sich der Ertragswert begrifflich zusammensetzt. Über den Zinssatz, mit welchem der ermittelte Reinertrag eines Landguts zu kapitalisieren ist, um den Ertragswert zu gewinnen, ist eine Vorschrift absichtlich nicht aufgenommen worden, weil eine allgemein gültige feste Vorschrift hierüber bei der Größe und Vielgestaltigkeit des deutschen Wirtschaftsgebiets als mißlich angesehen wurde. Man wird, sofern nicht eine andere Berechnung in der betreffenden Gegend üblich ist, den gesetzlichen Zinsfuß (§ 246) zugrunde legen, mithin das Fünfundzwanzigfache des Reinertrags als Ertragswert annehmen müssen. Für die Ermittelung des Reinertrags selbst sind dagegen im Abs. 2 einige Normen aufgestellt. Danach ist nicht der tatsächliche Ertrag maßgebend, den das Landgut während einer gewissen Reihe von Jahren im Durchschnitt abgeworfen hat, sondern es soll der Ertrag ermittelt werden, den das Gut bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung nachhaltig gewähren kann (vgl. §§ 581, 592, 987, 1036). Natürlich wird die hiernach erforderliche Schätzung durch Sachverständige die tatsächlichen Erträgnisse, soweit sie noch klarzustellen sind, nicht unberücksichtigt lassen dürfen. Bei der Schätzung ist davon auszugehen, daß das Gut seiner bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung (vgl. §§ 99, 583, 1036) erhalten bleibt, wodurch jedoch die Berücksichtigung einer Ertragserhöhung, die sich durch zweckmäßige Änderungen in der Bestellung ꝛc. erreichen läßt, nicht ausgeschlossen wird. Daß Lasten und Abgaben als Abzugsposten einzustellen sind, folgt aus dem Begriffe des Reinertrags. Hypotheken und Grundschulden sind bei der Berechnung des Ertragswerts außer Ansatz zu lassen und, wenn sie von dem Übernehmer des Landguts mit übernommen werden sollen, bei der Berechnung des ganzen Erbteils zu berücksichtigen. Übersteigen die auf dem Gute haftenden Schulden den Ertragswert, so wird die Auslegungsregel des Abs. 1 meist nicht zutreffen (vgl. auch Ec-Leonhard III S. 61).

Bezüglich der in Betracht kommenden landesgesetzlichen Bestimmungen vgl. Erl. 4 zu EG. Art. 137 in Bd. VI S. 264.

§§ 2050—2057.

Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB. 1897 S. 88ff.; Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe S. 338ff.; Rüger im Sächs. Arch. 9 S. 184ff.; Hachenburg, Vorträge S. 716ff.; Küntzel bei Gruch. Bd. 41 S. 615ff.; S. 808ff.; Beyer, Die gesetzliche Erbenausgleichung nach dem BGB., Marb. Diss. 1900; Heymann, Die Bedeutung der Ausgleichungspflicht für die Verteilung der Erbschaftsfrüchte in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 459ff.; Magnus, Die Ausgleichungspflicht im BGB. 1901; H. Meyer im Recht 1900 S. 245, 514; Ofenstätter in DNotV. 28 S. 110ff.; Tecklenburg, Lebzeitige Zuwendungen in ihrer Einwirkung auf die Erb- und Pflichtteilsberechnung, 1904; Kreß, Erbengemeinschaft S. 207ff.; Binder III 132ff.; Hafner, Zu §§ 2050ff. BGB. in JW. 1902 S. 495ff.; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 35ff.; s. ferner Dissert. von Rosenthal, Marburg 1903, Anz, Leipzig 1903, Henius, Leipzig 1903, Kaßler, Leipzig 1904, Dummer, Greifswald 1904; v. Holtum, Kann die Ausgleichung von Einkommenszuschüssen und Vorbildungskosten auch dann angeordnet werden, wenn sie nicht übermäßig sind? in DNotV. 1906 S. 532; V., Der Erblasser kann die Ausgleichung der im § 2050 Abs. 2 aufgeführten Zuwendungen anordnen, auch wenn sie nicht übermäßig sind, in RheinNotZ. 51 S. 29.

1. Die §§ 2050—2057 handeln von der **Ausgleichung** (Kollation), die unter den im Miterbenverhältnisse stehenden Abkömmlingen des Erblassers wegen des Vorempfangenen stattfindet. Das BGB. hat diese Rechtseinrichtung, die, teils auf römischen, teils auf deutschrechtlichen Grundlagen fußend, aus dem gem. Rechte wohl in alle neueren Gesetzeswerke übergegangen war, als notwendige Ergänzung des gesetzlichen Erbrechts aufgenommen und in einer dem Systeme der Erbengemeinschaft entsprechenden Weise ausgestaltet, der unter den bisherigen Rechten die Ausgleichung des preuß. Rechtes am nächsten steht.

Die gesetzliche Ausgleichung findet nur unter den Abkömmlingen des Erblassers statt, andere Miterben bleiben unberührt (s. Erl. 1 zu § 2050, Erl. 1 zu § 2055). Sie ist ferner grundsätzlich auf die gesetzliche Erbfolge beschränkt, bei Erbeinsetzung der Abkömmlinge tritt sie nur ein, wenn die Einsetzung nach Maßgabe und Verhältnis der gesetzlichen Erbfolgeordnung erfolgt (§ 2052). Der innere Grund für die Ausgleichung liegt darin, daß Kinder ihre Eltern zu gleichen Teilen beerben (§ 1924 Abs. 4). Diese Gleichstellung der Kinder bzw. Kindesstämme soll nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß einzelne Abkömmlinge bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Vermögen Zuwendungen der im Gesetz genauer bestimmten Art erhalten haben, die den Nachlaß vermindern und bei gleichmäßiger Verteilung desselben unter die mehreren Kindesstämme zu einer Verkürzung

der übrigen Abkömmlinge führen würden. Sowohl die objektive Gerechtigkeit als auch die Rücksicht auf den vermutlichen Willen des Erblassers, von dem sich annehmen läßt, daß er kein Kind vor dem anderen bevorzugen wollte, gebieten, daß wegen solcher Zuwendungen, die nur einzelnen Kindern gemacht sind, aber unter gleichen Verhältnissen auch anderen Kindern gemacht sein würden, bei der Teilung des Nachlasses eine Ausgleichung erfolgt. Als auszugleichende Vorempfänge kommen nach dem Gesagten nur Zuwendungen in Betracht, die der Erblasser einem Abkömmling unter Lebenden gemacht hat; letztwillige Zuwendungen unterliegen der Ausgleichung nicht (vgl. aber doch auch Erl. 4b zu § 2050).

2. Hinsichtlich der Art, wie die Ausgleichung vollzogen wird, haben sich im Laufe der Rechtsentwicklung sehr **verschiedenartige Systeme** ausgebildet. Man unterscheidet zunächst Real- und Idealkollation. Bei der Realkollation findet ein wirkliches Einbringen der ausgleichungspflichtigen Zuwendung in die Erbmasse statt, indem entweder die zugewendeten Gegenstände selbst zum Nachlasse zurückgebracht werden (Naturalkollation) oder deren Wert eingeworfen wird (Wertausgleichung). Bei der Idealkollation bleibt die Zuwendung in den Händen des Empfängers und wird nur rechnerisch bei der Verteilung des Nachlasses ausgeglichen. Dies geschieht entweder so, daß zunächst jedem nicht begünstigten Miterben so viel, wie der Wert der Zuwendung beträgt, zum voraus verabfolgt und dann der Rest unter alle Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile geteilt wird, oder so, daß der Wert der Zuwendung dem Nachlasse zugerechnet, nach diesem vorgestellten Nachlaßbestande der Anteil jedes Miterben bestimmt und dem begünstigten Miterben der Wert der Zuwendung auf seinen Anteil angerechnet wird. Übrigens ist die Terminologie schwankend, insbesondere gebrauchen die Motive (V S. 700, 701) einige der vorgenannten Kunstausdrücke in einem anderen Sinne (vgl. Schiffner S. 109).

Das BGB. (§§ 2055, 2056) hat sich für die **rechnerische Ausgleichung (Idealkollation)** in der letzteren der beiden vorbezeichneten Gestalten entschieden, während das preuß. ALR. (II 2 §§ 303 ff.) die Idealkollation mit Vorausverabfolgung angenommen hatte. Beide Methoden entsprechen dem Systeme der Erbengemeinschaft, bei welchem sich die Ausgleichung an die Auseinandersetzung der Miterben anschließt. Bei ihrer Vergleichung ergibt sich jedoch für die Hinzurechnung (BGB.) gegenüber der Vorausverabfolgung (preuß. ALR.) der Vorzug der größeren Einfachheit, was namentlich dann hervortritt, wenn die Zuwendung an einen entfernteren Abkömmling gemacht ist und eine Ausgleichung unter mehreren Erbstämmen erfolgen muß (s. auch Schiffner § 27 Anm. 12).

Der E. I, der die Erbengemeinschaft nicht kannte, hatte die Ausgleichung in einer Weise geregelt, die sich unter keines der obigen Systeme bringen läßt und in keinem bisherigen Rechte einen Vorgang hat (vgl. Schiffner § 23 Anm. 7, 12, 13, § 27 Anm. 8). Der zur Ausgleichung Verpflichtete sollte jedem Berechtigten so viel in Geld entrichten, als dieser erhalten würde, wenn ein dem Werte des Vorempfangenen entsprechender Geldbetrag unter die Berechtigten und den Verpflichteten nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile zu verteilen wäre. Diese Pflicht war als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit bezeichnet und damit den Vorschriften des „Inventarrechts" unterworfen (E. I §§ 2163, 2164). Die Vorschriften des BGB. über die Ausgleichung weichen von denen des E. I (vgl. dazu Jacubezky S. 339 f.) so erheblich ab, daß die auf die grundsätzliche Auffassung des Instituts sich beziehenden Ausführungen der M. V S. 698 ff., 708 ff. für die Auslegung des BGB. nicht verwertet werden können.

3. **Wirkung der Ausgleichung** nach BGB. Durch die unter den Miterben erfolgende Ausgleichung wird der Nachlaß weder gemindert noch gemehrt. Sie läßt vielmehr den Nachlaßbestand völlig unberührt und bewirkt nur, daß sich das durch die nominellen Erbteile zunächst gegebene Verhältnis, nach welchem der effektiv vorhandene Nachlaß den bei der Ausgleichung beteiligten Miterben gebührt bzw. zuzuteilen ist, verschiebt oder doch verschieben kann. Durch die einem Miterben zukommende Ausgleichungsberechtigung erfährt dessen Erbrecht eine Verstärkung des Gehaltes, vermöge deren dieser Miterbe bei der Auseinandersetzung einen größeren Anteil des Nachlasses für sich in Anspruch nehmen kann, als welcher ihm ohne die Ausgleichungsberechtigung gebühren würde, wogegen umgekehrt der Gehalt des Erbrechts des durch eine Ausgleichungsverpflichtung betroffenen Miterben eine Abschwächung erleidet, vermöge deren der bezeichnete Miterbe bei der Auseinandersetzung aus dem Nachlaß weniger erhält, als ihm, abgesehen von der Ausgleichung, zukommen würde (vgl. Strohal I § 16). Das Ergebnis der Ausgleichung kann sogar so beschaffen sein, daß z. B. bei Vorhandensein von zwei zu gleichen Teilen erbenden Abkömmlingen dem einen infolge der Ausgleichung der ganze Nachlaß gebührt und der andere somit leer ausgeht.

§. 2050. Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, sind verpflichtet, dasjenige, was sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als Ausstattung erhalten haben, bei der Auseinandersetzung unter einander zur Ausgleichung zu bringen, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein Anderes angeordnet hat.

Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe sind insoweit

---

Obschon die Ausgleichung erst bei der Auseinandersetzung zur Durchführung kommt, so kann das Verhältnis unter den Miterben durch eine vorhandene Ausgleichungsberechtigung und die ihr entsprechende Ausgleichungsverpflichtung unter Umständen auch schon hinsichtlich der Zeit vor der Auseinandersetzung beeinflußt werden (vgl. darüber Erl. 3 zu § 2055). Nach der Auffassung des E. I sollte die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten durch die Ausgleichung völlig unberührt bleiben. Nach dem BGB. läßt sich dies nicht mehr festhalten (vgl. Strohal I § 16). Wie beschaffen aber die Einwirkung der Ausgleichung auf die Erbenhaftung ist, kann erst in anderem Zusammenhange dargelegt werden (vgl. Vorbm. Nr. 7 zu §§ 2058—2063). Wohl aber ist schon hier festzustellen, daß die unter den Miterben stattfindende Ausgleichung niemals dazu führen kann, daß ein Miterbe, mag er auch wegen des von ihm auszugleichenden Vorempfangs bei der Auseinandersetzung leer ausgehen, allseitig so zu behandeln ist, wie wenn er Erbe überhaupt nicht geworden wäre (vgl. Strohal II § 66 bei Anm. 8b und 9). Wird ein Miterbenanteil verkauft oder wird über ihn verfügt, so erstreckt sich der Verkauf bzw. die Verfügung auch auf die Rechtsbeziehungen aus der vorzunehmenden Ausgleichung (vgl. §§ 2372, 2376, 2033). Die aus dem Ausgleichungsverhältnis sich ergebende Rechtslage ist selbstverständlich auch vererblich.

4. In der Literatur des bisherigen Rechtes ist mitunter der Ausgleichungspflicht die rechtliche Natur eines gesetzlichen Vermächtnisses (Erl. 6 zu § 1939) zugeschrieben worden. Für das BGB. wird diese Auffassung von Schiffner (S. 95, 96, 113 ff.) mit eingehender Begründung verteidigt. Ihre Durchführung scheitert jedoch daran, daß sich aus den einem Erben auferlegten Vermächtnissen immer Nachlaßverbindlichkeiten ergeben, während nach dem BGB. (im Gegensatz zum E. I) durch das Ausgleichungsverhältnis niemals eine gegen den Nachlaß sich richtende Forderung und daher auch niemals eine Nachlaßverbindlichkeit begründet wird. Die als Reminiszenz an den E. I (vgl. dessen § 2117 Abs. 2 Nr. 5 in Verbindung mit § 2164) hier und da auch für das BGB. festgehaltene Behauptung, daß die Ausgleichungspflicht den Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen „nachsteht" (vgl. z. B. Herzfelder S. 302), ist, indem sie, was Nachlaßverbindlichkeit weder ist noch sein kann (nämlich die Ausgleichungspflicht), doch als solche behandelt wissen will, in sich widerspruchsvoll und beruht auf unklarer Vorstellung von der Funktion der Ausgleichung (vgl. auch Vorbm. 7a zu §§ 2058—2063). Richtig ist jedoch, daß der Erblasser denjenigen Zweck, welchen die gesetzliche Ausgleichung unter Miterben, mit Rücksicht auf dessen vermutlichen Willen auf eigenartigem Wege verwirklicht, auf anderem Wege auch dadurch erreichen kann, daß er den Eintritt der Ausgleichung ausschließt und Vorausvermächtnisse zugunsten derjenigen Miterben anordnet, welche sonst ausgleichungsberechtigt wären (vgl. auch M. V 704, 706 und Erl. 4d zu § 2050).

5. Anordnung. Die Vorschriften der §§ 2050—2057 sind in der Weise angeordnet, daß zunächst im § 2050 der Grundsatz der Ausgleichungspflicht für die gesetzliche Erbfolge aufgestellt und darüber Bestimmung getroffen ist, welche Zuwendungen der Ausgleichung unterliegen. § 2051 betrifft den Eintritt der Ausgleichungspflicht in besonderen Fällen bei gesetzlicher Erbfolge. § 2052 handelt von der Ausgleichung bei gewillkürter Erbfolge. Die §§ 2053, 2054 beziehen sich auf die Ausgleichung bei gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge und betreffen wie § 2051 besondere Fälle. In den §§ 2055—2057 ist die Vollziehung der Ausgleichung geregelt.

§ 2050.

E. I §§ 2157 ff., § 2164 Abs. 3; II § 1923 rev. § 2027; III § 2025. P. I E. 11243 ff., 11269 f., 11273, 11281 ff., 11451 f., 11471 f.; M. V E. 698 ff., 710 f. P. II Bd. 5 E. 889 ff., 894. D. E. 729 f.

Ausgleichung bei gesetzlicher Erbfolge.

1. Nach Abs. 1 findet die Ausgleichung **unter den Abkömmlingen** des Erblassers statt, die als gesetzliche Erben (§ 1924) zur Erbfolge gelangen (vgl. aber auch § 2052). Nicht nur

zur Ausgleichung zu bringen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben.

Andere Zuwendungen unter Lebenden sind zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat.

Kinder, sondern auch entferntere Abkömmlinge werden betroffen, unter den Kindern aber nicht nur die leiblichen, sondern auch legitimierte und angenommene, bei der Beerbung der Mutter auch deren uneheliche Kinder (vgl. §§ 1705, 1719, 1736, 1757; § 2053 Abs. 2). Unberührt bleiben diejenigen Abkömmlinge, welche aus irgendeinem Grunde (vgl. besonders §§ 1938, 2346, 2349) nicht zur Erbfolge gelangen (s. aber doch auch § 2051). Andere Personen, die neben den Abkömmligen, sei es kraft Gesetzes, sei es auf Grund einer Verfügung von Todes wegen zur Erbfolge gelangen, werden von der gesetzlichen Ausgleichung nicht betroffen. Insbesondere findet wie überwiegend schon im bisherigen Rechte die Ausgleichung nicht gegenüber dem Ehegatten statt. Sein Erbteil ist zunächst zu berechnen, ehe unter den Abkömmlingen zur Ausgleichung geschritten wird (vgl. § 2055 Abs. 1 a. E.). Genauere Bestimmungen über die bei der Ausgleichung in Betracht kommenden Personen enthalten die §§ 2051—2053.

Auf die Berücksichtigung von Gaben, die bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würden, bei der Pflichtteilsberechnung bezieht sich § 2316.

2. Gegenstände der Ausgleichung. Betreffs der kraft Gesetzes der Ausgleichung unterliegenden Gegenstände ist Folgendes zu bemerken:

a) Nach Abs. 1 ist zur Ausgleichung zu bringen, was ein Abkömmling von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als **Ausstattung** erhalten hat, d. h. was ihm mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung und wohl auch zur Verbesserung (vgl. Binder III S. 164) der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Erblasser unter Lebenden zugewendet worden ist (§ 1624, vgl. die dortigen Erl.); hierunter fällt auch die Aussteuer einer Tochter (§ 1620). Vorausgesetzt ist eine unmittelbare Beziehung der Zuwendung auf den Zweck, die wirtschaftliche Selbständigkeit des Kindes zu begründen oder zu erhalten (vgl. Eccius IV § 274 bei Anm. 40). Deshalb kommen solche Aufwendungen nicht in Betracht, die nur bei Gelegenheit des Selbständigwerdens eines Kindes gemacht sind, insbesondere nicht die Kosten einer Hochzeit (der Trauung, des Hochzeitsmahls, der Hochzeitsreise). Obschon § 2050 Abs. 1 durch den Gebrauch des Wortes „Ausstattung" unzweideutig auf § 1624 verweist, und obschon dessen Inhalt daher auch zur Erläuterung herangezogen worden ist, so verwendet § 2050 den Ausdruck Ausstattung doch insofern in einem anderen Sinne als § 1624, als diese Bestimmung sich nur auf eine einem Kinde vom Vater oder von der Mutter gegebene Ausstattung bezieht, während eine Ausstattung im Sinne von § 2050 auch dann vorliegt, wenn der Erblasser die auf den Ausstattungszweck gerichtete Zuwendung einem entfernteren Abkömmling (vgl. aber doch auch § 2053; Strohal I § 13 bei Anm. 12—14 und P. II Bd. 5 S. 889 f.) gemacht hat. Über das Verhältnis der Ausstattung zu den in Abs. 2 von § 2050 bezeichneten Zuwendungen und über die Frage, ob nicht Abs. 1 von § 2150 durch Abs. 2 eine Einschränkung erfährt, vgl. die Ausführung unter b.

Für den Begriff der Ausstattung ist es unwesentlich, ob der Erblasser sie aus dem Stamme seines Vermögens oder aus seinen Einkünften gegeben hat, ob er zur Gewährung der Gabe rechtlich (§ 1620) oder auch nur sittlich (§ 1624) verpflichtet war oder nicht, und (soweit nicht die in Abs. 2 von § 2050 bezeichneten Zuwendungen in Frage kommen) auch, ob sie seinen Vermögensverhältnissen angemessen war, oder das diesen entsprechende Maß überstiegen hat. Zum Wesen der Ausstattung gehört ferner nicht, daß sie durch Zuwendung eines Kapitals erfolgt, sie kann auch in Gestalt von wiederkehrenden Leistungen (Renten) gewährt werden (vgl. auch Erl. 2 zu § 1624 in Bd. IV; Staudinger-Engelmann Erl. 1 zu § 1624; Dernburg V § 184 bei Anm. 3, vgl. auch Anm. 5 daselbst; a. A. scheinbar v. Jacubezky im Recht 1906 S. 284 Anm. 4). Doch gilt für die in Abs. 2 bezeichneten Zuschüsse zu den Einkünften des Abkömmlings (soweit sie unter den Begriff der Ausstattung fallen) Besonderes (vgl. die folgende Ausführung unter b a. E.).

Die Zuwendung einer Ausstattung liegt schon dann vor, wenn diese dem Abkömmling von dem Erblasser auch nur rechtsgültig versprochen war (vgl. dazu Strohal I § 13 Anm. 15), vor dem Erbfall aber noch nicht geleistet worden ist. In diesem Falle belastet das

Versprechen den Nachlaß als Nachlaßverbindlichkeit, findet aber zugleich Ausgleichung statt. Ebenso wird zu entscheiden sein, wenn einer Tochter des Erblassers schon kraft Gesetzes der im § 1620 bestimmte und bis zum Erbfall unerfüllt gebliebene Anspruch auf Gewährung einer Aussteuer zukommt.

b) Eine besondere Vorschrift wird im Abs. 2 für zwei Arten von Zuwendungen gegeben, die im Leben von besonderer Wichtigkeit sind und bezüglich deren im bisherigen Rechte vielfach Zweifel bestanden. Es sollen

α) **Zuschüsse zu den Einkünften eines Abkömmlings** und

β) **Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf**

insoweit zur Ausgleichung gebracht werden, als sie (gleichviel, ob sie unter α oder unter β fallen) das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß übersteigen haben.

Diese vermittelnde Behandlung hat ihren inneren Grund bezüglich der zu α bezeichneten Zuwendungen darin, daß diejenigen Abkömmlinge, welche solche Zuwendungen nicht erhalten haben, in der Regel entweder im Hause des Erblassers unterhalten worden sind oder vermöge günstigerer Vermögenslage oder geringerer Bedürfnisse der elterlichen Unterstützung entraten konnten. Bezüglich der Kosten der Berufsvorbildung aber rechtfertigt sich die Vorschrift durch die Erwägung, daß insbesondere mit Rücksicht auf die verschiedene geistige Beanlagung nicht jede Begünstigung eines Kindes in der Ausbildung als unbillige Bevorzugung vor den anderen erscheint. Nur soweit Zuwendungen der einen oder der anderen Art über die Verhältnisse des Erblassers hinausgegangen sind, würde es der Billigkeit zuwiderlaufen, wenn nicht bei der Erbteilung eine Ausgleichung stattfände. Ob dieser Fall vorliegt, ist nach der Vermögenslage des Erblassers zur Zeit der Zuwendung frei zu beurteilen. Ob die Zuwendung aus dem Stamme des Vermögens oder aus den Einkünften des Erblassers erfolgte, ist nicht schlechthin entscheidend, wenngleich die Tatsache, daß der Erblasser sein Stammvermögen angegriffen hat, meist darauf hindeuten wird, daß er über seine Verhältnisse hinausgegangen ist. Es kann auch nicht mit Endemann (Bd. III § 112 Anm. 26) nur darauf abgestellt werden, ob dem Erblasser die bereiten Mittel fehlen würden, wenn er alle (erbberechtigten) Abkömmlinge in gleichem Maße versorgen wollte. Allerdings muß nach dem Grundgedanken der Ausgleichung die Frage, in wieviel und welche Teile der Nachlaß künftig bei gesetzlicher Erbfolge zerfallen wird, mit berücksichtigt und es darf nicht ausschließlich danach entschieden werden, ob der Erblasser und seine Angehörigen infolge der Zuwendung in ihrer Lebenshaltung beeinträchtigt worden sind. Es muß aber auch mit in Betracht gezogen werden, ob zur Zeit der Zuwendung das gleiche Bedürfnis oder doch die Möglichkeit seines Eintritts bestanden hat oder nicht. Wenn z. B. ein Vater, der aus zweiter Ehe zwei noch im Kindesalter stehende Töchter hat, seiner verheirateten Tochter erster Ehe einen jährlichen Zuschuß zahlt, so wird dieser Zuschuß nicht deswegen ausgleichungspflichtig, weil der Vater nicht imstande sein würde, auch den beiden jüngeren Töchtern, wenn diese schon erwachsen und verheiratet wären, gleichzeitig denselben Zuschuß zu gewähren. Die Ausgleichung ist vielmehr ausgeschlossen, wenn sich zur Zeit der Zuwendung annehmen ließ, daß der Vater später, wenn das entsprechende Bedürfnis bei den jüngeren Kindern eingetreten und bei dem älteren Kinde erloschen wäre, in der Lage sein würde, für die jüngeren Kinder in gleicher Weise zu sorgen, wie er es für das ältere Kind getan hat; ob dies durch den Tod oder Vermögensverfall des Vaters vereitelt worden ist, kommt nicht in Betracht. Feste Regeln lassen sich schwer aufstellen. Hervorzuheben ist nur, daß nicht etwa neben den Vermögensverhältnissen des Erblassers noch andere Umstände wie die größere Bedürftigkeit oder Würdigkeit eines Kindes oder die verschiedene Lebensstellung der Geschwister zu berücksichtigen sind.

Als Beispiele für die oben unter α bezeichneten Zuschüsse lassen sich neben der schon angeführten Unterstützung an eine verheiratete Tochter bzw. deren Ehemann noch anführen die Zulage eines Offiziers und die Unterstützung eines jungen Kaufmanns oder Beamten. Entscheidend ist der Zweck der Zuschüsse, als Einkommen verwendet zu werden (vgl. Erl. 2 zu § 1521); ob der begünstigte Abkömmling von den Zuschüssen Ersparnisse gemacht hat, ist ohne Bedeutung. Gleichgültig ist auch, ob es sich um eine fortlaufende oder um eine einmalige Zuwendung handelt. Zu den Aufwendungen für die Berufsvorbildung gehören Lehrgeld, Studienkosten, Promotionskosten und der Unterhalt während der Zeit eines Vorbereitungsdienstes. Nicht einbegriffen sind einerseits die allgemeinen Erziehungskosten und andererseits solche Aufwendungen, die nicht den Erwerb der persönlichen Eigenschaften für den Beruf, sondern unmittelbar die Erlangung einer Berufsstellung bezwecken wie eine Amtskaution oder Offiziersequipierung.

Das Verhältnis der soeben besprochenen Zuwendungen des Abs. 2 zur Ausstattung (Abs. 1) wird in der Literatur verschieden beurteilt. In der zweiten Kommission wurde die Frage zur Sprache gebracht aber nicht erledigt, sondern absichtlich offen gelassen (vgl. P. II Bd. 5 S. 890). Einzelne Schriftsteller unterstellen die Zuwendungen des Abs. 2 schlechthin dem Begriff der Ausstattung und erblicken daher in der Bestimmung des Abs. 2 eine Einschränkung des Abs. 1 (so Binder III S. 144, 165). Andere (z. B. v. Jacubezky a. a. O.) nehmen an, daß die Zuwendungen des Abs. 2 keinesfalls unter den Begriff der Ausstattung gebracht werden können. Nach einer dritten Ansicht, der beizustimmen sein dürfte, fallen die Zuwendungen des Abs. 2 zwar nicht durchaus unter den Begriff der Ausstattung, können sie aber doch unter Umständen darunter fallen, und ergibt sich, soweit dies zutrifft, dann allerdings eine Einschränkung des Abs. 1 durch Abs. 2 (vgl. Strohal I § 13 bei Anm. 16). Hatte ein Vater z. B. seiner verheirateten Tochter zur Erhaltung der Wirtschaft (also doch wohl als Ausstattung) jährliche Zuschüsse gewährt, so würden diese, wenn die Tochter später mit ihren Geschwistern zur gesetzlichen Erbfolge gelangt, von ihr bei der Behandlung nach Abs. 1 vollständig zur Ausgleichung zu bringen sein, wogegen sie zufolge der in Abs. 2 bestimmten Einschränkung nur insoweit der Ausgleichung unterliegen, als sie das daselbst bezeichnete Maß überstiegen haben. Praktisch führen übrigens in diesem Punkte alle vorhin angeführten Auffassungen zu demselben Ergebnisse.

c) Hat ein Abkömmling eine Zuwendung der in Abs. 1, 2 bezeichneten Art zwar aus der Hand des Erblassers aber als Zuwendung eines Dritten erhalten, also etwa in Erfüllung eines dem Erblasser auferlegten Vermächtnisses oder einer ihm bei einer Schenkung gemachten Auflage (vgl. Schiffner § 25 Anm. 4, s. auch M. V S. 704), so unterliegt sie selbstverständlich nicht der Ausgleichung (vgl. auch Erl. 1 zu § 2054).

d) Über die nicht schon kraft Gesetzes sondern nur zufolge besonderer Anordnung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen vgl. Erl. 4b.

3. Die Art und Weise, wie die Ausgleichung zu vollziehen ist, wird im § 2055 geregelt (s. die dortigen Erl. und die Vorbm. zu §§ 2050—2057 Nr. 2). Im § 2050 Abs. 1 ist nur bestimmt, daß die Ausgleichung **bei der Auseinandersetzung** zu erfolgen hat. Bezüglich der Frage, ob die Miterben die Ausgleichung im Wege der Vereinbarung nicht schon vor der vollständigen Auseinandersetzung durchführen können, vgl. Erl. 4 zu § 2055. Ist die Ausgleichung bei der Auseinandersetzung übersehen worden, so steht, soweit nicht die Auseinandersetzung anfechtbar ist, den benachteiligten Erben gegen den begünstigten Miterben die Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung offen (P. II Bd. 5 S. 894; D. S. 730). Ob in der Nichtgeltendmachung des Anspruchs auf die Ausgleichung bei der Auseinandersetzung ein Verzicht auf die Ausgleichung zu erblicken, ist eine Tatfrage, die jedoch bei einem förmlich abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrag in der Regel zu bejahen sein wird (vgl. M. V S. 700).

4. Da die Ausgleichung auf dem vermuteten Willen des Erblassers beruht, ist für **Anordnungen des Erblassers** weiter Spielraum gelassen.

a) Der Erblasser kann bestimmen, daß eine kraft Gesetzes ausgleichungspflichtige Zuwendung nicht zur Ausgleichung zu bringen ist. Da dies nur im Abs. 1 für die Ausstattung besonders gesagt ist, so ist der Zweifel entstanden, ob der Erblasser auch die Ausgleichung der im Abs. 2 bezeichneten Zuwendungen erlassen kann, soweit diese überhaupt ausgleichungspflichtig sind. Die Frage ist sicherlich zu bejahen und zwar selbst dann, wenn man die Zuwendungen des Abs. 2 durch den Begriff der Ausstattung überhaupt nicht oder doch nicht vollständig für gedeckt ansieht. Denn es würde nicht zu verstehen sein, wenn der Erblasser, der bei der Aussteuer der Tochter und bei sonstigen größeren Kapitalaufwendungen die Ausgleichung erlassen kann, auch wenn er bei der Zuwendung über seine Verhältnisse hinausgegangen ist, nicht die gleiche Befugnis hinsichtlich der meist aus den Einkünften entnommenen Zuwendungen nach Abs. 2 haben sollte, die doch offenbar vom Gesetze vor anderen Zuwendungen begünstigt werden. Für das Recht des Erblassers, auch bei Zuwendungen nach Abs. 2 die Ausgleichung auszuschließen, spricht auch die Fassung, in der die dem jetzigen § 2050 Abs. 1, 2 entsprechende Vorschrift von der zweiten Kommission ursprünglich angenommen worden ist (vgl. die Anträge 1, 4 in den P. II Bd. 5 S. 889, 890 und die vorl. Zstlg. der Beschlüsse S. 1301). Daß die spätere Zerlegung der Vorschrift in die jetzigen beiden Absätze eine Änderung in diesem Punkte bezweckt habe, geht aus den Materialien nicht hervor und läßt sich auch auf dem Wege des von Schiffner versuchten Rückschlusses aus § 2316 Abs. 3 nicht dartun. Denn wie man die zuletzt bezeichnete Bestimmung auch auslegen mag (vgl. darüber vorläufig Küntzel bei Gruch. Bd. 41 S. 630),

so ist aus ihr doch ein Ergebnis für die Auslegung des § 2050 schon deshalb nicht zu gewinnen, weil es sich im Falle des § 2316 Abs. 3 um eine auf zwingendem Rechte beruhende, pflichtteilsrechtliche Vorschrift handelt, bei der Erbenausgleichung nach Maßgabe der §§ 2050—2056 dagegen um dispositives Recht (vgl. besonders § 2052), dessen Anwendung vom Erblasser immer ausgeschlossen werden kann. Zu dem gleichen Ergebnis gelangen auch Strohal I § 13 Anm. 18; Küntzel a. a. O. S. 630; Hachenburg S. 718; Eck-Leonhard S. 63; Binder III S. 144, 148; Kreß S. 215 Anm. 25; Dernburg V § 184 bei Anm. 10 (wo übrigens Binders auf die Pflichtteilsberechnung nach § 2316 Abs. 3 sich beziehende Ausführung irrtümlich auf die Erbenausgleichung nach § 2050 bezogen wird; a. A. Schiffner § 21).

b) Der Erblasser kann nach Abs. 3 auch bezüglich anderer als der in den Abs. 1, 2 bezeichneten Zuwendungen, die er einem miterbenden Abkömmling unter Lebenden gemacht hat, anordnen, daß sie zur Ausgleichung zu bringen sind. Die hier in Frage kommenden Zuwendungen werden regelmäßig Schenkungen sein. Allein der Begriff der Zuwendung ist doch weiter als der der Schenkung (vgl. R. V S. 704; RG. in Seuff. Bl. 68 S. 422, JW. 1902 S. 266, DJZ. 1902 S. 509; dazu Hafner in JW. 1902 S. 495; Meyer im Recht 1900 S. 256, 514). Man denke z. B. daran, daß der Vater Spielschulden seines Sohnes bezahlt, ohne daß es dabei zu einer Einigung nach § 516 kommt (vgl. Meyer a. a. O. S. 514). Hierher gehören ferner Zuwendungen der im Abs. 2 von § 2050 bezeichneten Art, soweit sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß nicht übersteigen und in ihrer Gewährung zum mindesten die Erfüllung einer sittlichen Pflicht erblickt werden kann. Daß der Erblasser aber auch bezüglich der genannten Zuwendungen wirksam die Ausgleichung anordnen kann, ist mit Rücksicht auf den dispositiven Charakter der Ausgleichungsvorschriften (pflichtteilsrechtliche Normen kommen hier nicht in Frage) nicht zu bezweifeln (vgl. übrigens die a. E. der Literaturübersicht auf S. 289 bezeichneten Aufsätze).

Hat der Erblasser hinsichtlich eines von ihm einem Abkömmling gewährten „Darlehens" bestimmt, daß es vom Empfänger zur Ausgleichung gebracht werden müsse, so kann das verschiedene Bedeutung haben. Die Umstände des Falles können zur Annahme führen, daß eine Rückzahlung des Kapitals überhaupt nicht in Frage kommen, sondern daß lediglich das Recht der Erbenausgleichung maßgebend sein soll; dann liegt in Wahrheit eine unentgeltliche Zuwendung vor (die als solche auch durch Befreiungsvermächtnis vermittelt sein kann; vgl. dazu die Ausführung des folgenden Absatzes). Handelt es sich dagegen um ein wirkliches (und auch durch Befreiungsvermächtnis nicht erlassenes) Darlehen, so können die Vorschriften über die Ausgleichung im technischen Sinne, insbesondere die des § 2056 nicht schlechthin durchgreifen; doch findet die Forderung des Nachlasses gegen den Miterben hier allerdings entsprechende Berücksichtigung durch Anrechnung auf den Erbteil (vgl. RG. a. a. O. in teilweisem Gegensatz zu Rspr. 4 S. 438) und wird eine Einziehung der Forderung vor der Auseinandersetzung mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers als ausgeschlossen zu betrachten sein.

Obschon letztwillige Zuwendungen der Ausgleichung im technischen Sinne nicht unterliegen, und obschon sich auch § 2050 Abs. 3 nur auf Zuwendungen unter Lebenden bezieht, so ist die vom Erblasser letztwillig getroffene Anordnung, daß ein Abkömmling ein ihm hinterlassenes Vermächtnis zur Ausgleichung zu bringen habe, doch nicht bedeutungslos. Hierin liegt eine vom Erblasser für den Fall, daß der Abkömmling das Vermächtnis annimmt, getroffene Teilungsanordnung (§ 2048), zufolge deren sich der Abkömmling bei der Auseinandersetzung den Wert des vermachten Gegenstandes auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß.

c) Soweit eine Zuwendung des Erblassers von der in § 2050 Abs. 1 und 2 bestimmten Art nach der Dispositivvorschrift des § 2053 nicht zur Ausgleichung zu bringen ist, kann sie der Erblasser für den Fall, daß der Empfänger doch zur Erbfolge gelangt (vgl. aber doch auch Erl. 4 zu § 2053), nach Maßgabe der genannten Bestimmung der Ausgleichung unterwerfen.

d) Sowohl der Erlaß einer gesetzlichen Ausgleichungspflicht als auch die Begründung einer nicht kraft Gesetzes bestehenden Ausgleichungspflicht durch Anordnung des Erblassers kann schon bei der Zuwendung (vgl. § 2050 Abs. 1, 3, § 2053) und zwar in diesem Falle formlos erfolgen (R. V S. 703, 709). Die Absicht des Erblassers braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, sie kann möglicherweise auch aus den Umständen mit hinreichender Sicherheit zu erschließen sein. Sicherlich können aber, obschon das Gesetz dies nicht besonders hervorhebt, die bezeichneten Anordnungen unbeschadet der in Frage kommenden Pflichtteilsberechtigungen auch durch letztwillige Verfügung getroffen werden. Dies ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem dispositiven Charakter der die gesetzliche Ausgleichung betreffenden Vor-

§. 2051. Fällt ein Abkömmling, der als Erbe zur Ausgleichung verpflichtet sein würde, vor oder nach dem Erbfalle weg, so ist wegen der ihm gemachten Zuwendungen der an seine Stelle tretende Abkömmling zur Ausgleichung verpflichtet.

Hat der Erblasser für den wegfallenden Abkömmling einen Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser nicht mehr erhalten soll, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten würde.

---

schriften (vgl. auch hier § 2052). Insbesondere ist in der Anordnung eines Vorausvermächtnisses, die ausgesprochenermaßen zum Zwecke der Ausgleichung erfolgt, der Erlaß der gesetzlichen Ausgleichungspflicht zu erblicken. Dagegen ist eine nicht sogleich bei der Zuwendung, sondern erst später einseitig oder vertragsmäßig getroffene Anordnung unter Lebenden wirkungslos. So auch Endemann III § 112 Anm. 6; Strohal I § 13 Anm. 18 a. E. und Anm. 19; Binder III S. 167 Anm. 172; a. A. Hachenburg S. 717 und Dernburg V § 184 Anm. 13, der annimmt, daß durch einen zwischen dem Erblasser und dem Empfänger nach der Zuwendung geschlossenen obligatorischen Vertrag des Inhalts, daß der Vorempfang der Ausgleichung nicht unterliegen solle, die übrigen Erben wirksam verpflichtet werden, von der Ausgleichung abzusehen. Dem ist zu widersprechen. Denn es ist nicht abzusehen, wie die übrigen Miterben durch einen Vertrag, an dem sie nicht teilgenommen haben, dem Empfänger gegenüber sollten verpflichtet werden können. Die von Dernburg angenommene Verpflichtung der übrigen Erben müßte übrigens selbst dann geleugnet werden, wenn der Erblasser einen obligatorischen Vertrag des angegebenen Inhalts mit ihnen selbst geschlossen hätte. Denn es handelt sich dabei materiell um ein Rechtsgeschäft von Todes wegen (vgl. auch Binder a. a. O.). Wohl aber ist es als möglich zu erachten, daß die eventuellen Miterben des Empfängers einer der Ausgleichung unterliegenden Zuwendung in der Form des (mit dem Erblasser abzuschließenden) Erbverzichts (§§ 2346 ff.) in die darin, daß die Zuwendung trotzdem nicht zur Ausgleichung gebracht werden soll, liegende Abschwächung ihres Erbrechts einwilligen. Desgleichen wird der Empfänger einer Zuwendung, die der Ausgleichung nicht unterliegt, sich rücksichtlich ihrer auf dem Wege des Erbverzichts nachträglich noch der Ausgleichung unterwerfen können (vgl. Strohal I § 13 Anm. 19).

e) Wegen der Anordnung des Erblassers über den anzurechnenden Wert einer Zuwendung s. Erl. 2 zu § 2055.

f) Der Abs. 3 wird von Hachenburg (S. 717) dahin ausgelegt, daß der Erblasser eine Ausgleichung auch unter anderen Erben als Abkömmlingen, z. B. bei dem Zusammentreffen des Ehegatten mit den Eltern, anordnen könne. Da das BGB. die Rechtseinrichtung der Ausgleichung nur für die Erbfolge der Abkömmlinge aufgenommen hat, so ist ein solcher Satz aus § 2050 jedenfalls nicht abzuleiten. Trotzdem wird eine Anordnung des fraglichen Inhalts für wirksam zu erachten sein, da der Erblasser mit ihr im Grunde nur das Maß dessen bestimmt, was jeder Miterbe aus dem Nachlaß erhalten soll. Es wird auch eine entsprechende Anwendung der in den §§ 2050 ff. enthaltenen Vorschriften, insbesondere des § 2051 Abs. 3 und des § 2055, nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers keinem Bedenken unterliegen.

§ 2051.

E. I § 2160; II § 1924 rev. § 2028; III § 2026. P. I E. 11244, 11253, 11261 ff., 11452; M. V E. 704 ff. P. II Bd. 5 E. 892 f.; Bd. 6 E. 340 ff. D. E. 729.

Ausgleichungspflicht ohne eigenen Empfang.

1. Der Abs. 1 enthält einen im gem. Rechte sehr bestrittenen, in den neueren Gesetzgebungen aber überwiegend anerkannten Rechtssatz. Der Grund für die Vorschrift liegt nicht etwa in einer Repräsentation des weggefallenen durch den an seine Stelle tretenden Abkömmling, sondern in der gleichen Behandlung der mehreren Erbstämme, die es billig und dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprechend erscheinen läßt, daß eine bestehende Ausgleichungspflicht nicht durch den Wegfall des mit der Zuwendung bedachten Abkömmlings erlischt. Ohne eine solche Vorschrift würde der Eintritt der Ausgleichung vielfach von zufälligen Begebenheiten abhängig sein und durch eine Ausschlagung des Empfängers der Zuwendung zugunsten seiner Kinder sogar böslich vereitelt werden können. Vgl. auch Hellmann Krit. Viert. 39 S. 230 f. und Küntzel bei Gruch. 41 S. 810 ff.

Die Gründe, aus denen ein gesetzlicher Erbe vor oder nach dem Erbfalle wegfallen kann, sind in den Erl. 1, 2 zu § 1935 angegeben (§ 1924 Abs. 3, § 1938, § 2346 Abs. 1, § 1953

Abs. 2, § 2344 Abs. 2, § 1923 Abs. 2). Der an die Stelle des Weggefallenen tretende Abkömmling kann ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des weggefallenen Erben sein; die Vorschrift greift mithin auch dann ein, wenn z. B. neben einem Sohne des Erblassers von einem verstorbenen anderen Sohne zwei Enkel vorhanden waren, von denen einer nach dem Tode seines Vaters (§ 2053) eine Ausstattung erhalten hatte, und wenn nun dieser ausgestattete Enkel wegfällt, so daß sein Bruder an seine Stelle tritt. Es macht hiernach keinen Unterschied, ob der an die Stelle tretende Abkömmling durch den Wegfall des anderen überhaupt erst Erbe wird, oder ob sich sein gesetzlicher Erbteil nur erhöht. Im letzteren Falle greift § 1935 ein und gilt demgemäß der Teil, um welchen sich der Erbteil eines anderen gesetzlichen Erben erhöht, in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil (vgl. auch Erl. 2). Ob der an die Stelle des Weggefallenen tretende Abkömmling dessen Erbe geworden ist oder in anderer Weise etwas von der Zuwendung erhalten hat, ist in allen Fällen des § 2051 gleichgültig. Nur scheinbar anders die in Erl. 4b zu § 2050 erwähnte RGE., bei der es sich um die Ausgleichung einer Zuwendung im Sinne des § 2050 überhaupt nicht handelt.

Von der Vorschrift des § 2051 nicht betroffen wird der Fall, wenn ein zur Ausgleichung verpflichteter Abkömmling stirbt, nachdem er (endgültig, s. §§ 1952, 1953) Erbe geworden ist, bevor es jedoch zur Auseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses gekommen ist. In diesem Falle geht natürlich die Ausgleichungspflicht auf seine Erben über, gleichviel ob sie Abkömmlinge des ersten Erblassers sind oder nicht.

Treten mehrere andere an die Stelle des weggefallenen Abkömmlinges, so haben sie alle nach dem Verhältnis ihrer Erbteile die jenem gemachte Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen. Wenn jedoch die Folge des Wegfalls die ist, daß sich die Erbteile aller neben dem weggefallenen Abkömmlinge berufenen Erben verhältnismäßig erhöhen, so unterbleibt die Ausgleichung, da sie in diesem Falle nur eine an dem Ergebnisse nichts ändernde rechnerische Operation sein würde.

Die Vorschrift des Abs. 1 findet nach § 2327 Abs. 2 bei der Ergänzung des Pflichtteils entsprechende Anwendung.

2. Erhöhung des gesetzlichen Erbteils. Schon in Erl. 1 ist auf den Zusammenhang des Abs. 1 mit der Vorschrift des § 1935 aufmerksam gemacht worden. Er ist hier noch genauer zu verfolgen. Dabei sind zwei Möglichkeiten auseinanderzuhalten.

a) Ist derjenige Erbteil, um welchen sich der Erbteil eines zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden Miterben erhöht, mit einer Ausgleichungspflicht belastet, so kommt der ursprüngliche Erbteil für den Umfang der den Miterben treffenden Ausgleichungspflicht nicht in Betracht, der Miterbe ist vielmehr nur in dem Maße ausgleichungspflichtig, als der Weggefallene im Falle des durch ihn erfolgten Erwerbs des frei gewordenen Erbteils es selbst gewesen wäre (vgl. besonders § 2056).

b) War dagegen umgekehrt der ursprüngliche Erbteil eines gesetzlichen Erben mit einer Ausgleichungspflicht belastet, so wird nach § 1935 an deren Umfang dadurch nichts geändert, daß sich der bezeichnete Erbteil um den Anteil eines weggefallenen eventuellen Miterben erhöht. Kein Fall des § 1935 liegt dagegen vor, wenn ein von einem bereits verstorbenen Sohne des Erblassers abstammender Enkel desselben zu einer Zeit, in der auch dessen Geschwister ohne Hinterlassung von Abkömmlingen bereits gestorben waren, eine der Ausgleichung unterliegende Zuwendung vom Erblasser erhält und dann zugleich mit seinem Oheim zur gesetzlichen Erbfolge gelangt. Denn bei der vorausgesetzten Sachlage war die Erhöhung desjenigen Erbteils, welchen der Enkel erhalten haben würde, dafern seine Geschwister am Leben geblieben wären und mitgeerbt hätten, zur Zeit des Empfanges der auszugleichenden Zuwendung bereits erfolgt, und kann dem Enkel die Begünstigung des § 1935 deshalb nicht zustatten kommen (vgl. auch Strohal I § 15 bei Anm. 11).

Über die eigenartigen Fälle, in denen der für die Zeit vor dem Erbfall in Betracht kommende Erbteil eines ausgleichungspflichtigen Abkömmlings später durch Hinzutreten anderer eventueller gesetzlicher Erben eine Herabsetzung, dann aber wieder durch den Wegfall eben dieser Erben eine Erhöhung erfährt, vgl. einerseits Cosack II § 390 Nr. IV 4, andererseits Strohal I § 15 bei Anm. 12—15. Bei Beurteilung dieser Fälle ist übrigens noch zu beachten, daß die Vorschriften über die Ausgleichung nicht zwingenden Rechtes sind und daß auch der aus den Umständen zu erschließende Wille des Erblassers zur Geltung zu bringen ist. Die von Dernburg V § 183 Anm. 4 registrierte Meinung wird weder von Strohal (der sie nicht einmal erwähnt) noch von Cosack (der sie nur erwähnt, um sie zurückzuweisen) vertreten.

§. 2052. Hat der Erblasser die Abkömmlinge auf dasjenige als Erben eingesetzt, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder hat er ihre Erbtheile so bestimmt, daß sie zu einander in demselben Verhältnisse stehen wie die gesetzlichen Erbtheile, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Abkömmlinge nach den §§. 2050, 2051 zur Ausgleichung verpflichtet sein sollen.

---

3. Der von der zweiten Kommission aufgenommene Abs. 2 enthält eine Auslegungsregel, welche zunächst den Zweck hat, die für die gesetzliche Erbfolge der Abkömmlinge geltenden Grundsätze über die Ausgleichung auf den Fall des Eintritts eines Ersatzerben (§ 2096) so weit zu übertragen, als dies dem anzunehmenden Willen des Erblassers entspricht. Da die Ausgleichungspflicht auf dem Erbteile ruht, soll sie durch den Wegfall des mit ihr belasteten zunächst berufenen Erben nicht zum Schaden der Miterben erlöschen und soll andererseits der Ersatzerbe nicht mehr erhalten, als der weggefallene Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten haben würde. An den Vorteilen der Ausgleichung nimmt der Ersatzerbe als solcher nicht teil, d. h. er hat grundsätzlich kein Recht auf die Ausgleichung wegen der einem anderen Abkömmlinge gemachten Zuwendung. Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn der als Ersatzerbe für den weggefallenen Abkömmling Berufene auch schon kraft gesetzlichen Erbrechts an dessen Stelle getreten sein würde (vgl. auch § 2052). Selbst wenn der Ersatzerbe ein extraneus ist, kann ferner aus der Anordnung des Erblassers zu entnehmen sein, daß jener auch an dem Vorteil der Ausgleichung beteiligt sein soll (vgl. auch P. II Bd. 6 S. 341).

§ 2052.

E. II § 1925 rev. § 2029; III § 2027. P. II Bd. 5 S. 891 f. D. S. 729.

Ausgleichung bei gewillkürter Erbfolge.

1. Die Frage, ob eine Ausgleichung unter den Abkömmlingen auch dann stattfindet, wenn diese durch Verfügung von Todes wegen als Erben eingesetzt sind, wurde in den bisherigen Rechten verschieden beantwortet. Die zweite Kommission hat daran festgehalten, daß die Ausgleichung bei der Erbeinsetzung der Abkömmlinge grundsätzlich nicht eintreten darf, weil eine kraft Gesetzes bestehende Ausgleichungspflicht hier die Gefahr mit sich bringen würde, die Absichten des Erblassers zu durchkreuzen, indem dieser entweder die Ausgleichung nicht wollen oder deren Ziel durch Verfügungen, die er unter Lebenden oder von Todes wegen getroffen hat, schon erreicht haben kann (vgl. Jacubezky S. 338 f.). Im Anschluß an das gem. Recht und die herrschende Ansicht im preußischen Rechte ist jedoch im § 2052 (anders noch E. I und M. V S. 699) eine Ausnahme dahin gemacht, daß die Ausgleichung unter den zu Miterben eingesetzten Abkömmlingen im Wege einer Auslegungsregel für diejenigen Fälle vorgeschrieben wird, in welchen der Erblasser seinen Abkömmlingen den Nachlaß oder einen Teil desselben nach dem gleichen Verhältnisse zugewendet hat, wie sie ihn als gesetzliche Erben erhalten haben würden. Hält der Erblasser in dieser Weise an der nach dem Gesetze bestehenden Gleichstellung der Abkömmlinge fest, so ist zu vermuten, daß er auch in Ansehung der zur Verwirklichung dieser Gleichstellung dienenden Ausgleichungspflicht nicht von dem hat abweichen wollen, was bei der gesetzlichen Erbfolge gilt.

2. Die Ausgleichung unter den eingesetzten Abkömmlingen findet nach § 2052 sowohl dann statt, wenn die Einsetzung gradezu auf die gesetzlichen Erbteile erfolgt ist, als auch dann, wenn die Erbteile so bestimmt sind, daß sie zueinander in demselben Verhältnisse stehen wie die gesetzlichen Erbteile. Der letztere Fall umfaßt außer der Einsetzung auf geringere Erbteile, also neben anderen Personen, auch die Einsetzung auf größere als die gesetzlichen Erbteile bei Ausschließung eines Abkömmlinges von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938). Eine Erbeinsetzung wie sie § 2052 voraussetzt, kann gemäß § 2066 auch ohne ausdrückliche Bestimmung der Erbteile vorliegen. Ob sie durch Testament oder Erbvertrag erfolgt, ist gleichgültig, es genügt auch die Einsetzung der Abkömmlinge als Ersatzerben (P. II Bd. 6 S. 341). Der § 2052 enthält, wie schon bemerkt, nur eine Auslegungsregel; der Beweis, daß der Erblasser die Ausgleichung nicht gewollt hat, kann aus dem gesamten Inhalte der Verfügung und aus anderen Umständen erbracht werden. Diesem Charakter der Vorschrift entsprechend kommen auch diejenigen Sätze der §§ 2050, 2051, welche an sich Dispositivbestimmungen sind (§ 2050 Abs. 1, 2, § 2051 Abs. 1) hier nur insoweit zur Anwendung, als sie dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen. Hat der Erblasser ferner in einem Falle, wo die Auslegungsregel des § 2052

§. 2053. Eine Zuwendung, die ein entfernterer Abkömmling vor dem Wegfalle des ihn von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlinges oder ein an die Stelle eines Abkömmlinges als Ersatzerbe tretender Abkömmling von dem Erblasser erhalten hat, ist nicht zur Ausgleichung zu bringen, es sei denn, daß der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat.

Das Gleiche gilt, wenn ein Abkömmling, bevor er die rechtliche Stellung eines solchen erlangt hatte, eine Zuwendung von dem Erblasser erhalten hat.

---

durchgreift, für einen weggefallenen Abkömmling einen fremden Ersatzerben eingesetzt, so ist doch noch immer selbständig zu prüfen, ob in Ansehung des fremden Ersatzerben die Auslegungsregel des § 2051 Abs. 2 zur Anwendung zu bringen ist.

3. In den Fällen des § 2052 ist, wenn der Erbteil eines Abkömmlings infolge des Wegfalls eines anderen Abkömmlings **durch Anwachsung vergrößert wird**, nach der, dem auf die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils sich beziehenden § 1935 entsprechenden Vorschrift des § 2095 der hinzukommende Erbteil hinsichtlich der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil zu behandeln (vgl. auch Erl. 2 zu § 2051 und Erl. 4 zu § 2056).

§ 2053.

E. I § 2161; II § 1926 rev. § 2030; III § 2028. M. I E. 11261 ff.; M. V E. 706 f. P. II Bd. 5 E. 892 f.; Bd. 6 E. 340 ff. D. E. 729.

Eigener Empfang ohne Ausgleichungspflicht.

1. Der § 2053 entscheidet im Abs. 1 eine gemeinrechtliche Streitfrage, und zwar in dem Sinne, in welchem sie bereits das preuß. ALR. (II 2 § 363) gelöst hat, während der code civ. (art. 846) und das sächs. GB. (§ 2358) den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen haben. Erhält ein entfernterer Abkömmling zu einer Zeit, in der er bei sofortigem Eintritt des Erbfalls wegen des Dazwischenstehens des näheren Abkömmlinges nicht unmittelbar zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würde (§ 1924 Abs. 2), insbesondere also ein Enkel bei Lebzeiten des Sohnes oder der Tochter, vom Erblasser eine Zuwendung, so ist nach der Auffassung des Gesetzes regelmäßig die Annahme begründet, daß die Zuwendung vorbehaltlos erfolgen soll. Es wird als unwahrscheinlich erachtet, daß der Erblasser erst später eintretende Möglichkeiten berücksichtigt wissen will, und als Regel angenommen, daß er von den Verhältnissen zur Zeit der Zuwendung ausgeht und sich daher den entfernteren Abkömmling nicht als künftigen Erben vorstellt. Demgemäß bestimmt § 2053, daß eine derartige Zuwendung nicht zur Ausgleichung zu bringen ist, wenn später der nähere Abkömmling vor oder nach dem Erbfalle wegfällt (s. Erl. 1 zu § 2051, Erl. 1 und 2 zu § 1935) und der mit der Zuwendung bedachte entferntere Abkömmling an seine Stelle tritt. Eine gegenteilige Anordnung des Erblassers ist natürlich zu beachten. Andererseits bedarf es aber auch einer solchen Anordnung, um den § 2053 auszuschließen; die Vorschrift ist ein Dispositivsatz, nicht eine Auslegungsregel. Vermöge des § 2069 ist sie auch bei Erbeinsetzung der Abkömmlinge (§ 2052) von Bedeutung. Von selbst versteht sich übrigens, daß eine Zuwendung an einen entfernteren Abkömmling auch nicht von dessen zur Erbfolge gelangendem Vorfahren zur Ausgleichung zu bringen ist (vgl. aber doch auch Erl. 4 a. E.).

Zweifelhaft ist, ob die Vorschrift auch dann zur Anwendung zu bringen ist, wenn zur Zeit der Zuwendung zwar der nähere Abkömmling noch nicht weggefallen war, der Erblasser aber dies irrtümlich annahm und deswegen den bedachten Abkömmling zu seinen nächsten gesetzlichen Erben zählte. Für die Anwendung der Vorschrift auch in diesem Falle scheint zu sprechen, daß diese keine Auslegungsregel, sondern ein Dispositivsatz ist; dagegen aber spricht, daß der Grund der Vorschrift auf dem vermutlichen Willen des Erblassers beruht und dieser in dem vorausgesetzten Falle den Eintritt der gesetzlichen Regel der Ausgleichung angenommen hat. Die letztere Erwägung rechtfertigt es, die gesetzliche Vorschrift selbst dahin auszulegen, daß bei den Worten „vor dem Wegfalle“ die subjektive Vorstellung des Erblassers zu berücksichtigen ist, was in dem fraglichen Falle dazu führt, daß die Ausgleichung stattfindet. So auch Strohal I § 14 und dort Berufene; ferner Herzfelder S. 304.

2. In gleicher Weise wie eine Zuwendung an einen entfernteren Abkömmling wird eine Zuwendung behandelt, die ein Abkömmling, der als Ersatzerbe (§ 2096) an die Stelle eines anderen Abkömmlinges tritt, vor dem Wegfalle des letzteren erhalten hat. Die dies zum Aus-

§. 2054. Eine Zuwendung, die aus dem Gesammtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnißgemeinschaft erfolgt, gilt als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht. Die Zuwendung gilt jedoch, wenn sie an einen Abkömmling erfolgt, der nur von einem der Ehe-

---

drucke bringenden Worte des Abs. 1 sind von der zweiten Kommission infolge der Erstreckung der Ausgleichung auf die gewillkürte Erbfolge (§ 2052) aufgenommen worden; sie enthalten nur eine durch diese Ausdehnung notwendig gewordene Erweiterung des im Abs. 1 ausgesprochenen Gedankens (vgl. auch Schiffner § 24 Anm. 27).

3. Im **Abs. 2** wird den im Abs. 1 behandelten Fällen der Fall gleichgestellt, wenn ein zur Erbfolge gelangender Abkömmling von dem Erblasser eine Zuwendung zu einer Zeit erhalten hat, zu welcher er noch nicht die rechtliche Stellung eines Abkömmlinges des Erblassers erlangt hatte. Es handelt sich um die Fälle der Legitimation durch nachfolgende Ehe (§ 1917) oder durch Ehelichkeitserklärung (§§ 1723 ff., 1736) und der Annahme an Kindesstatt (§§ 1741 ff., 1757, 1762). Der Grund der Vorschrift ist hier der gleiche wie im Abs. 1.

4. **Anordnung der Ausgleichung durch den Erblasser.** Für die Willenserklärung, mittels deren der Erblasser in den Fällen des § 2053 die Ausgleichung anordnet, gilt das gleiche wie für die Anordnungen nach § 2050 (s. dort Erl. 4); die Anordnung kann mithin bei der Zuwendung formlos, später aber nur letztwillig erfolgen. Nach dem Inhalt der Anordnung wird durch sie regelmäßig derjenige nähere Abkömmling unberührt bleiben, durch dessen Vorhandensein die unmittelbare Erbanwartschaft des Empfängers der Zuwendung ausgeschlossen war. Gelangt also der nähere Abkömmling selbst zur Erbfolge, so wird die vom entfernteren Abkömmling empfangene Zuwendung nicht zur Ausgleichung zu bringen sein, da die Wirksamkeit der in Frage kommenden Anordnung des Erblassers den Wegfall des bezeichneten näheren Abkömmlings zur regelmäßigen Voraussetzung hat. Die Möglichkeit, daß die vom entfernteren Abkömmling empfangene Zuwendung nach dem Willen des Erblassers auch dann zur Ausgleichung gebracht werde, wenn der nähere Abkömmling selbst Erbe wird, ist aber doch nicht als völlig ausgeschlossen zu betrachten. Ordnet der Erblasser z. B. letztwillig an, daß eine Ausstattung, die er seiner Enkelin gegeben hat, von demjenigen seiner Söhne, welcher der Vater dieser Enkelin ist, zur Ausgleichung zu bringen ist, so wird sich der zur Erbfolge gelangende bezeichnete Sohn (soweit nicht § 2306 Abs. 1 Satz 1 eingreift) dieser Anordnung fügen müssen. Als sicher wird ferner anzunehmen sein, daß der Vater der vom Großvater ausgestatteten Tochter, dafern er selbst zur Erbfolge gelangt, zur Ausgleichung dieser Ausstattung gehalten ist, wenn er in die hierin gelegene Abschwächung seines Erbrechts im Wege des Erbverzichts eingewilligt hat, während dasselbe Ergebnis nicht zu gewinnen sein wird, wenn er sich lediglich bei der weder direkt noch indirekt ihm sondern nur seiner Tochter gemachten Zuwendung formlos zur Übernahme der Ausgleichungspflicht bereit erklärt hat.

5. Durch § 2053 ist nicht auch der Fall getroffen, daß ein Abkömmling, der, abgesehen von dem gleich zu erwähnenden Umstande, bei sofort eintretender gesetzlicher Erbfolge unmittelbar als Erbe berufen sein würde, zur Zeit der Zuwendung durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen war (§ 1938). Hebt der Erblasser diese Verfügung später auf, und gelangt der ausgeschlossen gewesene Abkömmling neben anderen Abkömmlingen des Erblassers dann doch zur Erbfolge, so unterliegt die Zuwendung, dafern sie nur von der im § 2050 bestimmten Art war, doch der Ausgleichung (vgl. auch Cosack II § 390 Nr. II 1; Dernburg V § 185 bei Anm. 2).

§ 2054.

G. I § 2162; II § 1927 rev. § 2031; III § 2029. M. I S. 10222 ff., 11244, 11253 f., 11438; M. V S. 707 f. P. II Bd. 5 S. 893.

Ausgleichungspflichtige Zuwendungen aus gütergemeinschaftlichem Vermögen.]

1. Wird in den Fällen der ehelichen Gütergemeinschaft (allgem. GG., Errungenschaftsgem., Fahrnisgem.) einem Abkömmlinge der Ehegatten eine Zuwendung aus dem Gesamtgute gewährt, so würde, da die Gewährung stets durch den zu dieser Verfügung berechtigten Ehemann erfolgt, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift die Ausgleichung nur bei der Erbfolge in den Nachlaß des Mannes stattfinden. Dieses Ergebnis würde jedoch weder dem Wesen der Gütergemeinschaft noch dem Gedanken der Ausgleichungspflicht entsprechen. [Es wird daher,

gatten abstammt, oder wenn einer der Ehegatten wegen der Zuwendung zu dem Gesammtgut Ersatz zu leisten hat, als von diesem Ehegatten gemacht.

Diese Vorschriften finden auf eine Zuwendung aus dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung.

---

vorzugsweise im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 1465, 1538, 1549 vorgeschrieben, daß eine Zuwendung aus dem Gesamtgute, die an einen gemeinschaftlichen Abkömmling erfolgt ist, als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht gilt, während eine Zuwendung an einen einseitigen Abkömmling als von dessen Vater oder Mutter herrührend anzusehen ist. Diese Sätze greifen insoweit nicht ein, als wegen der Zuwendung einer der Ehegatten zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten hat, was bei der Ausstattung nach § 1465 wegen Übermaßes der Fall sein kann und bei einer Schenkung nach § 1456 Satz 2 in Verbindung mit § 1446 zutrifft. Soweit eine solche Ersatzpflicht besteht, muß der ersatzpflichtige Ehegatte als derjenige angesehen werden, welcher die Zuwendung gemacht hat. Ist beispielsweise einem gemeinschaftlichen Abkömmling aus dem Gesamtgut eine Ausstattung von 10000 gegeben, während der Größe des Gesamtguts nur eine solche von 8000 entsprochen haben würde, so gilt der Überschuß von 2000 als ausschließlich von dem Ehemanne gewährt, die übrigen 8000 dagegen werden je zur Hälfte unter beide Ehegatten verteilt (§ 1465 Abs. 1), mithin wird im Ergebnis angenommen, daß die Ausstattung in Höhe von 6000 vom Manne, und in Höhe von 4000 von der Frau gewährt ist. Wäre in dem gleichen Falle die Ausstattung einem einseitigen Kinde der Frau gegeben, so würde sie in Höhe von 2000 als von dem Manne und in Höhe von 8000 als von der Frau herstammend anzusehen sein, wenn jedoch die Frau ihre Zustimmung erteilt hat, in vollem Umfang als Zuwendung der Frau gelten.

Die Vorschrift des Satz 1 hat zur Folge, daß unter den gemeinschaftlichen Abkömmlingen eine aus dem Gesamtgute gewährte Zuwendung zweimal zur Ausgleichung zu bringen ist, nämlich regelmäßig je zur Hälfte bei der Beerbung jedes Elternteils. Bei der allgemeinen GG. wird jedoch diese zweimalige Ausgleichung in der Regel durch den Eintritt der fortgesetzten GG. verhindert (s. Erl. Nr. IV 2 zu § 1483).

2. Die im vorstehenden erläuterten Vorschriften finden nach Abs. 2 entsprechende Anwendung, wenn nach dem Tode eines Ehegatten die allgemeine GG. oder die Fahrnisgemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt (§§ 1483 ff., 1549, 1557) und nunmehr einem Abkömmling aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft eine Zuwendung gemacht wird. Soweit es sich um eine Ausstattung handelt, kommt hier die Vorschrift des § 1499 Nr. 3 in Betracht, aus der sich bei entsprechender Anwendung des Abs. 1 folgendes ergibt. Ist die Ausstattung einem am Gesamtgut anteilsberechtigten Abkömmlinge gewährt, so gilt sie als zur einen Hälfte von dem überlebenden Ehegatten, zur anderen Hälfte aber aus dem Anteile der Abkömmlinge gegeben, soweit sie nicht über das dem Gesamtgut entsprechende Maß hinausgeht und deswegen als Zuwendung des (ersatzpflichtigen) überlebenden Ehegatten anzusehen ist. Ist die Ausstattung einem nicht anteilsberechtigten Abkömmlinge gewährt, so gilt sie in voller Höhe als von dem überlebenden Ehegatten gegeben, wobei es keinen Unterschied macht, ob der bedachte Abkömmling ein gemeinschaftlicher ist, der gemäß §§ 1491, 1511 an der fortgesetzten GG. nicht teilnimmt, oder ein einseitiger Abkömmling des überlebenden Ehegatten. Bei anderen Zuwendungen als die Ausstattung besteht nach § 1487 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 1446, 1456 ohne Unterschied, ob sie einem anteilsberechtigten oder nicht anteilsberechtigten Abkömmlinge gemacht sind, in der Regel eine Ersatzpflicht des überlebenden Ehegatten gegenüber dem Gesamtgut und ist daher letzterer als der Geber anzusehen. Was nach diesen Grundsätzen als aus dem Anteile der Abkömmlinge am Gesamtgute gegeben gilt, wird bei der Auseinandersetzung nach der Beendigung der fortgesetzten GG. ausgeglichen (§ 1503 Abs. 2), was dagegen Zuwendung des überlebenden Ehegatten ist, kommt bei dessen Beerbung zur Ausgleichung. Vgl. im übrigen die Erl. zu § 1483 (Nr. IV 2), § 1499 (Nr. 4 c), § 1503 (Nr. 2—4).

3. Soweit nach § 2054 einer der Ehegatten als Geber der Ausstattung oder der sonstigen Zuwendung gilt, ist er dazu befugt, die Anordnungen zu treffen, durch die nach §§ 2050, 2053 die Ausgleichung erlassen bzw. vorgeschrieben werden kann.

4. Entsprechende Vorschriften wie im § 2054 für die Ausgleichung sind im § 2331 für die Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen aus dem Gesamtgut aufgestellt.

§. 2055. Bei der Auseinandersetzung wird jedem Miterben der Werth der Zuwendung, die er zur Ausgleichung zu bringen hat, auf seinen Erbtheil angerechnet. Der Werth der sämmtlichen Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, wird dem Nachlasse hinzugerechnet, soweit dieser den Miterben zukommt, unter denen die Ausgleichung stattfindet.

Der Werth bestimmt sich nach der Zeit, zu der die Zuwendung erfolgt ist.

---

§ 2055.

E. I § 2163; II § 1928 rev. § 2032; III § 2030. P. I E. 11267 ff., 11285 f.; M. V E. 706 f. P. II Bd. 5 E. 893 f. D. E. 730. RB. E. 2102.

Durchführung der Ausgleichung.

1. Die Ausgleichung erfolgt nach § 2055 grundsätzlich bei der **Auseinandersetzung** unter den Miterben (bezüglich des Gerichtsstandes vgl. CPO. § 27; dazu Bayer. ObLG. in Samml. 3 S. 556, auch Rspr. 6 S. 338 in der Anm.). Für ihre Durchführung (über die im allgemeinen bereits in Vorbm. zu den §§ 2050—2057 Nr. 2, 3 gehandelt worden ist) ist von entscheidender Bedeutung, ob den bei der Ausgleichung beteiligten Miterben der ganze Nachlaß oder nur ein Teil desselben zukommt. Auf diesen Unterschied weist die auf Veranlassung der Reichstagskommission in den § 2055 Abs. 1 Satz 2 aufgenommene Einschränkung „soweit . . . stattfindet" hin; sie berücksichtigt die Möglichkeit, daß neben den an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlingen noch andere Erben vorhanden sind, wenn z. B. neben den Abkömmlingen der Ehegatte gesetzlicher Erbe ist oder wenn die gesetzliche Erbfolge nur in Ansehung eines Teiles des Nachlasses eintritt, weil der Erblasser auf den anderen Teil durch Verfügung von Todes wegen andere Erben eingesetzt hat (s. Erl. 1 zu § 2050). Kommt den bei der Ausgleichung beteiligten Miterben der ganze Nachlaß zu, so wird der Wert sämtlicher Zuwendungen, die zur Ausgleichung zu bringen sind, dem *Werte des Gesamtnachlasses* zugerechnet. In den Fällen der zweiten Art werden dagegen zunächst nach dem wirklich vorhandenen Nachlasse die Erbteile der an der Ausgleichung nicht beteiligten Erben berechnet und wird erst *dem Werte des verbleibenden Nachlaßrestes* der Wert der zur Ausgleichung zu bringenden Zuwendungen zugerechnet. In beiden Gruppen von Fällen wird sodann gleichmäßig die durch Zurechnung der Zuwendungen zum Nachlaß bzw. zum Nachlaßreste gewonnene Summe unter die beteiligten Abkömmlinge nach dem Verhältnis ihrer Erbteile verteilt, hierbei aber den ausgleichungspflichtigen Erben der *Wert der erhaltenen Zuwendung angerechnet*. Wenn z. B. der Nachlaß 16000 beträgt und als gesetzliche Erben die Ehefrau, drei Kinder und zwei Enkel von einem verstorbenen Kinde vorhanden sind, von denen der eine Enkel nach dem Tode seines Vaters (§ 2053 Abs. 1) eine Ausstattung von 1200 erhalten hat, so bekommt die Ehefrau ihren gesetzlichen Erbteil von $^1/_4$ mit 4000, den verbleibenden 12000 wird die Ausstattung mit 1200 hinzugerechnet, jedes Kind erhält daher $^1/_4$ von 13200 = 3300, der nicht ausgestattete Enkel $^1/_8$ von 13200 = 1650, der ausgestattete aber 1650 — 1200 = 450. Eine Folge dieser Berechnung ist allerdings, daß die ausgleichungsberechtigten Abkömmlinge mehr erhalten, als sie erhalten würden, wenn der Erblasser die Zuwendung nicht gemacht, sondern die entsprechende Summe in seinem Vermögen zurückbehalten hätte (s. Dernburg Pand. III § 141 Anm. 15); hierin liegt jedoch nichts Unbilliges.

2. Was den bei der Ausgleichung zugrunde zu legenden *Wert der Zuwendung* anbetrifft, so ist im bisherigen Rechte vielfach der Wert zur Zeit der Erbteilung für maßgebend erklärt oder es wird in diesem Punkte zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen unterschieden. Das BGB. läßt im § 2055 Abs. 2 schlechthin den *Zeitpunkt, in welchem die Zuwendung erfolgt ist*, entscheiden. Diese Regelung kann freilich bei der Ermittelung des Wertes mitunter zu Schwierigkeiten in der tatsächlichen Feststellung führen, allein sie entspricht der Tatsache, daß der begünstigte Abkömmling mit der Zuwendung Eigentümer des Hingegebenen geworden ist, das ihm dauernd verbleiben und auf seine Gefahr stehen sollte. Die Vorschrift führt zugleich zu einer Vereinfachung des Gesetzes, indem sie Bestimmungen darüber entbehrlich macht, ob der ausgleichungspflichtige Abkömmling einerseits für eine verschuldete Verschlechterung des Erhaltenen einzustehen hat und andererseits für Verwendungen einen Abzug machen darf. Zuwachs, Nutzungen oder Zinsen von dem Erhaltenen bleiben außer Betracht, auch der etwa eingetretene Untergang ist bedeutungslos. Vgl. dazu Küntzel bei Gruch. 41 S. 813 f.; s. auch Schiffner S. 111 und Strohal I § 15 bei Anm. 3. War die Zuwendung zunächst nur versprochen und erst später geleistet worden, so wird der Wert zur Zeit der Leistung für maßgebend zu erachten sein.

§. 2056. Hat ein Miterbe durch die Zuwendung mehr erhalten, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, so ist er zur Herauszahlung des Mehrbetrags nicht verpflichtet. Der Nachlaß wird in einem solchen Falle unter die übrigen Erben in der Weise getheilt, daß der Werth der Zuwendung und der Erbtheil des Miterben außer Ansatz bleiben.

Behaupten die Miterben einen höheren Wert der Zuwendung, als der begünstigte Abkömmling zugibt, so sind sie beweispflichtig (Hachenburg S. 720, s. jedoch auch die Erl. 1 zu § 2057).

Der Erblasser kann über den bei der Ausgleichung anzunehmenden Wert eine Anordnung treffen, und zwar sowohl so, daß er selbst die anzurechnende Summe bestimmt bezeichnet, als auch in der Weise, daß er die Bestimmung dem Ermessen eines Dritten überträgt. Diese Befugnis findet jedoch in dem Pflichtteilsrechte der Abkömmlinge ihre Grenze. Will der Erblasser also das Eingreifen der pflichtteilsrechtlichen Vorschriften vermeiden, so darf er den Wert weder so niedrig bestimmen, daß die nicht ausgestatteten Abkömmlinge in ihrem Pflichtteile beeinträchtigt werden würden (§ 2316 Abs. 3), noch so hoch, daß der ausgestattete Abkömmling eine Verkürzung seines Pflichtteils erleiden würde (vgl. Schiffner § 24 Anm. 15, 16). Der gleichen Beschränkung würde auch eine Anordnung des Erblassers unterliegen, die den Wert der Zuwendung zur Zeit des Erbfalls oder der Erbauseinandersetzung für maßgebend erklärt. Auch hier müßte der unter Anwendung des § 2055 Abs. 2 zu berechnende Pflichtteil der Abkömmlinge unverletzt bleiben. Betreffs der Erlassung und der Form der Anordnung gilt das in Erl. 4d zu § 2050 Bemerkte (vgl. dazu Strohal I § 15 Anm. 4).

3. Die Vollziehung der Ausgleichung kann unter Umständen auch durch die vertragsmäßige oder urteilsmäßige Festlegung erfolgen, daß einem Miterben mit Rücksicht auf seine Ausgleichungspflicht ein wirklicher Anteil am Nachlaß nicht zukommt. Eine vertragsmäßige Auseinandersetzung dieses Inhalts wird, wenn sie die Herstellung der Legitimation des ausgleichungsberechtigten Miterben zu Alleinrecht am Nachlaß oder bei Vorhandensein mehrerer Ausgleichungsberechtigter das Ausscheiden des Ausgleichungsverpflichteten aus der unter jenen fortdauernden Erbengemeinschaft zur unmittelbaren Folge haben soll, der im § 2033 Abs. 1 bestimmten Form bedürfen. Hatte der bezeichnete ausgleichungspflichtige Miterbe bereits Früchte aus dem Nachlaß bezogen, die ihm nach dem Inhalte der Auseinandersetzung nicht zukommen sollen, so muß er sie dem Nachlaß erstatten.

Auch schon hinsichtlich der Zeit vor der vollständigen Auseinandersetzung wird im Hinblick auf ihr in den entscheidenden Punkten bereits sicheres oder doch voraussichtliches Ergebnis im Wege der Klage oder doch der einstweiligen Verfügung (ZPO. §§ 935 ff.) Sistierung oder Einschränkung des Stimmrechtes des ausgleichungspflichtigen Miterben, sowie des Fruchtbezugs aus dem Nachlaß erwirkt werden können (vgl. Strohal II § 64 bei Anm. 4 und 11i; Heymann S. 459ff.; Dernburg V § 182 unter Nr. II, III; jetzt auch Herzfelder S. 283).

4. Im Wege der Vereinbarung unter den Miterben kann die Berücksichtigung der Vorempfänge, welche der Ausgleichung unterliegen, selbstverständlich auch schon vor der vollständigen Auseinandersetzung stattfinden, so z. B. in der Weise, daß mit Rücksicht auf die Ausgleichungspflicht eines Miterben eine gegen den Nachlaß sich richtende Forderung eben dieses Miterben als befriedigt, oder eine Schuld eines ausgleichungsberechtigten Miterben als getilgt behandelt wird, oder daß zum Zwecke der Ausgleichung den ausgleichungsberechtigten Miterben entsprechende Beträge aus dem Nachlaß vorweg ausbezahlt werden.

5. Wegen der Geltendmachung des Anspruchs auf Ausgleichung nach beendigter Erbauseinandersetzung s. Erl. 3 zu § 2050, wegen der Berücksichtigung von Zuwendungen unter Lebenden bei der Pflichtteilsberechnung durch Anrechnung oder in anderer Weise s. §§ 2315, 2316.

6. Über den Einfluß der Ausgleichung auf die Erbenhaftung s. Vorbm. zu §§ 2058—2063 Nr. 7.

§ 2056.

G. I § 2164 Abs. 1, 2; II § 1929 rev. § 2033; III § 2031. M. I S. 11267 ff., 11275 f. 11278 ff., 11284; M. V S. 709 f. P. II Bd. 5 S. 893 f. D. S. 730.

Übermäßiger Vorempfang. Keine Verpflichtung zur Herauszahlung des Mehrbetrags.

1. Wenn die einem ausgleichungspflichtigen Abkömmlinge gemachte Zuwendung mehr betragen hat, als ihm bei der Erbauseinandersetzung zukommen würde, was

namentlich bei einer späteren ungünstigen Veränderung in den Vermögensverhältnissen des Erblassers der Fall sein kann, so entsteht die Frage, ob auch der Mehrbetrag zur Ausgleichung zu bringen ist. Dies wird schon im bisherigen Rechte überwiegend verneint und das BGB. entscheidet sich im § 2056 Satz 1 in demselben Sinne. Dem Willen des Erblassers, daß die Zuwendung dem begünstigten Abkömmlinge dauernd verbleiben soll, würde es nicht entsprechen, wenn dieser zur Herauszahlung eines Teiles des Wertes angehalten werden sollte; ebensowenig würde es dem Grundsatze des BGB., daß die Ausgleichung ausschließlich durch Anrechnung vollzogen wird, entsprechen.

Betreffs der im Satz 1 aufgestellten Voraussetzung ist darauf hinzuweisen, daß bei der Prüfung, was dem Abkömmlinge bei der Auseinandersetzung zukommen würde, die Ausgleichungspflicht zu berücksichtigen ist. Es darf nicht etwa die Zuwendung mit dem Erbteile verglichen werden, der sich aus dem wirklich vorhandenen Nachlasse für den ausgestatteten Abkömmling ergeben würde, vielmehr ist zu prüfen, ob die Zuwendung den Erbteil des Abkömmlinges auch dann noch übersteigt, wenn dieser unter Hinzurechnung der Zuwendung zum Nachlasse gemäß § 2055 Abs. 1 Satz 2 berechnet wird. Nur im letzteren Falle findet § 2056 Anwendung. Haben auch andere Erben Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen, so sind natürlich auch diese zu berücksichtigen.

2. Die Folge der Nichtherauszahlung des dem einen Miterben über seinen Erbteil hinaus zugewendeten Mehrbetrags ist, daß die übrigen Erben an dem, was ihnen nach § 2055 gebühren würde, einen Ausfall erleiden. Von dieser Erwägung ausgehend, kann man das, was jeder der übrigen Erben aus dem Nachlaß erhält, in der Weise berechnen, daß man zunächst die Erbteile aller Erben gemäß § 2055 ermittelt und dann den Erbteil des begünstigten Abkömmlings als durch die Zuwendung gedeckt ansieht, die Teile der übrigen Erben aber verhältnismäßig um den Betrag vermindert, um welchen die Zuwendung den Erbteil des begünstigten Abkömmlings überschreitet (vgl. Hachenburg S. 723 ff. und Strohal I § 15 S. 73). Der richtig verstandene Satz 2 führt zu demselben Ergebnisse, jedoch unter Anwendung einer anderen Rechnungsmethode. Trifft nämlich die Voraussetzung des Satz 1 zu, so ist der Nachlaß unter die übrigen Erben in der Weise zu teilen, daß einerseits der Wert der Zuwendung und andererseits der Erbteil des begünstigten Miterben (jedoch unbeschadet des aus dem Vorhandensein dieses Erben sich ergebenden Verhältnisses der Erbteile) „außer Ansatz bleiben". Dies bedeutet:

a) der Wert der Zuwendung wird dem Nachlasse nicht zugerechnet,

b) der begünstigte Miterbe erhält aus dem Nachlasse nichts,

c) er wird aber doch bei der Berechnung der Quoten der übrigen Miterben mitgezählt, denn nicht der „Erbe", sondern sein „Erbteil" bleibt außer Ansatz. Es tritt mithin in dem Verhältnisse der übrigen Erben untereinander keine Änderung ein; die übrigen Erben teilen den wirklich vorhandenen Nachlaß untereinander nach dem gleichen Quotenverhältnis, in welchem sie bisher zueinander gestanden haben.

Beispiel: Erben sind zwei Kinder, A und B, und zwei Enkel X und Y von dem verstorbenen Kinde C. Der Nachlaß beträgt 12000, X hat eine Zuwendung von 3000 zur Ausgleichung zu bringen. Nach § 2055 würde er bei Hinzurechnung der Zuwendung zum Nachlasse nur $^1/_6$ von $(12000 + 3000) = 2500$ erhalten, mithin liegt die Voraussetzung des § 2056 vor. X erhält daher nichts und unter A, B und Y, deren Erbteile $^1/_3$, $^1/_3$ und $^1/_6$ betragen, mithin im Verhältnisse 2 : 2 : 1 stehen, werden die vorhandenen 12000 so geteilt, daß A $^2/_5$, B $^2/_5$ und Y $^1/_5$ erhält.

Diese Auffassung des Satz 2 ist jetzt allgemein anerkannt; vgl. z. B. Küntzel bei Gruch. 41, S. 616 ff.; Hellmann Krit. Viert. 39 S. 231; Endemann III § 112 Anm. 17, 35; Schiffner S. 112; Strohal I § 15 bei Anm. 8. Darüber, daß der bei der Auseinandersetzung des Nachlasses leer ausgehende Miterbe darum doch Erbe bleibt, vgl. die Vorbm. zu den §§ 2050 bis 2057 Nr. 3.

3. Besondere Beachtung verdient der Fall, daß von mehreren Abkömmlingen Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen sind. Hier kann es sein, daß bei der nach § 2055 Abs. 1 Satz 2 anzustellenden Berechnung der Erbteile zunächst nur bei einem Erben die erhaltene Zuwendung sich als größer erweist als der Erbteil. Wenn dann dieser Erbe gemäß § 2056 ausscheidet, so kann es durch die damit eintretende Minderung des fiktiven Nachlaßbestandes dahin kommen, daß nunmehr auch bei einem zweiten ausgestatteten Erben dasjenige, was ihm

§. 2057. Jeder Miterbe ist verpflichtet, den übrigen Erben auf Verlangen Auskunft über die Zuwendungen zu ertheilen, die er nach den §§. 2050 bis 2053 zur Ausgleichung zu bringen hat. Die Vorschriften der §§. 260, 261 über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids finden entsprechende Anwendung.

---

bei der Auseinandersetzung zukommen würde, nicht mehr die Höhe der ihm gemachten Zuwendung erreicht. Alsdann scheidet auch dieser Erbe nach § 2056 aus.

Beispiel: Erben sind der Sohn A, der vom Sohne B abstammende Enkel X und die vom Sohne C abstammenden Enkel Y und Z. Der Nachlaß beträgt 44000, X hat eine Zuwendung von 42000, Y eine solche von 16000 erhalten. Der Erbteil des X würde nach § 2055 $^1/_3$ von $(44000 + 42000 + 16000) = {}^1/_3$ von 102000, also 34000 betragen, mithin scheidet X nach § 2056 aus. Y würde nach der gleichen Berechnung 17000 erhalten, mithin, da er nur 16000 empfangen hat, noch am Nachlasse teilnehmen. Infolge des Ausscheidens des X entfällt aber auf Y nach § 2056 Satz 2 nur noch $^1/_4$ von $(44000 + 16000) = 15000$, mithin scheidet auch Y aus, da er schon 1000 mehr erhalten hat.

4. Ganz besonders im Zusammenhang mit § 2056 sind die bereits in Erl. 1 und 2 zu § 2050 bzw. in Erl. 3 zu § 2052 herangezogenen §§ 1935, 2095 zu berücksichtigen, von denen der erstere die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils durch den Wegfall eines anderen gesetzlichen Erben, der letztere aber die Anwachsung unter eingesetzten Erben betrifft. Beide Paragraphen bestimmen, daß wie für Vermächtnisse und Auflagen so auch in Ansehung der Ausgleichungspflicht der hinzutretende Erbteil als besonderer Erbteil gilt. Wenn daher einer der beiden Erbteile, sei es der ursprüngliche oder der hinzutretende, mit einer Ausgleichungspflicht im Sinne des § 2056 Satz 1 überschwert ist, so hat der ausgleichungspflichtige Erbe nicht mit dem anderen Erbteile für den Fehlbetrag einzustehen, vielmehr wird der vorhandene Nachlaß auf die übrigen Erbteile (einschließlich des dem ausgleichungspflichtigen Erben zustehenden unbelasteten Erbteils) nach § 2056 Satz 2 verteilt. Der Erbe erhält mithin, wenn sein ursprünglicher Erbteil überschwert ist, auf den Anteil des weggefallenen Erben unverkürzt das, was dieser selbst erhalten haben würde, und behält, wenn die Überschwerung bei dem hinzutretenden Erbteile vorliegt, seinen ursprünglichen Anteil so, wie sich dieser nach § 2056 Satz 2 gestaltet. Der Wegfall eines Erben soll nur demjenigen Miterben, welcher an seine Stelle tritt, nicht auch den anderen ausgleichungsberechtigten Miterben zustatten kommen und soll dem erstgedachten Miterben keinenfalls zum Nachteile gereichen. Vgl. hierzu Küntzel bei Gruch. 41 S. 453, 808ff.; Strohal I § 15 bei Anm. 9—11.

Ist ein Abkömmling zufolge mehrfacher Verwandtschaft mit dem Erblasser nach § 1927 oder bei eintretender gewillkürter Erbfolge nach § 2066 zu mehreren Erbteilen berufen, so greifen, da es sich hierbei weder um eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils, noch um eine Vergrößerung des gewillkürten Erbteils durch Anwachsung handelt, die §§ 1935, 2095 nicht ein. Trotzdem ist die Ausgleichungspflicht auch hier hinsichtlich jedes der in der Person des Miterben vereinigten Erbteile selbständig zu beurteilen. Denn im Falle des § 1927 und in dem aus § 2066 sich ergebenden entsprechenden Falle bei der gewillkürten Erbfolge gilt jeder der in Frage kommenden Erbteile nicht nur nach den in den §§ 1935, 2095 bezeichneten besonderen Beziehungen, sondern grundsätzlich (vgl. auch Erl. 3 zu § 1927) und daher auch rücksichtlich der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil. Wenn also z. B. ein Urenkel des Erblassers, der von zwei Enkeln abstammt, gesetzlicher Erbe wird und gemäß § 2051 Abs. 1 eine seinem Vater oder väterlichen Großvater gemachte Zuwendung zur Ausgleichung bringen muß, so hat er im Falle der Überschwerung des durch den Vaterstamm vermittelten Erbteils die Ausgleichungspflicht nicht auch mit dem ihm im Mutterstamme zufallenden Erbteile zu tragen. Ist freilich die zur Ausgleichung zu bringende Zuwendung dem zu mehreren Erbteilen berufenen Abkömmlinge selbst gemacht, so wird in der Regel kein Grund zu der Annahme vorliegen, daß sie ihm nur mit Rücksicht auf eine der mehreren verwandtschaftlichen Beziehungen gemacht sei und daß daher die Ausgleichungspflicht nur auf einem der mehreren Erbteile laste.

§ 2057.

E. II § 1930 rev. § 2034; III § 2032. P. II Bd. 5 S. 894. D. S. 730.

Auskunftspflicht über die der Ausgleichung unterliegenden Vorempfänge.

1. Der von der zweiten Kommission eingestellte § 2057 soll nach dem Vorgange verschiedener bisheriger Rechte (bezüglich der früheren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis vgl.

RG. vom 28. April 1904 Bd. 58 S. 88 ff. und Binder III S. 168 bei Anm. 124) den Erben ein Mittel gewähren, über das Vorliegen und den Umfang einer Ausgleichungspflicht zuverlässige Kenntnis zu erlangen. Die Auskunftspflicht, die jedem möglicherweise zur Ausgleichung verpflichteten Miterben auferlegt wird, erstreckt sich mit Rücksicht auf den Zweck der Auskunft darauf,

a) ob und welche Zuwendungen der im § 2050 Abs. 1, 2 bezeichneten Art der Verpflichtete oder der Abkömmling, an dessen Stelle er nach § 2051 getreten ist, erhalten hat,

b) ob der Verpflichtete bzw. jener Abkömmling sonstige Zuwendungen erhalten hat, deren Ausgleichung vom Erblasser angeordnet ist (vgl. übrigens die vorerwähnte RGE. und dazu Erl. 2),

c) von welchem Inhalte, welcher Größe und Beschaffenheit die einzelnen Zuwendungen gewesen und zu welcher Zeit sie gemacht sind.

Ob der Verpflichtete auch gehalten ist, sonstige nähere Umstände anzugeben, die für die Beurteilung des nach § 2055 Abs. 2 festzustellenden Wertes von Bedeutung sind, mag zweifelhaft erscheinen, dürfte indes jedenfalls insoweit zu bejahen sein, daß der Verpflichtete auf ihm vorgelegte bestimmte Fragen nicht die Antwort verweigern darf (a. A. Meyer im Recht 1900 S. 247). Keinenfalls braucht er sein subjektives Urteil über den Wert selbst zu äußern.

Fraglich ist ferner, inwieweit eine Verpflichtung zur Vorlegung eines Verzeichnisses der erhaltenen Zuwendungen anzuerkennen ist. Besteht eine einzelne Zuwendung aus einem Inbegriffe von Gegenständen, so findet betreffs dieser Zuwendung der § 260 Abs. 1 (und damit auch Abs. 2, 3 sowie § 261) jedenfalls in dem Sinne unmittelbare Anwendung, daß der Auskunftspflichtige nicht den gegenwärtigen Bestand des Inbegriffs, sondern dessen Bestand zur Zeit der Zuwendung zu verzeichnen hat. Abgesehen hiervon kann die Auskunft über die oben unter a—c bezeichneten Punkte an sich in beliebiger Form erteilt werden. Abweichend Schiffner S. 108 bei Anm. 4, nach dessen Ansicht der Auskunftspflichtige auf Verlangen immer ein Verzeichnis vorzulegen hat. Hinsichtlich der Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides finden nach Satz 2 die Vorschriften der §§ 260, 261 entsprechende Anwendung. Demgemäß kann der Auskunftsberechtigte (vgl. dazu Erl. 4) vom Auskunftsverpflichteten die Leistung des Offenbarungseides dann verlangen, wenn Grund zur Annahme besteht, daß dieser die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt hat. Ein Grund zu solcher Annahme dürfte aber bereits als vorhanden anzusehen sein, wenn der Auskunftspflichtige sich weigert, seine Auskunft schriftlich zu fixieren oder als eine von ihm ausgehende schriftlich fixieren zu lassen (Strohal II § 66 S. 127 f.). Im Falle der Leistung des Offenbarungseides wird übrigens die nur mündlich erteilte Auskunft doch zu Protokoll gebracht werden müssen (vgl. auch Kreß S. 216). Durch die Behauptung eines bestimmten Ausgleichungspostens braucht das Verlangen des Auskunftsberechtigten auf Leistung des Offenbarungseides durch den Auskunftsverpflichteten nicht gerechtfertigt zu werden (Meyer a. a. O. S. 247, 514). Die Eidesnorm (vgl. § 261 Abs. 2) wird etwa dahin zu fassen sein, daß der Verpflichtete „nach bestem Wissen die erforderte Auskunft über die vom Erblasser erhaltenen Zuwendungen so vollständig erteilt habe, als er dazu imstande sei."

2. Satz 2. Im übrigen ergeben sich aus der entsprechenden Anwendung der §§ 260, 261 folgende Sätze:

a) Der Eid wird, sofern er nicht vor dem Prozeßgerichte zu leisten ist (ZPO. § 889), da ein besonderer Erfüllungsort nicht besteht, vor dem Amtsgerichte des Ortes geleistet, an welchem der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat (vgl. FGG. §§ 79, 163); so auch Bayer. ObLG. Samml. 5 S. 221 = Rspr. 12 S. 369.

b) Die Kosten der Eidesabnahme hat der Miterbe zu tragen, der die Leistung des Eides verlangt.

c) In Angelegenheiten von geringer Bedeutung, also hauptsächlich, wenn die Zuwendung nach der Angabe der Miterben selbst nur geringfügig gewesen ist, besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Eides nicht.

3. Die Entscheidung der Rechtsfrage, ob eine Zuwendung, die ein Abkömmling vom Erblasser unter Lebenden erhalten hat, nach den §§ 2050—2053 der Ausgleichung unterliegt oder nicht, kann selbstverständlich nicht dem Urteil des Auskunftspflichtigen überlassen werden. Mit Rücksicht hierauf umschreibt das RG. in der bereits in Erl. 1 genannten Entscheidung

(Bd. 58 S. 91) in Anknüpfung an eine gemeinrechtliche Entscheidung des OAG. Celle den Sinn des § 2057 dahin, „daß der in Anspruch genommene Miterbe verpflichtet ist, alles was er (bzw. derjenige Abkömmling, an dessen Stelle der Auskunftspflichtige getreten ist) vom Erblasser empfangen hat, anzugeben, worauf alsdann im Auseinandersetzungsverfahren festzustellen ist, welche Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen seien" (vgl. dazu Rspr. 12 S. 369). Dies ist gewiß soweit zutreffend, daß sich die Auskunft des Auskunftspflichtigen auf alle Umstände zu erstrecken hat, die für die Entscheidung der Frage, ob eine der Ausgleichung unterliegende Gabe vorliegt, von Bedeutung sind. Hat der Auskunftspflichtige jedoch die Auskunft etwa dahin erteilt, daß er außer einem rückzahlbaren Darlehen oder außer einer vorbehaltslosen Zuwendung die ihm noch vor dem Wegfall des ihn von der Erbfolge ausschließenden näheren Abkömmlings des Erblassers gemacht worden war (§ 2053), vom Erblasser bei dessen Lebzeiten nichts empfangen habe, so dürfte aus § 2057 ein Recht auf weitere Auskunft über die Höhe des Darlehens oder über den Gegenstand der jedenfalls nicht ausgleichungspflichtigen Zuwendung kaum abgeleitet werden können (vgl. dazu auch Meyer a. a. O. S. 247). Grundsätzlich denselben Standpunkt nimmt übrigens das RG. selbst in der jüngeren Entscheidung v. 2. April 1906 in JW. 1906 S. 358 ff. ein. Denn daselbst ist ausgesprochen, daß über den Umfang eines Empfanges Auskunft nach § 2057 nicht verlangt werden kann, wenn der Inhalt des vorgelegten, auf den Empfang sich beziehenden notariellen Vertrags der Annahme, daß eine der Ausgleichung unterliegende Zuwendung gemacht worden sei, vorerst im Wege steht.

4. Zweifelhaft ist, ob die im § 2057 bestimmte Verpflichtung gegenüber jedem einzelnen Miterben oder nur gegenüber der Gesamtheit der Miterben besteht. Für diese Auffassung läßt sich geltend machen, daß unter dem Ausdrucke „die übrigen Miterben" in dem § 2034 Abs. 1 unzweifelhaft die Gesamtheit der Miterben verstanden ist. Auf dieses Argument kann indessen kein Gewicht gelegt werden, weil in dem Falle des § 2034 Abs. 1 der fragliche Ausdruck seine Bedeutung durch die Vorschrift des § 513 erhält. Entscheidend für die erstgedachte Auffassung dürfte sprechen, daß jeder Miterbe den Anspruch auf Ausgleichung ohne Zuziehung der übrigen Miterben geltend machen kann und deshalb angenommen werden muß, daß auch das zur Durchführung jenes Anspruchs im § 2057 bestimmte Recht von ihm ohne Zuziehung der übrigen Miterben geltend gemacht werden kann; so auch die herrschende Meinung, vgl. Rspr. 12 S. 370; abweichend Beyer, Erbenausgleichung S. 49 ff. Von erheblichem Belang ist die Frage übrigens nicht; denn wenn man annimmt, daß die fragliche Verpflichtung nur gegenüber allen übrigen Miterben gemeinschaftlich besteht, so wird man doch in entsprechender Anwendung des § 2039 jedem einzelnen Miterben das Recht einräumen müssen, für sich allein den Anspruch mit der Wirkung geltend zu machen, daß die Verurteilung des Beklagten zur Erteilung der Auskunft an alle übrigen Miterben ergeht.

Ein von demselben oder einem anderen Auskunftsberechtigten gestelltes Verlangen auf wiederholte Leistung des Eides dürfte wie im Falle des § 2006 so auch hier nur dann als zulässig zu erachten sein, wenn Grund zur Annahme besteht, daß dem Auskunftspflichtigen nach der Eidesleistung neue Umstände bekannt geworden sind, auf die sich seine Auskunftspflicht erstreckt (Strohal II § 66 S. 128).

Die Frage, ob das in § 2057 bestimmte Recht auf Auskunftserteilung auch vom Nachlaßverwalter oder vom Nachlaßkonkursverwalter ausgeübt werden kann, wird grundsätzlich zu verneinen sein; denn da durch die Ausgleichung unter den Miterben keine Veränderung des Nachlaßbestandes herbeigeführt wird (vgl. Vorbm. Nr. 3 zu §§ 2050—2057), so haben die genannten Verwalter an einer Auskunftserteilung nach § 2057 regelmäßig kein rechtliches Interesse (anders Dernburg V § 186 Anm. 2). Dasselbe wird hinsichtlich des Testamentsvollstreckers zu sagen sein (anders Marcus im Sächs. Arch. 8 S. 63). Die Geltendmachung der aus § 2057 sich ergebenden Rechte wird also regelmäßig den beteiligten Miterben selbst überlassen bleiben (vgl. auch Herzfelder S. 314). Anders kann es sich aber z. B. verhalten, wenn ein Testamentsvollstrecker für die Entrichtung der einem ausgleichungsberechtigten Miterben auferlegten Vermächtnisse und Auflagen zu sorgen hat (vgl. § 2203). Hier ist es für die Ausführbarkeit der Anordnungen des Erblassers unter Umständen von wesentlicher Bedeutung, was unter Berücksichtigung der Ausgleichungsberechtigung auf den Erbteil des beschwerten Miterben entfällt, und dürfte daher auch dem Testamentsvollstrecker ein Recht auf Auskunftserteilung nicht zu versagen sein. Ebenso wird in den Fällen der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses bezüglich des Nachlaß- und des Nachlaßkonkursverwalters zu entscheiden sein, wenn die Entrichtung von Verbindlichkeiten in Frage kommt, die lediglich einen Erbteil belasten, und wenn das auf diesen

II. Rechtsverhältniß zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

Entfallende von dem Ergebnis der Ausgleichung abhängig ist. Ist endlich über das Vermögen eines ausgleichungsberechtigten Miterben Konkurs eröffnet worden, so muß der Konkursverwalter in der Lage sein, durch Ausübung des Auskunftsrechtes zu ermitteln, was auf den zur Masse gehörenden Erbteil des Gemeinschuldners bei der Auseinandersetzung zu entfallen hat.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

Jaeger, Erbenhaftung S. 23 ff.; Hachenburg S. 702 ff.; Eccius bei Gruch. 43 S. 801 ff.; Kreß, Erbengemeinschaft S. 140 ff.; Binder III S. 272 ff.; H. Meyer, Praktische Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung S. 34 ff.; Borcherdt im Arch. f. civ. Pr. 94 S. 213 ff.; G. Paech, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten bei Vereinigung mehrerer Erbteile in einer Hand 1906 (Königsberger Diss.).

1. Das gem. Recht, dem der E. I (vgl. M. V S. 527 ff., 696 ff.) folgte, hat den Grundsatz nomina ipso iure divisa sunt auch auf die Nachlaßverbindlichkeiten angewendet, so daß jeder Miterbe von vornherein nur für den seiner Erbquote entsprechenden Teil einer Verbindlichkeit haftet. Das preuß. ALR. (I 17 §§ 127 ff.) dagegen hat aus dem Prinzipe der Erbengemeinschaft die Folgerung gezogen, daß die Miterben für die Schulden des Nachlasses gemeinschaftlich haften, so daß die Gläubiger nur alle Erben zusammen in Anspruch nehmen können. Erst mit der Teilung des Nachlasses hört diese Gebundenheit auf, die Gläubiger können nunmehr jeden Miterben einzeln belangen, und zwar entweder auf einen seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit oder als Gesamtschuldner, je nachdem die Teilung den Gläubigern rechtzeitig vorher bekannt gemacht ist oder nicht (vgl. Dernburg, preuß. PR. III § 240; Eccius I § 100 a. E.; IV §§ 271, 273). Das BGB. hat die praktisch wenig bewährte gemeinschaftliche Haftung in dem Sinne, wie sie das ALR. hinstellt, d. h. als die bis zur Teilung einzig gegebene Haftungsform, nicht aufgenommen, andererseits aber auch die gemeinrechtliche grundsätzliche Teilhaftung abgelehnt (vgl. Zstlg. V S. 132 ff.; Zstlg. d. BR. I S. 187 ff., II S. 43, 44). Es hat einen Mittelweg eingeschlagen, indem es für alle gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten, gleichviel ob sie vom Erblasser herrühren oder erst durch den oder nach dem Erbfall begründet werden, den Grundsatz der **gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben** aufstellt (§ 2058). Dieser Grundsatz unterliegt jedoch verschiedenartigen erheblichen Einschränkungen.

Neben den Vorschriften darüber, wie sich bei dem Vorhandensein mehrerer Erben das Schuldverhältnis gestaltet, stehen die Regeln über die begrifflich völlig verschiedene Frage, mit welchem Vermögen die Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten haften. In dieser Beziehung gelten die allgemeinen Grundsätze über die Erbenhaftung (§§ 1967—2017), welche freilich in einzelnen Punkten bei dem Miterbenverhältnis abweichend gestaltet sind (§§ 2059, 2062, 2063). Aus dem Ineinandergreifen der Vorschriften über diese beiden verschiedenen Fragen ergibt sich die Möglichkeit einer vierfach verschiedenen Haftung der Miterben, nämlich:

a) anteilig und beschränkbar,
b) gesamtschuldnerisch, aber beschränkbar,
c) anteilig, aber unbeschränkt,
d) gesamtschuldnerisch und unbeschränkt.

Jede dieser vier Haftungsarten kann nach dem BGB. tatsächlich eintreten.

2. **Zwei Umstände** sind es vor allem, die für die konkrete Gestaltung der Haftung des Miterben von Bedeutung sind:

a) Der Umstand, **ob ein Miterbe des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftig ist**, oder ob er dieses Recht bereits eingebüßt hat;

b) der weitere Umstand, **ob der Nachlaß noch ungeteilt ist**, oder ob die Teilung des Nachlasses unter die Miterben bereits stattgefunden hat.

Zu a. Wie dem Alleinerben, so kommt auch den Miterben zunächst das Recht zur Beschränkung der Haftung zu. Der Verlust dieses Rechtes bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. aber doch auch § 2062). Das Recht zur Haftungsbeschränkung geht daher einem Miterben gegenüber allen Nachlaßgläubigern verloren, wenn er die ihm bestimmte Inventarfrist versäumt (§ 1994), oder wenn er sich bei der Inventarerrichtung in der im § 2005 Abs. 1 bestimmten Weise verfehlt. Die Gefahr einer Versäumung der Inventarfrist wird jedoch

bei der Erbenmehrheit durch die Bestimmung gemindert, daß das von einem Miterben errichtete Inventar auch den übrigen Miterben zustatten kommt, soweit deren Haftung nicht bereits zu einer unbeschränkten geworden ist (§ 2063 Abs. 1). Außerdem ist schon hier hervorzuheben, daß der im allgemeinen bereits unbeschränkt haftende Miterbe den übrigen Miterben gegenüber, soweit diese als Nachlaßgläubiger in Betracht kommen, des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftig bleibt (§ 2063 Abs. 2). Die unbeschränkte Haftung eines Miterben gegenüber einem einzelnen Nachlaßgläubiger tritt nach § 2006 Abs. 3 infolge der Verweigerung der vom Gläubiger verlangten Leistung des Offenbarungseides oder des dieser Verweigerung gleichgestellten Verhaltens ein und nach CPO. § 780, wenn ihm in dem vom Nachlaßgläubiger erwirkten Urteil die beschränkte Haftung, obschon dies nach Lage der Sache zu ihrer Wahrung erforderlich gewesen wäre, nicht vorbehalten ist (vgl. Vorbm. Erl. 6 zu §§ 1993—2013 auf S. 169).

Die Verwirklichung der Haftungsbeschränkung gestaltet sich bei der Erbenmehrheit zum Teile anders als im Falle der Erbfolge nur eines Erben. Grundsätzliche Übereinstimmung besteht zwar hinsichtlich der Einwirkung der amtlichen Nachlaßabsonderung auf die Gestaltung der Erbenhaftung. Die Vorschrift des § 1975 greift also auch bei der Erbenmehrheit in der Weise durch, daß sich die Haftung jedes nicht schon vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses unbeschränkt haftenden Miterben infolge der amtlichen Nachlaßabsonderung und solange diese dauert, schon von Rechts wegen auf den Nachlaß beschränkt. In betreff der Voraussetzungen zur Herbeiführung der amtlichen Nachlaßabsonderung und über die in dieser Beziehung zwischen Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs bestehende Verschiedenheit vgl. Erl. zu § 2062. Die Durchsetzung der Haftungsbeschränkung kann aber im Falle der Erbenmehrheit, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist, selbst wenn die besonderen Voraussetzungen der §§ 1973, 1974, 1990—1992 nicht vorliegen, auch **ohne amtliche Nachlaßabsonderung** im Wege der Einrede des § 2059 Abs. 1 Satz 1 erfolgen, wonach jeder des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftige Miterbe bis zur Teilung des Nachlasses die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten aus seinem Eigenvermögen schlechthin verweigern kann.

Unzulässig ist der von Binder III S. 272ff. aus § 2059 Abs. 1 Satz 1 gezogene Schluß, daß es auch dem Alleinerben möglich sein müsse, sich ohne amtliche Nachlaßabsonderung und, obschon die besonderen Voraussetzungen der §§ 1973, 1974, 1990—1992 nicht gegeben sind, mit Erfolg auf die Beschränkung seiner Haftung zu berufen. Denn die bezeichnete Vorschrift des § 2059 trägt so deutlich das Gepräge eines nur für die Erbenmehrheit geltenden Sonderrechtssatzes und beruht so unzweideutig auf aus dem Wesen der Erbengemeinschaft abgeleiteten Erwägungen, daß hiergegen mit dem Aufgebote des größten Scharfsinns nicht aufzukommen ist (Strohal II § 87 Anm. 4a; H. Meyer S. 34ff.).

Zu b. Der Ungeteiltheit bzw. der bereits erfolgten Teilung des Nachlasses kommt für die Gestaltung der Haftung der Miterben folgende Bedeutung zu.

α) Bis zur Teilung des Nachlasses haftet jeder Miterbe grundsätzlich als Gesamtschuldner. Er vermag jedoch seine gesamtschuldnerische Haftung auf seinen Anteil am Nachlaß (Erbteil) zu beschränken. Denn dem Miterben steht das auf den eigentümlichen Rechtsverhältnissen der Erbengemeinschaft beruhende Recht zu, die Nachlaßgläubiger auf seinen Erbteil zu verweisen (§ 2059 Abs. 1 Satz 1), und er hat, wenn er wegen Verlustes der Haftungsbeschränkung unbeschränkt auch mit seinem eigenen Vermögen haftet, mit diesem doch nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Verbindlichkeit einzustehen (§ 2059 Abs. 1 Satz 2). Daneben steht es den Gläubigern frei, von allen Miterben auf Grund ihrer gemeinschaftlichen Haftung die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß zu verlangen (§ 2059 Abs. 2).

β) Praktisch bedeutsamer wird die gesamtschuldnerische Haftung der Miterben nach der Teilung des Nachlasses. Mit dieser wird die Rechtsverfolgung gegen die Miterben wesentlich erschwert, weil der für die Befriedigung der Gläubiger bestimmte Nachlaß als solcher nicht mehr besteht. Die Erben sollen die Nachlaßverbindlichkeiten berichtigen, ehe sie teilen (vgl. § 2046). Versäumen sie dies und schreiten sie zu voreiliger Teilung, so sollen sie grundsätzlich der gesamtschuldnerischen Haftung unterworfen sein. Erwägungen besonderer Art führen aber doch auch hier in Ausnahmefällen, die sämtlich so geartet sind, daß der Vorwurf voreiliger Teilung entfällt, zu einer Abweichung von dem Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung. Es tritt nämlich für die Zeit nach der Teilung nur anteilige Haftung jedes Miterben ein:

aa) gegenüber den im Aufgebotsverfahren unter Androhung des in CPO. § 997 bezeichneten Rechtsnachteils ausgeschlossenen Gläubigern (§ 2060 Nr. 1);

bb) gegenüber Gläubigern, die ihre Forderungen erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit dem Erbfalle geltend machen, sofern sie sich nicht im Aufgebotsverfahren gemeldet haben oder dem in Anspruch genommenen Miterben als Gläubiger der in Frage kommenden Forderungen sonst bekannt gewesen sind (§ 2060 Nr. 2);

cc) gegenüber Gläubigern, die mit ihren Ansprüchen hervortreten, nachdem der eröffnet gewesene Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist (§ 2060 Nr. 3);

dd) gegenüber Gläubigern, die sich auf eine von den Miterben oder einem von ihnen öffentlich erlassene Privataufforderung nicht gemeldet haben und dem in Anspruch genommenen Miterben nicht anderweit bekannt gewesen sind (§ 2061).

Wie überhaupt so muß auch hinsichtlich der Zeit nach der Teilung von der Frage, ob die Miterben gesamtschuldnerisch oder nur anteilig haften, die weitere Frage, ob ein Miterbe des Rechtes auf Beschränkung der Haftung noch oder nicht mehr teilhaftig ist, streng geschieden werden. Es ist daher sehr wohl möglich, daß der gesamtschuldnerisch haftende Miterbe das Recht zur Haftungsbeschränkung noch nicht eingebüßt hat, und desgleichen, daß der einem Nachlaßgläubiger nur anteilig haftende Miterbe in Ansehung des ihn treffenden Anteils der Forderung bereits schlechthin unbeschränkt haftet (vgl. Erl. zu §§ 2060, 2061).

Soweit dem Miterben das Recht der Haftungsbeschränkung noch zusteht, kann diese selbst *nach der Teilung durch Eröffnung des noch immer möglichen Nachlaßkonkurses* (KO. § 216 Abs. 2) oder nach Maßgabe der §§ 1990, 1991 (vgl. übrigens auch §§ 1973, 1974, 1989) verwirklicht werden. Herbeiführung der Haftungsbeschränkung im Wege der *Nachlaßverwaltung ist nach der Teilung des Nachlasses ausgeschlossen* (§ 2062).

3. Individualrechte der Miterben. Wie die Nachlaßgläubiger nicht genötigt sind (vgl. dazu Erl. 1a, 2a zu § 2059), die Miterben gemeinschaftlich zu belangen, vielmehr selbst vor der Teilung des Nachlasses jeden Miterben einzeln in Anspruch nehmen können, so ist andererseits auch *den einzelnen Miterben ein möglichst selbständiger Gebrauch der zu ihrer Verteidigung dienenden Schutzmittel* eingeräumt. Die Gebundenheit, die der Gemeinschaft zur gesamten Hand an sich entsprechen würde, tritt des praktischen Bedürfnisses wegen zurück; man kann auch hier von Individualrechten der Miterben sprechen. Jeder Miterbe kann das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragen (CPO. §§ 991, 997) und die Privataufforderung an die Gläubiger nach § 2061 wirksam erlassen. Auch der Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses steht jedem Miterben zu, doch muß, wenn der Antrag nicht von allen Erben gestellt wird, die Überschuldung des Nachlasses glaubhaft gemacht werden und tunlichst die Anhörung der übrigen Erben stattfinden (KO. § 217). Zur Nachlaßverwaltung dagegen bedarf es des gemeinschaftlichen Antrags *aller Erben* (§ 2062; wegen des Antragsrechtes der Nachlaßgläubiger vgl. die dortige Erl. 1) und ein Zwangsvergleich im Nachlaßkonkurse kann nur auf den Vorschlag *aller* Erben geschlossen werden (KO. § 230 Abs. 1). Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs aber sind nur in Ansehung des ganzen Nachlasses zulässig, über einen Erbteil finden sie nicht statt (s. o. S. 127). Vgl. übrigens über Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung noch Erl. 2 a. E. Das Aufgebot und die Privataufforderung der Nachlaßgläubiger wirken, auch wenn sie nur *von einem Miterben* herbeigeführt werden, zugunsten aller Erben (CPO. § 997, BGB. § 2061), das gleiche gilt von der Errichtung des Inventars, die ebenfalls vollwirksam durch einen einzelnen Miterben geschehen kann (§ 2063).

4. Wegen der *Haftung eines zu mehreren Erbteilen berufenen Erben* s. § 2007 (Erl. 2, 3); s. darüber jetzt auch noch Paech, Die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten bei Vereinigung mehrerer Erbteile in einer Hand. Königsb. Diss. 1906; vgl. ferner Erl. 6 zu § 2060.

5. Die eigenartigen Vorschriften des HGB. § 27 (betreffend die *Haftung für die Geschäftsschulden des verstorbenen Inhabers eines Handelsgeschäfts*) und § 139 (betreffend die *Haftung für die Gesellschaftsschulden des verstorbenen offenen Gesellschafters* in dem Falle, daß die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll) können wie im Falle der Erbfolge eines Alleinerben (vgl. oben Vorbm. zu den §§ 1993—2013 Erl. 6d, wo es übrigens in Zeile 2 statt § 26 richtig § 27 heißen muß), so auch im Falle der Erbenmehrheit praktisch werden (vgl. übrigens auch Erl. 1 zu § 2038).

6. Wegen der Haftung der bei einer fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten Personen vgl. Bd. IV Erl. IV 4, 5 zu § 1483, Erl. IV zu § 1489. In diesem Zusammenhange ist außerdem noch auf Erl. 4 zu § 1582 zu verweisen.

7. **Einfluß der Ausgleichung auf die Erbenhaftung.** Der Gedanke, daß die unter den Miterben nach Maßgabe der §§ 2050—2056 stattfindende Ausgleichung auf die Gestaltung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht ohne Einfluß bleiben könne (vgl. Vorbm. Erl. 3 zu §§ 2050—2057 auf S. 291), hat sich erst allmählich durchgerungen. Volle Übereinstimmung über die einschlagenden schwierigen Fragen ist bis heute noch nicht erzielt worden.

a) Als völlig sicher darf angenommen werden, daß dasjenige, um was ein Miterbe aus dem Nachlaß infolge der Ausgleichung mehr oder weniger erhält, als er, abgesehen von der Ausgleichung, erhalten haben würde, den Nachlaßgläubigern gegenüber als eine Erweiterung bzw. Verminderung des Anteils am Nachlaß in Betracht kommt (vgl. Strohal II § 66 bei Anm. 4—8, § 91 bei Anm. 2, 2a; Leske II S. 1132 Anm. 9; Langheineken S. 36 Anm. 2; Binder III S. 185 Anm. 277; Cosack II 4. Aufl. § 390 V Ziff. 1; Kipp bei W. III Zus. zu § 508 Erl. 3 Ziff. 11). Sucht ein Nachlaßgläubiger also seine Befriedigung vor der Teilung aus dem Anteil eines Miterben am ungeteilten Nachlaß, so gereicht die bezügliche Erweiterung bzw. Verminderung, soweit dies im konkreten Falle für die Befriedigung von Bedeutung ist, dem Nachlaßgläubiger zum Vorteil oder zum Nachteil. Dies gewinnt praktische Bedeutung besonders dann, wenn die Nachlaßverbindlichkeit, deren Befriedigung verlangt wird, nur den Erbteil des in Anspruch genommenen Miterben belastet. Macht ein Miterbe nach der Teilung einem Nachlaßgläubiger gegenüber die Beschränkung seiner Haftung geltend, so bildet den Gegenstand dieser Haftung dasjenige, was er kraft seines durch die Ausgleichungsberechtigung erweiterten bzw. durch die Ausgleichungspflicht geminderten Miterbenrechtes aus dem Nachlaß erlangt hat. Die der Ausgleichung unterliegende Zuwendung selbst ist somit demjenigen, womit der beschränkt haftende ausgleichungspflichtige Miterbe den Nachlaßgläubigern haftet, niemals zuzurechnen. Hat ein beschränkt haftender ausgleichungspflichtiger Miterbe infolge der Ausgleichung aus dem Nachlasse nichts erhalten, so kann er sich daher auch der Entrichtung eines nur ihm auferlegten Vermächtnisses durch Geltendmachung der beschränkten Haftung vollständig entziehen (vgl. dazu oben Vorbm. 4 zu §§ 2050—2057 auf S. 291).

b) Die unter den Miterben stattfindende Ausgleichung kann niemals zur Folge haben, daß sich die Erbteile der Miterben im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern lediglich nach den wirklichen Anteilen am Nachlaß bestimmen, welche sich für die Miterben infolge der Ausgleichung ergeben. Dieser Auffassung, die auch die herrschende ist (vgl. dazu Strohal § 91 bei Anm. 7; Langheineken S. 35 ff.; Kipp bei W. a. a. O.), tritt allerdings Binder III S. 176 ff., 190, 329 Anm. 66 mit der Aufstellung entgegen, daß sich die Größe der den Nachlaßgläubigern gegenüber in Betracht kommenden Erbteile der Miterben nach dem Maßstab richtet, nach welchem der Nachlaß unter Berücksichtigung der auszugleichenden Vorempfänge unter die Miterben geteilt wird. Nicht so weit wie Binder scheint Dernburg V § 182 bei Anm. 4 gehen zu wollen; denn nach dieser Ausführung soll der von Dernburg sogenannte „reelle Erbteil" (worunter er den aus der Berücksichtigung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen sich ergebenden wirklichen Anteil eines Miterben am Nachlaß versteht) im Gegensatz zum „nominellen Erbteil" doch nur für die Beurteilung des Innenverhältnisses unter den Miterben maßgebend sein. Der Lehre Binders ist folgendes entgegenzuhalten: Das BGB. versteht unter „Erbteil" immer nur denjenigen Anteil der Erbschaft, in Ansehung dessen jemand zur Erbfolge berufen ist bzw. endgültiger Erbe geworden ist. Beweis dessen insbesondere auch die auf die Ausgleichung sich beziehenden §§ 2055, 2056, 1935, 2095. Im § 2059 Abs. 1 wird dem Anteil eines Miterben am Nachlaß der „Erbteil" des Miterben ausdrücklich gegenübergestellt. Der wirkliche Anteil eines Miterben am Nachlaß ergibt sich erst bei der Auseinandersetzung; die Erbteile der sich auseinandersetzenden Miterben müssen dagegen, da sie die notwendige Grundlage der Auseinandersetzung bilden, schon vor dieser gegeben sein (§§ 2034, 2055, 2056). Die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten setzt schon mit der Erbfolge (§ 2058) und nicht erst mit der Auseinandersetzung ein und sie bleibt bestehen, auch wenn es zu dieser wegen des Mangels jedes Aktivbestandes, oder weil der vorhanden gewesene Aktivbestand schon vor der Auseinandersetzung etwa im Wege des Nachlaßkonkurses zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger völlig aufgezehrt worden ist, überhaupt nicht kommt. Sie ist grundsätzlich eine gesamtschuldnerische, aber auf dasjenige, was ein Miterbe vom Nachlaß wirklich erhält, beschränkbare, kann jedoch sowohl vor (§ 2059 Abs. 1) als auch nach der Auseinandersetzung zu einer unbeschränkten werden. Wie es aber bei der unbeschränkten

Haftung des Alleinerben gleichgültig ist, ob auf diesen effektive Werte aus dem Nachlaß gelangt sind, so muß dasselbe auch im Falle der unbeschränkten Haftung eines Miterben gelten. Sowohl die beschränkte als auch die unbeschränkte Haftung eines Miterben kann unter Umständen eine nur anteilige sein (vgl. oben Erl. 1, 2). Trifft dies zu, so richtet sich, wie § 2059 Abs. 1 außer Zweifel stellt, der Bruchteil der Verbindlichkeit, für welchen der Miterbe haftet, grundsätzlich und primär nicht nach dessen wirklichem Anteil am Nachlaß, sondern nach dessen Erbteil.

c) Innenverhältnis. Soweit ein ausgleichungsverpflichteter Miterbe in Ansehung einer gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeit dem Gläubiger nach dem unter b Bemerkten in höherem Maße haftet, als dem auf ihn wegen seiner Ausgleichungspflicht entfallenden wirklichen Anteil am Nachlaß entspricht, ist er auf Grund des Miterbenverhältnisses denjenigen Miterben, welchen infolge ihrer Ausgleichungsberechtigungen effektiv größere Anteile am Nachlaß zukommen, als ihren Erbteilen entsprechen würden, zu dem Verlangen auf Befreiung bzw. auf Ersatz des Geleisteten berechtigt (vgl. aber doch auch Erl. 1b zu § 2063).

d) Stellung des Nachlaßgläubigers bei nur anteiliger Haftung der Miterben. Haften die Miterben einem Nachlaßgläubiger nach der Auseinandersetzung nur anteilig (§§ 2060, 2061), so entsteht die praktisch wichtige Frage, ob der Gläubiger unbeschadet der ihm gegenüber nach b eintretenden Haftung des ausgleichungspflichtigen Miterben von jedem ausgleichungsberechtigten Miterben außer dem dessen Erbteil entsprechenden Bruchteil der Forderung auch noch denjenigen Bruchteil derselben verlangen kann, welcher der nur infolge der Ausgleichung eintretenden Erhöhung des Anteils des Ausgleichungsberechtigten am Nachlaß entspricht. Vgl. darüber Erl. 6 zu § 2061.

8. Kann den unbeschränkt aber nur anteilig haftenden Miterben eine Haftung nach §§ 1978—1980 treffen? Im Falle der unbeschränkten anteiligen Haftung eines Miterben scheint sich eine eigentümliche Schwierigkeit daraus zu ergeben, daß die §§ 1978—1980 bei allgemein unbeschränkter Haftung des Erben nach § 2013 Abs. 1 Satz 1 keine Anwendung finden sollen. Diese Vorschrift beruht wesentlich darauf, daß die Belastung des allgemein unbeschränkt haftenden Erben mit einer den Nachlaßgläubigern gegenüber eintretenden besonderen Verantwortlichkeit wegen seines Gebarens mit dem Nachlaß praktisch aus dem Grunde bedeutungslos sein würde, weil dieser Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten ohnedies mit seinem gesamten Vermögen haftet und somit darüber hinaus nicht mehr haftbar gemacht werden kann (vgl. Erl. 2c zu § 2013 auf S. 199). Allein diese Erwägung trifft nur für den Alleinerben und für den gesamtschuldnerisch haftenden Miterben zu, nicht dagegen auch für den zwar unbeschränkt aber nur anteilig haftenden Miterben. Rücksichtlich seiner scheint daher mit Strohal II § 89 bei Anm. 21 (zustimmend Kreß S. 136 und Dernburg V § 187 Anm. 3; widersprechend Binder III S. 336f.) angenommen werden zu dürfen, daß ihn neben seiner anteiligen unbeschränkten Haftung die Haftung nach Maßgabe der §§ 1978—1980 allerdings treffen kann. Dies soll an nachstehendem Beispielsfalle genauer dargelegt werden. A und B, von denen der des Rechtes zur Haftungsbeschränkung nach teilhaftige A Miterbe zu $^5/_6$, der bereits unbeschränkt haftende B Miterbe zu $^1/_6$ geworden ist, haben nach Veranstaltung des Privataufgebots im Sinne des § 2061 und nach Befriedigung der ihnen bekannt gewordenen Nachlaßgläubiger den noch auf 300 Mk. sich belaufenden Nachlaß unter sich geteilt, wobei auf den A 250 Mk. und auf den B 50 Mk. entfallen sind. Nachträglich kommt eine Nachlaßverbindlichkeit von 600 Mk. zum Vorschein und stellt sich zugleich heraus, daß der Nachlaß vor der Teilung infolge eines dem B im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern nach § 1978 zur Last zu legenden Verschuldens um den Wert von 300 Mk. gemindert worden war.

In welchem Maße kann hier der Gläubiger zur Befriedigung gelangen? Selbstverständlich kann er vom A mit Rücksicht auf dessen anteilige beschränkte Haftung (für $^5/_6$ der Forderung) die vollen 250 Mk. verlangen, welche dieser Miterbe bei der Teilung erhalten hat, und vom B mit Rücksicht auf dessen anteilige unbeschränkte Haftung (für $^1/_6$ der Forderung) 100 Mk. Hierbei steht aber der Gläubiger doch noch immer ungünstiger, als er stehen würde, wenn B anteilig und beschränkt haftete. Denn unter dieser Voraussetzung müßte der B dem Gläubiger nach § 1978 dafür einstehen, daß der Teilung des Nachlasses unter die Miterben nicht der unverminderte Bestand von $300 + 300 = 600$ Mk. zugrunde gelegt werden konnte, wobei auf den A 500 und auf den B 100 entfallen sein würden, und damit zugleich dafür, daß der Gläubiger von dem beschränkt haftenden Miterben A statt 500 nur 250 Mk. erlangen konnte. Da es nun der Absicht des Gesetzes unmöglich entsprechen kann, daß die Haftung des anteilig unbeschränkt haftenden Erben in dieser Beziehung hinter der Haftung des anteilig beschränkt

§. 2058. Die Erben haften für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner.

haftenden Miterben zurückbleibt, so wird zu entscheiden sein, daß der Gläubiger jenen Erben, soweit ihm dessen unbeschränkte Haftung, weil sie eben eine nur anteilige ist, nicht zustatten kommt, für die Folgen eines nach § 1978 zu beurteilenden schuldbaren Gebarens allerdings verantwortlich machen kann.

9. Anerbenrecht. Über den möglichen Einfluß landesgesetzlicher Vorschriften über das Anerbenrecht auf die Gestaltung der Erbenhaftung vgl. Erl. 3 b, c zu Art. 64 EG. in Bd. VI S. 170 f.

§ 2058.

E. I § 2051 Satz 2; II § 1932 rev. § 2035; III § 2033. P. I S. 10606 ff., 11434; M. V S. 526 ff. P. II Bd. 5 S. 867 ff. D. S. 730.

1. Der § 2058 stellt an die Spitze des Unterabschnitts den **Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung der Erben.** Wegen der Einschränkungen, die dieser Grundsatz in den folgenden Paragraphen erleidet, s. die Vorbm. Erl. 2, wegen der Einwirkung des amtlichen Liquidationsverfahrens ebendort Erl. 2 a. Der Grundsatz gilt nur für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten, somit nicht für diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten, welche (wie dies besonders bei Vermächtnissen und Auflagen vorkommen kann, vgl. übrigens auch Erl. 3 zu § 1967) nur einen einzelnen Miterben treffen. Wie man den Begriff der gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 2058 positiv festzustellen hat, ist jedoch nicht unzweifelhaft. Selbstverständlich sind durch den Ausdruck des Gesetzes die allen Miterben gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten getroffen. Man scheint jedoch die Bestimmung des § 2058 auch auf Fälle, in denen eine Nachlaßverbindlichkeit zwar nicht allen, aber doch mehreren Miterben gemeinschaftlich ist, beziehen und demgemäß sagen zu dürfen, daß rücksichtlich einer solchen Verbindlichkeit die betroffenen Miterben (abweichend von § 420) als Gesamtschuldner haften. Verbindlichkeiten solcher Art sind z. B. Vermächtnisse und Auflagen, mit denen nicht alle, aber doch mehrere Miterben beschwert sind, die Verbindlichkeit der Miterben eines pflichtteilsberechtigten Erben zur Leistung des durch dessen Erbteil nicht gedeckten Pflichtteilsbetrags (§ 2305), bzw. der nicht gedeckten Pflichtteilsergänzung (§ 2326). Zur Rechtfertigung dieser Auffassung (für sie Strohal II § 87 Anm. 1 a, Knitschky, Arch. f. civ. Pr. 91 S. 288, Binder III S. 298 Anm. 2; dagegen die früheren Auflagen, Cosack II § 404 bei Anm. 10, Kreß S. 77) kann angeführt werden, daß in § 2046 Abs. 2 rücksichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten der bezeichneten Art die Befriedigung aus demjenigen vorgesehen ist, was den betroffenen Miterben bei der Auseinandersetzung gemeinschaftlich zugewiesen wird, und daß die Rechtsverfolgung für die in Frage kommenden Gläubiger durch eine vor ihrer Befriedigung vorgenommene Teilung des Nachlasses zweifellos erschwert wird. Bei sukzessiver Auseinandersetzung ist insbesondere noch mit der Möglichkeit zu rechnen, daß in der Erbengemeinschaft nur diejenigen Miterben verbleiben, welchen die bezeichneten Verbindlichkeiten gemeinschaftlich sind. Man erwäge ferner, daß § 2058 jedenfalls eingreift, wenn von drei Miterben einer mit einem Vorausvermächtnis bedacht ist, in Ansehung dessen neben den Miterben auch er selbst beschwert ist (§ 2150), und daß es wenig einleuchtend ist, wenn die Bestimmung des Erblassers, daß der Vorausvermächtnisnehmer in Ansehung des Vorausvermächtnisses nicht mitbeschwert sein soll, zur Folge haben würde, daß die Miterben dem Vorausvermächtnisnehmer nur anteilig haften. Ganz unmaßgeblich für die Entscheidung der besprochenen Frage ist § 2148; denn hinsichtlich der mehreren Erben auferlegten Vermächtnisse wird im § 2148, wie sich mit besonderer Deutlichkeit aus der ausdrücklichen Hervorhebung der nach § 1972 durch das Aufgebot zur Beschränkung der Haftung nach § 1973 nicht betroffenen Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen im § 2060 Nr. 1 ergibt, nur das Verhältnis zwischen den belasteten Erben untereinander bestimmt (vgl. auch Bayer. ObLG. im Recht 1906, S. 621). Lehnt man das vorstehende Ergebnis ab, so würde in den besprochenen Fällen eine gesamtschuldnerische Haftung der mehreren Erben nur nach § 431 bei Unteilbarkeit der Leistung eintreten.

Für die nach den §§ 1978—1980 wegen des schuldhaften Gebarens der Miterben oder eines von ihnen bei der Verwaltung und Liquidation des Nachlasses zugunsten der Nachlaßgläubiger begründeten Ansprüche — die nach § 1978 Abs. 2 (vgl. auch KO. § 228 Abs. 2) nicht Passiven, sondern Aktiven des Nachlasses bilden — gilt § 2058 offenbar nicht. Eine Gesamthaftung aller oder mehrerer Erben kann hier nach § 1978 Abs. 1 i. V. m. § 427 oder nach

§ 823 Abs. 2, § 840 bestehen (vgl. auch Strohal II § 88 Anm. 22, a. A. Kreß S. 128ff.), doch finden auf diese Gesamthaftung die §§ 2059ff. keine Anwendung (vgl. Erl. 3 zu § 1980).

2. Soweit bei Klagen der Nachlaßgläubiger für die Zulässigkeit des Gerichtsstandes der Erbschaft das Vorhandensein einer Mehrheit von Erben bestimmend ist (vgl. aber auch CPO. § 27 und dazu den Schluß der Erl.), entscheidet jetzt nicht mehr (wie nach dem bisherigen § 28 Abs. 2 der CPO.) der Umstand, ob der Nachlaß noch ungeteilt ist, sondern die Frage, ob die mehreren Erben **noch als Gesamtschuldner haften** (CPO. § 28). Da die gesamtschuldnerische Haftung der Miterben nur nach Maßgabe der §§ 2060, 2061 beendigt wird, so kann der Gläubiger der Fortdauer dieser Haftung und damit zugleich des Begründetseins des Gerichtsstandes der Erbschaft jedenfalls dann sicher sein, wenn ihm bezüglich der Anmeldung oder sonstigen Geltendmachung seiner Forderung (vgl. § 2060 Erl. 1, 2, § 2061) keine Säumnis zur Last fällt und auch der Tatbestand der Nr. 3 von § 2060 nicht gegeben ist. Besonderes gilt für Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen sowie für Pflichtteilsansprüche; die auf deren Geltendmachung gerichteten Klagen können wie im Falle der Erbfolge eines Alleinerben so auch bei der Erbenmehrheit (und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlaß noch ungeteilt oder bereits geteilt ist, oder darauf, ob eine gesamtschuldnerische Haftung der Miterben überhaupt entstanden ist oder noch fortbesteht) immer im Gerichtsstande der Erbschaft erhoben werden.

3. **Im Verhältnis untereinander** haben die Miterben zur Berichtigung der ihnen gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich nach Verhältnis ihrer Erbteile beizutragen. Diese Abweichung von der Regel des § 426 (vgl. die dortige Erl. 1) folgt aus der Natur des Rechtsverhältnisses und ist auch aus § 748, § 2038 Abs. 2 zu entnehmen. Durch Vereinbarung der Erben oder Anordnung des Erblassers kann übrigens dieses Beitragsverhältnis auch anders bestimmt sein und eine besondere Gestaltung desselben kann sich insbesondere infolge der Ausgleichung der Vorempfänge nach §§ 2050—2056 ergeben (vgl. darüber Vorbm. zu diesem Unterabschnitt unter Erl. 7c S. 312). Hinsichtlich aller nach außen hin gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten ist jeder Erbe zunächst den Miterben gegenüber nur verpflichtet, zur Berichtigung der Schuld aus dem ungeteilten Nachlasse nach Maßgabe des § 2046 (vgl. auch § 2042 Abs. 2 in Verbindung mit § 755, ferner M. V S. 697f.) mitzuwirken oder doch seine Zustimmung zu dieser Berichtigung zu erteilen. Zur Berichtigung einer allen Miterben gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeit aus seinem Eigenvermögen wird der einzelne Miterbe regelmäßig keine Veranlassung haben. Läßt er sich aber dazu herbei, so wird er sofortigen Ersatz aus den Mitteln des Nachlasses insoweit nicht verlangen können, als nach den Umständen anzunehmen ist, daß er für den Nachlaß in Vorschuß gehen wollte oder doch (zufolge der mit den Miterben getroffenen Abrede oder zufolge der Anordnung des Erblassers) gehen sollte. Andernfalls gebührt ihm Ersatz aus dem ungeteilten Nachlaß nach Maßgabe des in Erl. 4 zu § 2046 Ausgeführten. Ein solcher Anspruch ist (soweit sich nicht aus der besonderen Beschaffenheit des Falles auch hier eine abweichende Entscheidung ergibt) insbesondere begründet, wenn ein Miterbe eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit unter Umständen berichtigt, vermöge deren er in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintritt (vgl. besonders §§ 268, 774, 1143, 1225, 1249). Hat der schon vor der Teilung des Nachlasses begründete Regreßanspruch eines Miterben bzw. der auf diesen übergegangene Anspruch des Nachlaßgläubigers weder vor noch bei der Auseinandersetzung die entsprechende Berücksichtigung gefunden, oder hat ein Miterbe erst nach der Teilung des Nachlasses einen Nachlaßgläubiger in höherem Maße befriedigt, als er die Last der Verbindlichkeit nach Maßgabe des unter den Miterben bestehenden Verhältnisses zu tragen hat, so sind ihm die übrigen Miterben zur nachträglichen Ausgleichung verpflichtet, wobei ihnen aber die Vorschrift des Abs. 2 von § 2063 (vgl. die dortige Erl. 1b) zustatten kommt.

4. Die prozessuale Geltendmachung der einem Miterben gegen den Nachlaß zukommenden Forderung (also auch einer Regreßforderung), der eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit aller Miterben entspricht, ist vor der Teilung des Nachlasses keineswegs ausgeschlossen (vgl. auch Weißler, Nachlaßverfahren S. 376; Kreß S. 103 Anm. 3; Binder III S. 341 bei Anm. 6; OLG. Dresden in Sammlung 25 S. 364; Fuchs bei Gruch. 48 S. 162; a. A. Boehm, Erbrecht, 2. Aufl. S. 420 IV und bei Gruch. 42 S. 709; Schroeder a. a. O. und die Entscheidung in SeuffA. 59 S. 97f.). Der Eintritt einer anteiligen Konfusion kommt mit Rücksicht auf die Gestaltung der Erbengemeinschaft nicht in Frage (vgl. Erl. 2 zu § 2032). Das vom Miterben-Gläubiger angestrebte praktische Ziel dürfte am besten zu erreichen sein, wenn er die übrigen Miterben (Gemeinschafter) darauf verklagt, daß sie in die Befriedigung der

§. 2059. Bis zur Theilung des Nachlasses kann jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er außer seinem Antheil an dem Nachlasse hat, verweigern. Haftet er für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt, so steht ihm dieses Recht in Ansehung des seinem Erbtheil entsprechenden Theiles der Verbindlichkeit nicht zu.

Das Recht der Nachlaßgläubiger, die Befriedigung aus dem ungetheilten Nachlasse von sämmtlichen Miterben zu verlangen, bleibt unberührt.

---

eingeklagten Forderung aus dem ungeteilten Nachlaß bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in diesen einwilligen. Die Erlangung eines Vollstreckungstitels gegen einen einzelnen Miterben, auf Grund dessen hinsichtlich der ganzen Forderung Zwangsvollstreckung in den Anteil dieses Miterben am Nachlaß geführt werden könnte, wird der Miterbe-Gläubiger dagegen kaum durchsetzen können. Denn dem in solcher Weise vorgehenden Miterben-Gläubiger würde der verklagte Miterbe auf Grund des Miterbenverhältnisses die Einwendung entgegenstellen können, daß er nicht gehalten sei, die vom Kläger mitzutragende Last der in Frage kommenden Verbindlichkeit auch nur vorläufig allein zu tragen (vgl. auch Schroeder a. a. O.; anders jedoch Binder a. a. O.).

§ 2059.

E. II § 1933 rev. § 2036; III § 2034. P. II Bd. 5 S. 868 ff. D. S. 730 f.

Gestaltung der Haftung der Miterben bis zur Teilung des Nachlasses.

1. Dem während der Dauer der Erbengemeinschaft, genauer „bis zur Teilung des Nachlasses" im Sinne des § 2059 (vgl. Erl. 6) seine Befriedigung suchenden Nachlaßgläubiger eröffnet das Gesetz die Möglichkeit eines doppelten Vorgehens:

a) Er kann die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß von sämtlichen als Gesamtschuldner haftenden Miterben verlangen (§ 2059 Abs. 2). Zur Führung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, d. h. in die einzelnen zum ungeteilten Nachlaß gehörenden Gegenstände mit Einschluß derjenigen, deren Zugehörigkeit zum Nachlaß auf der, auch den Nachlaßgläubigern zustatten kommenden Surrogation nach § 2041 beruht, bedarf er eines gegen alle Miterben wirksamen Vollstreckungstitels (CPO. § 747). Es ist zu diesem Zwecke aber nicht unbedingt notwendig, daß alle Erben gemeinschaftlich verklagt werden (vgl. auch RSpr. 9 S. 113). Denn abgesehen davon, daß diejenigen Miterben nicht mit verklagt zu werden brauchen, welche sich zu einem vollstreckbaren Anerkenntnisse (CPO. § 794 Nr. 2, 5) verstanden haben, kann auch im übrigen der formelle Schuldtitel gegen die einzelnen Miterben ein verschiedener sein, z. B. gegenüber dem einen Miterben ein Urteil, gegenüber einem anderen ein Vollstreckungsbefehl. Werden die Erben gemeinschaftlich verklagt, so haben sie prozeßrechtlich die Stellung notwendiger Streitgenossen (CPO. §§ 62, 472).

In der Praxis ist die Frage aufgeworfen worden, ob auf Grund eines gegen alle Miterben wirksamen Vollstreckungstitels auch ein Gläubiger, der nicht Nachlaßgläubiger ist, also z. B. ein solcher, dem alle Miterben infolge des von ihnen geschlossenen Verpflichtungsvertrags nach § 427 gesamtschuldnerisch haften, Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände führen kann. Hierauf ist unter der Voraussetzung, daß weder Nachlaßverwaltung noch Nachlaßkonkurs besteht, sicherlich bejahend zu antworten (vgl. auch die Mitteilung von Reichel in der Z. f. CP. 36 S. 343; s. ferner Begr. z. CPO. S. 150).

b) Den Nachlaßgläubigern steht es aber auch zu, gegen die einzelnen als Gesamtschuldner haftenden Miterben vorzugehen. Auf Grund des nur gegen einen einzelnen Miterben erwirkten Vollstreckungstitels kann der Nachlaßgläubiger zwar nicht in die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände, auch nicht zu dem, dem Anteil des Vollstreckungsschuldners entsprechenden Anteil an diesen Gegenständen Zwangsvollstreckung führen, wohl aber, und zwar in Ansehung der ganzen Forderung in den Anteil des Miterben am Nachlaß (§ 2058, § 2059 Abs. 1). Übrigens ist auch auf Grund des gegen alle Miterben als Gesamtschuldner ergangenen Urteils (§ 2059 Abs. 2, CPO. § 747) die Führung der Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Miterben nach Maßgabe des § 2059 Abs. 1 möglich (vgl. auch KG. in RSpr. 11 S. 232). Bezüglich der Frage, ob der Nachlaßgläubiger Befriedigung aus dem Eigenvermögen des Miterben verlangen kann, ist also zu unterscheiden:

α) Ist der Miterbe dem Nachlaßgläubiger gegenüber des Rechtes auf Beschränkung seiner Haftung noch teilhaftig (argum. a contrario aus § 2059 Abs. 1 Satz 2), so kann

er die Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeit aus seinem Eigenvermögen vollständig verweigern und den Gläubiger somit auf seinen (des Miterben) Anteil am Nachlaß verweisen (§ 2059 Abs. 1 Satz 1).

β) Hat der Miterbe einem Nachlaßgläubiger gegenüber das Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß (bzw. auf dasjenige, was er vom Nachlaß hat) bereits eingebüßt, so würde er diesem bei Festhaltung der Regel des § 2058 ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlaß noch ungeteilt oder bereits geteilt ist, in Ansehung der ganzen Forderung auch mit seinem Eigenvermögen zu haften haben. In dieser Beziehung greift jedoch die aus § 2059 Abs. 1 Satz 1 inhaltlich zu ergänzende Vorschrift des Satz 2 daselbst ein, zufolge deren sich der einem Gläubiger der bezeichneten Art gegenüberstehende Miterbe für die Zeit bis zur Teilung des Nachlasses den Zugriff auf sein Eigenvermögen nur in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Bruchteils der Verbindlichkeit gefallen zu lassen braucht (über die Frage der Anwendbarkeit der Vorschrift in den Fällen des § 2007 vgl. die dortige Erl. 2a auf S. 188).

Bei Unteilbarkeit der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung (§ 431) ist eine unmittelbare Anwendung von § 2059 Abs. 1 Satz 2 offenbar ausgeschlossen. Denn in diesem Falle kann von einem dem Erbteil des Miterben entsprechenden Bruchteil der Forderung, hinsichtlich dessen dem Gläubiger der Zugriff auf das Eigenvermögen des Miterben nicht soll verwehrt werden können, keine Rede sein. Für welche Behandlung hat man sich also zu entscheiden? Die von einigen Schriftstellern vertretene Lösung, daß der unbeschränkt haftende Miterbe hinsichtlich der unteilbaren Forderung schon vor der Teilung des Nachlasses den Zugriff auf sein Eigenvermögen ohne jede Einschränkung zulassen müsse, ist weder mit dem Wortlaut noch mit der billigen Absicht des Gesetzes in Einklang zu bringen. Denn nach jener Lösung würde der Miterbe das ihm durch § 2059 Abs. 1 Satz 2 nur in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Bruchteils der Forderung versagte, im übrigen aber zustehende Leistungsverweigerungsrecht infolge der Unteilbarkeit der gegen ihn geltend gemachten Forderung vollständig einbüßen. Eine erfolgreiche Inanspruchnahme des Eigenvermögens des zwar unbeschränkt haftenden, sein Recht aus § 2059 aber ordnungsmäßig wahrenden Miterben dürfte daher für den Gläubiger der unteilbaren Forderung vor der Teilung des Nachlasses nur möglich sein, wenn er die Forderung, unbeschadet des dem Miterben zukommenden Rechtes, sich durch Naturalleistung zu befreien, nach ihrem Geldwerte geltend macht und in Ansehung des dem Erbteil des Miterben entsprechenden Bruchteils dieses Geldwertes Zwangsvollstreckung führt. So im wesentlichen auch Strohal § 88 Anm. 10a; im Ergebnisse verwandt auch Cosack II § 387 bei Anm. 13, dessen Annahme, daß sich die unteilbare Forderung in allen Fällen, in denen das Gesetz dem Miterben die Wohltat der geteilten Haftung zuspricht, von Rechts wegen in eine Geldforderung verwandle, aber viel zu weit geht; grundsätzlich a. M. Kreß S. 268 Anm. 16 und wie es scheint auch Binder III S. 328.

2. Hinsichtlich der **rechtlichen Natur** der aus § 2059 Abs. 1 sich ergebenden Rechtsbehelfe, die miteinander gemein haben, daß sie nur für die Zeit bis zur Teilung des Nachlasses also mit nur aufschiebender Wirkung geltend gemacht werden können, herrscht zurzeit noch einige Unsicherheit. Sie erklärt sich zum Teile aus der Fassung des von der zweiten Kommission in Aussicht genommenen, die in P. II Bd. 5 S. 875 niedergelegte Auffassung aber nur unvollkommen wiedergebenden § 696f CPO., der nach der Anlage II zur Denkschrift also lautete:

> Das nach § 2034 des BGB. (jetzt § 2059) den Miterben zustehende Recht kann geltend gemacht werden, ohne daß es eines Vorbehalts im Urteile bedarf. In Ansehung des dem Erbteil entsprechenden Teiles einer Nachlaßverbindlichkeit bleiben die Vorschriften des § 695 (jetzt CPO. § 780) unberührt.
>
> Die Erledigung der Einwendung erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689 (jetzt CPO. §§ 767, 769, 770).

Dieser § 696f ist jedoch im Bundesrat auf Grund der Erwägung, daß sich die aufgestellten Sätze, soweit sie richtig seien, schon aus der Natur des dem Erben im BGB. § 2059 gewährten Rechtes und des jetzigen § 780 CPO. herleiten ließen (vgl. auch die Begründung des § 696f in der Bundesratsvorlage, Bundesratsdrucksachen 1897 Nr. 119 S. 85), gestrichen und somit in die CPO. nicht aufgenommen worden. Hierdurch ist Raum für freie sachliche Beurteilung gegeben. Diese führt aber zu folgenden Ergebnissen:

a) Obschon sich das dem Miterben nach § 2059 Abs. 1 Satz 1 bis zur Teilung des Nachlasses zukommende Recht, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus seinem Eigenvermögen vollständig, also selbst hinsichtlich des dem Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit zu verweigern, als ein bloßer Ausfluß der allgemeinen Vorschriften über die Verwirklichung der beschränkten Haftung (§§ 1975, 1990—1992) nicht bezeichnen läßt (vgl. dazu die Vorbm. Erl. 2a zu §§ 2058—2063 auf S. 309), so beruht es doch auf einer besonderen, die Anwendung der §§ 1975, 1990—1992 übrigens nicht völlig ausschließenden (vgl. darüber die folgende Erl. 3) Ausgestaltung des Prinzips der Beschränkbarkeit der Haftung für einen eigenartigen und zugleich praktisch besonders wichtigen Fall. Die Ausrüstung des in ungeteilter Erbengemeinschaft stehenden Miterben mit dem bezeichneten Sonderrechte, durch dessen Ausübung ihm die Durchsetzung der Haftungsbeschränkung auch ohne amtliche Nachlaßabsonderung ermöglicht ist, findet ihre Rechtfertigung in der doppelten Erwägung: daß bis zur Teilung des Nachlasses auch ohne Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs eine Absonderung des ungeteilten Nachlasses von dem Eigenvermögen der Miterben durch die Organisation der Erbengemeinschaft (vgl. §§ 2032 ff.) tatsächlich und rechtlich gegeben ist, und daß der des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung noch teilhaftige Miterbe bis zur Teilung des Nachlasses eines besonderen Schutzes gegen den Zugriff eines Nachlaßgläubigers in sein Eigenvermögen auch deswegen bedarf, weil er einerseits seine Haftungsbeschränkung ohne Mitwirkung seiner Miterben durch Stellung des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht herbeizuführen vermag (§ 2062) und andererseits wegen der bestehenden Erbengemeinschaft auch außerstande ist, über Nachlaßgegenstände (ja selbst über Anteile an ihnen) selbständig zu verfügen, während den Nachlaßgläubigern die Erlangung der Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß auf dem durch Abs. 2 von § 2059 bezeichneten Wege offen steht (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 871 ff.). Zweifellos unterliegt aber auch das aus § 2059 Abs. 1 Satz 2 sich ergebende Sonderrecht des Miterben zur vollständigen Abwehr eines Zugriffs auf sein Eigenvermögen den allgemeinen Vorschriften über die Haftung des Erben insoweit, als es dem Miterben gegen einen Gläubiger, dem gegenüber er das Recht zur Haftungsbeschränkung bereits eingebüßt hat, nicht zusteht (§ 2059 Abs. 1 Satz 2). Das Recht zur Haftungsbeschränkung geht aber dem Erben (soweit nicht CPO. § 780 Abs. 2 eingreift) jedem Nachlaßgläubiger gegenüber verloren, auf dessen Klage er als Erbe des Schuldners ohne den Vorbehalt der beschränkten Haftung verurteilt worden ist (CPO. § 780 Abs. 1). Soweit also der bezeichnete Vorbehalt überhaupt erforderlich ist, muß der von einem Nachlaßgläubiger verklagte Miterbe auch das bezeichnete Recht dadurch wahren, daß er die Aufnahme des Vorbehalts in das Urteil beantragt. Einer vom Nachlaßgläubiger vor der Teilung des Nachlasses in das Eigenvermögen des ihm beschränkt haftenden Erben geführten Zwangsvollstreckung vermag dieser nach CPO. §§ 781, 785 mit Erfolg entgegenzutreten. Diese Auffassung, für die auch die richtig verstandenen P. II Bd. 5 S. 875 sprechen, ist in Theorie und Praxis bereits zu überwiegender Geltung gelangt; vgl. Strohal II § 88 bei Anm. 10; Jaeger, Erbenhaftung S. 26 (dessen Meinung von Herzfelder S. 319 nicht richtig wiedergegeben wird); Eccius S. 815; Wilke Erl. 2 zu § 2059; Hagen in Iherings Jahrb. 42 S. 135 ff.; Leske II S. 1136 f.; Kreß S. 147 f.; Binder III S. 272; Gaupp-Stein Erl. IV zu CPO. § 780; s. ferner OLG. Dresden in Rspr. 4 S. 120; OLG. Braunschweig in SeuffA. 1902 S. 193; a. M. die früheren Auflagen und Herzfelder S. 319 (gegen dessen widerspruchsvolle Ausführung sich Binder III S. 278 Anm. 15 mit Recht wendet).

Eigentümlich stellt sich zur Frage Dernburg V §§ 188, 189. Er unterscheidet zwischen dem Falle, daß der Gläubiger die Klage gegen alle Erben auf „Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß" erhoben und diesem Antrag gemäß rechtskräftige Verurteilung erlangt hat (vgl. a. a. O. § 188 Abs. IV), und dem Falle eines vom Gläubiger lediglich gegen einen einzelnen Miterben erlangten Urteils, laut dessen dieser zur Befriedigung des Klägers „bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in seinen Erbteil" verurteilt ist (vgl. a. a. O. § 189 bei Anm. 3). Zu jenem Falle führt er aus, daß das erstrittene Urteil, auch wenn es einen weiteren Vorbehalt zugunsten des Miterben nicht enthält, dem Gläubiger einen Titel zur Vollstreckung in das Eigenvermögen des Miterben überhaupt nicht vermittele, und zu diesem Falle, daß, wenn das Urteil wirklich so lautet, wie vorausgesetzt ist, ein besonderer Vorbehalt nach § 780 CPO. gleichfalls keinen Sinn habe. Allein hiermit wird die zu entscheidende Frage nicht gelöst, sondern ihrer Lösung ausgewichen. Denn Dernburg geht in seiner Auseinandersetzung von Möglichkeiten aus, die ein sein Interesse richtig wahrender Nachlaßgläubiger vermeiden muß. Ein solcher Gläubiger wird sein Vorgehen tunlichst so einrichten, daß er auf Grund des von ihm gegen alle Miterben erstrittenen Urteils

bzw. auf Grund der gegen die einzelnen Miterben in gesonderten Prozessen erstrittenen Urteile sowohl zur Zwangsvollstreckung in den noch ungeteilten Nachlaß als auch zur Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Miterben schreiten kann, und zwar sowohl für die Zeit vor als auch für die nach der Teilung des Nachlasses, und zunächst ohne Rücksicht darauf, ob der Miterbe, gegen welchen die Zwangsvollstreckung geführt werden soll, des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch oder nicht mehr teilhaftig ist (vgl. Eccius S. 817; Hagen S. 139; Strohal II § 88 Anm. 12a; Ec-Leonhard III S. 81; Paech S. 57). Dieses Ziel vermag der Gläubiger am besten zu erreichen, wenn er in einem vor der Teilung des Nachlasses geführten Prozesse die Verurteilung aller Miterben als Gesamtschuldner durchsetzt, auf einem etwas umständlicheren und kostspieligeren Wege aber auch dadurch, daß er in gesonderten Prozessen gegen jeden Miterben einen auf die ganze Forderung sich beziehenden Vollstreckungstitel erwirkt.

Nicht ganz einwandfrei KG. in Rspr. 11 S. 232, wo unter anderem bemerkt ist, daß der Anspruch aus § 2059 Abs. 1 nicht neben dem aus Abs. 2 geltend gemacht werden könne, und daß, wenn beide Ansprüche erhoben sind, dem aus Abs. 2 als dem weitergehenden stattzugeben sei. Hiergegen dürfte zu sagen sein, daß es sich im Falle des Abs. 2 von § 2059 nicht um einen besonderen materiellen Anspruch des Gläubigers gegen die Miterben handelt (a. M. Fuchs bei Gruchot 48 S. 163), sondern nur darum, daß dem Gläubiger auf Grund der im § 2058 bestimmten gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben bei Vorhandensein eines gegen sie alle wirksamen Vollstreckungstitels (oder wohl auch mehrerer sich wechselseitig ergänzender und deshalb in ihrer Vereinigung in gleicher Weise wirksamer Titel) selbstverständlich der Zugriff auf den ungeteilten Nachlaß ermöglicht ist; vgl. übrigens noch Erl. 4.

Schlägt der Gläubiger einen der vorhin bezeichneten Wege ein, so ist die Frage nicht zu umgehen, wie die Miterben oder der allein in Anspruch genommene Miterbe für die Zeit vor der Teilung das Beschränkungsrecht nach § 2059 Abs. 1 Satz 1 und zugleich für die Zeit nach der Teilung die Beschränkung der Haftung zu wahren haben, und hierauf ist, wie bereits oben näher dargelegt wurde, zu antworten, daß die Aufnahme des Vorbehalts der beschränkten Haftung in das Urteil nach § 780 ZPO. wie erforderlich so auch genügend ist. Klagt ein Nachlaßgläubiger, wie Dernburg voraussetzt, gegen alle Miterben lediglich auf „Leistung aus dem ungeteilten Nachlaß", oder gegen einen einzelnen Miterben lediglich auf Befriedigung „bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Erbteil", so ist die Aufnahme des Vorbehalts der beschränkten Haftung in das dem Antrag gemäß ergangene Urteil freilich nicht erforderlich. Denn der Gläubiger hat sich durch seinen Antrag selbst die Hände gebunden, so daß er neuerdings klagen muß, wenn die Miterben, woran sie durch den Gläubiger nicht gehindert werden können, den Nachlaß noch vor der von diesem zu führenden Zwangsvollstreckung teilen, oder wenn der Gläubiger aus dem ungeteilten Nachlaß bzw. aus dem Anteil des verurteilten Miterben zur Befriedigung nicht gelangt ist.

b) Das in § 2059 Abs. 1 Satz 2 (in Verbindung mit Satz 1) bestimmte Recht des Miterben zur einstweiligen Einschränkung seiner Haftung mit dem Eigenvermögen auf den seinem Erbteil entsprechenden Anteil der Verbindlichkeit ist schon seinem Inhalte nach kein Recht auf Beschränkung der Haftung auf dasjenige, was der Miterbe aus dem Nachlaß hat, und seine wirksame Ausübung ist auch nicht dadurch bedingt, daß der Miterbe dem Gläubiger gegenüber des Rechtes auf Beschränkung der Haftung noch teilhaftig ist. Eine einfache Übertragung des unter a Ausgeführten ist hierdurch ausgeschlossen; es muß vielmehr selbständig die Frage aufgeworfen werden, in welcher Weise der Miterbe das ihm für die Zeit vor der Teilung hinsichtlich seines Eigenvermögens gewährte beneficium divisionis durchzusetzen vermag. Es ist mehrfach behauptet worden: es bedürfe hierzu einer besonderen Geltendmachung im Prozeß, und der Miterbe habe also bei sonstigem Verlust der Rechtswohltat der einstweiligen Teilhaftung durch Antragstellung dafür zu sorgen, daß die ihm in Ansehung des Eigenvermögens zustatten kommende einstweilige Teilhaftung bereits im Urteil materiell berücksichtigt und festgelegt werde. Dafür die früheren Auflagen, ferner Jaeger, Erbenhaftung S. 25; Binder III S. 312 ff. (und zwar letzterer in der Weise, daß der Richter die aus § 2059 Abs. 1 Satz 2 sich ergebende „immanente Beschränkung des Rechtes des Gläubigers" von Amts wegen berücksichtigen müsse). Gegen die materielle Festlegung des einstweiligen beneficium divisionis in dem gegen den Miterben ergehenden Urteil im Wege nur anteiliger Verurteilung spricht jedoch die Erwägung, daß sich im Prozeßstadium nicht übersehen läßt, ob der Nachlaß zur Zeit der gegen den Miterben sich richtenden Zwangsvollstreckung noch ungeteilt oder nicht bereits geteilt sein wird, und für den Fall der Ungeteiltheit wieder, ob sich der Miterbe zur Zeit

der gegen ihn geführten Zwangsvollstreckung (weil er des Rechtes zur Beschränkung der Haftung im technischen Sinne noch teilhaftig ist) des im § 2059 Abs. 1 Satz 1, oder (weil er zu dieser Zeit bereits unbeschränkt haftet) nur mehr des im § 2059 Abs. 1 Satz 2 bestimmten Rechtes wird bedienen können (vgl. Strohal II § 88 bei Anm. 12ff.).

Die Aufnahme eines Vorbehalts in das die Verurteilung des Miterben als Gesamtschuldner aussprechende Urteil ist zur Wahrung des einstweiligen beneficium divisionis im Stadium der Zwangsvollstreckung aber allerdings (anders, wie es scheint, die P. II Bd. 5 S. 875) für erforderlich zu erachten. Denn nach CPO. § 780 Abs. 1 kann (soweit nicht Abs. 2 daselbst eingreift) der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteil vorbehalten ist. Um eine dem Tenor des Urteils gegenüber wenigstens für die Zeit bis zur Teilung des Nachlasses eintretende Haftungsbeschränkung, die freilich die Eigentümlichkeit hat, daß sie auch einem Miterben zustatten kommt, welcher dem Gläubiger gegenüber das Recht zur Beschränkung der Haftung im technischen Sinne bereits eingebüßt hat und in diesem Sinne bereits „unbeschränkt" haftet, handelt es sich aber auch hier. Es bleibt jetzt nur mehr zu fragen, ob der allgemeine Vorbehalt der Beschränkung der Haftung nach CPO. § 780 Abs. 1 genügt, oder ob eine besondere Bezugnahme auf das Sonderrecht des § 2059 Abs. 1 Satz 2 erforderlich ist. Man wird sich für das erstere zu entscheiden haben, denn der Wortlaut des § 780 CPO. ist so weit gefaßt, daß er zwanglos auch auf die in § 2059 Abs. 1 Satz 2 bestimmte zeitweilige Haftungsbeschränkung bezogen werden kann. So auch Eccius S. 817; Strohal II § 88 bei Anm. 14aff.; Wilke Erl. 2 zu § 2059; Hagen S. 139 bei Anm. 98; Kreß S. 149ff.; Gaupp-Stein CPO. II Erl. IV zu § 780; Paech S. 57. Für die bezeichnete Behandlung sprechen auch durchschlagende praktische Erwägungen. Ist in das gegen den, wie sich später herausstellt, des Rechtes zur Beschränkung der Haftung im technischen Sinne noch teilhaftigen Miterben ergangene Urteil der allgemeine Vorbehalt der beschränkten Haftung aufgenommen worden, so genügt dies nach den Darlegungen unter a jedenfalls auch zur Wahrung des in § 2059 Abs. 1 Satz 1 bestimmten Beschränkungsrechtes. Es würde nun ebenso seltsam als unbegreiflich sein, wenn sich dieser Vorbehalt in dem Falle, daß der verurteilte Miterbe das Recht zur Beschränkung seiner Haftung im technischen Sinne später einbüßt, zur Wahrung des ihm bis zur Teilung des Nachlasses noch immer zukommenden aber im Verhältnis zu § 2059 Abs. 1 Satz 1 durch Satz 2 daselbst abgeschwächten Beschränkungsrechtes als unzureichend erweisen sollte. Steht freilich zur Zeit des Prozesses bereits fest, daß der verklagte Miterbe das Recht zur Haftungsbeschränkung bereits eingebüßt hat, so wird es naheliegend sein, daß sich der Erbe im Urteil lediglich vorbehalten läßt, was er sich mit Erfolg allein mehr vorbehalten lassen kann, nämlich das Recht der Haftungsbeschränkung bis zur Teilung des Nachlasses nach § 2059 Abs. 1 Satz 2 (vgl. Strohal § 88 Anm. 19; Paech S. 57).

3. Die **Befriedigung** der Nachlaßgläubiger **aus dem ungeteilten Nachlaß** kann sich in verschiedener Weise vollziehen (vgl. dazu Strohal II § 88).

a) Kommt es zur Anordnung der Nachlaßverwaltung oder zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses, so können Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, während der Dauer der amtlichen Nachlaßabsonderung nur gegen den Nachlaß- bzw. Konkursverwalter geltend gemacht werden (vgl. oben Erl. 4 zu § 1975 auf S. 132). Die Frage, wie es mit Prozessen gehalten werden soll, die gegen einen einzelnen des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftigen Miterben vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung anhängig gemacht worden sind, und ob auch hier CPO. § 241 zur Anwendung zu bringen sei, ist ungeachtet der von Eccius S. 822 vorgebrachten Bedenken zu bejahen. Die Notwendigkeit dieser Entscheidung tritt am deutlichsten in Fällen hervor, in denen für die eingeklagte Forderung überhaupt nur ein Miterbe haftet. Ist dieser des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung noch teilhaftig, so kann der Anspruch gegen ihn während der Dauer der Nachlaßverwaltung persönlich überhaupt nicht verfolgt werden. Der Anspruch muß daher als ein gegen den Nachlaß sich richtender aufgefaßt werden. Grundsätzlich verhält es sich aber ebenso, wenn eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit in Frage steht (vgl. Strohal II § 88 Anm. 16b, Kreß S. 168 Anm. 22). Die gegen einen einzelnen Miterben sich richtende Verfolgung des Anspruchs auf Befriedigung einer Nachlaßverbindlichkeit ist während der Dauer der amtlichen Nachlaßabsonderung nur möglich, wenn der Beklagte das Recht zur Beschränkung seiner Haftung bereits eingebüßt hat (vgl. Erl. 2a zu § 2013 auf S. 198). Handelt es sich dabei um eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit, so steht jedoch dem Miterben das zeitweilige beneficium divisionis nach § 2059 Abs. 1 Satz 2 zu.

b) Ist eine Überschuldung des Nachlasses nicht zu besorgen, und liegen auch die Voraussetzungen, unter denen ein Nachlaßgläubiger die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen kann, nicht vor, oder macht doch kein Nachlaßgläubiger von seinem Antragsrechte Gebrauch, so können die Miterben, dafern sie nur die nötige Vorsicht beobachten (man denke dabei insbesondere an die geeigneten Maßnahmen zur Ermittelung der Nachlaßgläubiger, an die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015, an die Inventarerrichtung, an die Führung einer ordnungsmäßigen Verwaltung), den Nachlaß auch selbständig liquidieren, ohne daß sie dabei Gefahr laufen, mit ihrem Eigenvermögen haftbar gemacht zu werden. Dies wird besonders dann wichtig, wenn die Umstände so geartet sind, daß ein Alleinerbe die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß nur im Wege der amtlichen Nachlaßabsonderung herbeiführen könnte. Bei der Erbenmehrheit ergibt sich im bezeichneten Falle der Schutz jedes noch nicht unbeschränkt haftenden Erben gegen die Inanspruchnahme seines Eigenvermögens schon durch die Geltendmachung des im § 2059 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Rechtes.

Stellt sich der Nachlaß jedoch als überschuldet heraus, und beruht die Überschuldung nicht lediglich auf den Ansprüchen bereits ausgeschlossener oder als ausgeschlossen zu behandelnder Gläubiger (§§ 1973, 1974) oder auf Vermächtnissen und Auflagen (§ 1992), und liegen auch die Voraussetzungen des § 1990 nicht vor, so hat, dafern nicht mit den noch unbefriedigten Nachlaßgläubigern ein gütliches Einverständnis erzielt wird, jeder Miterbe ein wesentliches Interesse daran, daß es zur baldigsten Eröffnung des Nachlaßkonkurses komme. Denn unterbleibt sie, so entsteht für die Miterben ungeachtet des Leistungsverweigerungsrechtes des § 2059 Abs. 1 Satz 1 die Gefahr, den Nachlaßgläubigern nach § 1980 haftbar zu werden. Diese Gefahr ist um so größer, als es für die Miterben bei der vorausgesetzten Sachlage kein Mittel gibt, durch dessen Verwendung sie der von einem Nachlaßgläubiger wegen einer Forderung, die weder ausgeschlossen ist, noch einer ausgeschlossenen gleichsteht, noch eine Forderung aus einem Vermächtnis oder einer Auflage ist, in den ungeteilten Nachlaß geführten Zwangsvollstreckung mit der Wirkung entgegentreten könnten, daß der Gläubiger nur zur konkursmäßigen Befriedigung gelangt.

In den Fällen der §§ 1973, 1974, 1990—1992 stehen dagegen den Miterben hinsichtlich der Rangordnung, in welcher die dabei in Frage kommenden Gläubiger aus dem ungeteilten Nachlaß zu befriedigen sind, dieselben Rechte zu, die bei der Alleinerbfolge dem Alleinerben zukommen (vgl. § 1973 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, 3, § 1974 Abs. 2, § 1991 Abs. 3, 4; s. auch oben S. 111, 118, 123, 160f., 165). Die Ausübung des im § 1973 Abs. 2 Satz 2 bestimmten Rechtes, die Durchführung der Zwangsvollstreckung in zum Nachlaß gehörende Gegenstände durch Zahlung ihres Wertes abzuwenden (vgl. auch § 1992 Satz 2), setzt bei der hier vorausgesetzten Ungeteiltheit des Nachlasses das Einverständnis aller Miterben voraus. Unverständlich ist die Meinung von Kreß S. 154, daß den §§ 1973, 1974, 1990—1992 bei der Erbenmehrheit für die Zeit vor der Teilung des Nachlasses keine Bedeutung zukomme. § 2059 schließt die Anwendung der genannten Paragraphen doch offenbar nicht aus.

c) Da die Nachlaßgläubiger, solange der Nachlaß noch ungeteilt ist, ihre Befriedigung aus dem Eigenvermögen der Miterben regelmäßig nicht durchsetzen können und somit praktisch meist (vgl. aber doch auch die folgenden Erl. 4, 6) auf die Erlangung der Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß angewiesen sind, so bestimmt sich dasjenige, was ihnen gegenüber als solcher zu gelten hat, auch wenn es nicht zu amtlicher Nachlaßabsonderung kommt, nach den §§ 1978 bis 1980 (vgl. § 1978 Abs. 2 in Verbindung mit § 1991 Abs. 1). Im Interesse der Nachlaßgläubiger gelten also als zum ungeteilten Nachlaß gehörend auch Ansprüche gegen die Miterben auf Leistung desjenigen, um was der Nachlaß bei entsprechendem Gebaren nicht gemindert worden wäre. Es kann sich hierbei insbesondere um die Leistung von Ersatz für von den Miterben erzielte und unter sie verteilte Nutzungen des Nachlasses, um die zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger vorzunehmende Herausgabe sonstiger aus der Erbengemeinschaft bereits herausgezogener und den einzelnen Miterben zugewiesener Nachlaßgegenstände und um die Vergütung des durch schuldbares Gebaren aller oder einzelner Miterben verursachten Schadens handeln. Darüber, daß auf diese Ansprüche die für die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten maßgebenden Bestimmungen keine Anwendung finden, da es sich hierbei nicht um Passiven, sondern vielmehr um Aktiven des Nachlasses handelt, vgl. Erl. 1 zu § 2058. Zur Geltendmachung der bezeichneten Ansprüche ist in den Fällen der amtlichen Nachlaßabsonderung der Nachlaß- bzw. der Nachlaßkonkursverwalter berufen. Abge-

sehen vom Falle des Nachlaßkonkurses können die Nachlaßgläubiger in diese Ansprüche auch Zwangsvollstreckung führen und sich aus ihnen nach Maßgabe der CPO. befriedigen.

Auf der anderen Seite können die Miterben den ihre Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß suchenden Nachlaßgläubigern nach Maßgabe des § 1978 Abs. 3 die von ihnen für den Nachlaß gemachten Aufwendungen in Rechnung stellen.

4. Vorgehen gegen einzelne Miterben. Will ein Nachlaßgläubiger den in Erl. 1b bezeichneten Weg beschreiten, so kann er schon auf Grund eines rücksichtlich der ganzen Forderung gegen einen einzelnen Miterben erwirkten Vollstreckungstitels nach CPO. § 859 Abs. 2 die Pfändung von dessen Anteil am Nachlaß erwirken (vgl. dazu auch oben Erl. 3 zu § 2033 auf S. 252). Anders nur Binder III S. 306, 310, der auf Grund der von ihm geltend gemachten konstruktiven Bedenken das Ergebnis gewinnen zu können glaubt, daß die Führung der Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miterben am Nachlaß nur den Erbengläubigern, nicht auch den Nachlaßgläubigern zustehe. Allein dieses Ergebnis stellt sich in Widerspruch nicht nur mit den P. II Bd. 5 S. 868 („Einigkeit wurde darüber erzielt, daß der einzelne Erbe der Zwangsvollstreckung in seinen Erbteil jedenfalls nicht widersprechen dürfe"; ähnlich a. a. O. S. 871) sondern auch mit dem Gesetze (§ 2059 Abs. 1 Satz 1), ja sogar mit Binders eigenen a. a. O. S. 295 getroffenen Entscheidungen und ist deshalb zurückzuweisen (vgl. auch H. Meyer a. a. O. S. 39ff.; Strohal II § 88 Anm. 7; Dernburg V § 189 Anm. 4). Durch den Vollzug der vorerwähnten Pfändung erlangt der Gläubiger, vorausgesetzt, daß sein Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist, nach § 2042 Abs. 2 in Verbindung mit § 751 Satz 2 (vgl. auch FGG. § 86) die Möglichkeit, die Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft zu betreiben. Wird hierbei von den übrigen Miterben anerkannt, daß der Forderung des Nachlaßgläubigers eine gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit entspricht, so erfolgt deren Berichtigung aus dem Gesamtnachlaß (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 868). Fehlt es an dieser Voraussetzung, so muß der Gläubiger, wenn er sich nicht aus demjenigen befriedigen will oder kann, was auf seinen Vollstreckungsschuldner bei der Auseinandersetzung entfällt (vgl. dazu oben Erl. 3 zu § 2033), sein Recht auf Befriedigung aus dem Gesamtnachlaß gegen die übrigen Miterben erst erstreiten (Strohal II § 88, bei und nach Anm. 25).

Darüber, daß der Gläubiger, statt die Auseinandersetzung zu betreiben, auch die gerichtliche Anordnung des Verkaufes des gepfändeten Anteils am Nachlaß beantragen kann, vgl. Erl. 3 zu § 2033.

Die Frage, ob und in welchem Maße der Gläubiger auf Grund des gegen einen einzelnen Miterben wirksamen Vollstreckungstitels vor der Teilung des Nachlasses Befriedigung aus dessen Eigenvermögen mit Erfolg verlangen kann, hat bereits in Erl. 1 und 2 ihre Erledigung gefunden.

5. Rechtshängigkeitsfragen. Hat ein Nachlaßgläubiger gegen alle Miterben wegen einer gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeit derart Klage erhoben, daß er schlechthin Verurteilung aller Miterben als Gesamtschuldner verlangt, so steht einer neuen gegen einen einzelnen Miterben auf dessen besondere Verurteilung als Gesamtschuldner gerichteten Klage die Einrede der Rechtshängigkeit (CPO. § 263) entgegen; hat ferner der Gläubiger gegen einen einzelnen Miterben besondere Klage erhoben, laut deren er ohne weitere Beschränkung dessen Verurteilung als Gesamtschuldner verlangt, so wird sich der bereits belangte Miterbe die Behelligung mit einer weiteren Klage, in welcher neben den übrigen Miterben auch er selbst mitbelangt wird, nicht gefallen zu lassen brauchen (vgl. auch Kreß S. 81; Dernburg V § 188 Nr. IV). Anders verhält es sich allerdings, wenn der Gläubiger unzweckmäßigerweise in der zunächst gegen alle Miterben gerichteten Klage sein Begehren auf Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in diesen beschränkt hat. Dann steht besonderen, gegen die einzelnen Miterben, die etwa das Recht zur Beschränkung ihrer Haftung bereits eingebüßt haben, gerichteten Klagen die Einrede der Rechtshängigkeit nicht entgegen (in diesem Sinne dürfte auch Eccius bei Gruch. 43 S. 828 und Fuchs bei Gruch. 48 S. 163 zu verstehen sein). Besonderes gilt für die Fälle der amtlichen Nachlaßabsonderung. Hier ist wie bei der Erbfolge eines Alleinerben, so auch bei der Erbenmehrheit strenge zwischen dem gegen den Nachlaß sich richtenden Anspruch auf Befriedigung aus dem Nachlaß und dem Anspruch auf Befriedigung aus dem Eigenvermögen des Erben bzw. Miterben zu unterscheiden. Während der Dauer der amtlichen Nachlaßabsonderung kann der Gläubiger jenen Anspruch nur gegen den Nachlaß- bzw. Nachlaßkonkursverwalter verfolgen (§ 1975), steht ihm aber daneben die Verfolgung

des Anspruchs auf Befriedigung aus dem Eigenvermögen des bereits unbeschränkt haftenden Miterben nach Maßgabe des § 2059 Abs. 1 Satz 2 offen.

6. Haftung bei **nicht gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten.** Entspricht der Forderung eines Nachlaßgläubigers nicht eine gemeinschaftliche Verbindlichkeit aller Miterben (Gemeinschafter), sondern richtet sie sich nur gegen einen von ihnen, so ist dieser, dafern er nicht für die Verbindlichkeit bereits unbeschränkt haftet, bis zur Teilung des Nachlasses gegen die Führung der Zwangsvollstreckung in sein Eigenvermögen nach Maßgabe des § 2059 Abs. 1 Satz 1 geschützt. Der Gläubiger wird sich also vor der Teilung des Nachlasses mit Aussicht auf Erfolg nur an den Anteil des Miterben am Nachlaß halten können. Haftet der Miterbe für die Verbindlichkeit bereits unbeschränkt, so kann für ihn hier das einstweilige beneficium divisionis des § 2059 Abs. 1 Satz 2 selbstverständlich nicht in Frage kommen. Handelt es sich um eine nur einzelnen, aber nicht allen Miterben (Gemeinschaftern) gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit, so wird dem Gläubiger gleichfalls die Möglichkeit der Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß (abgesehen von dem Falle, daß die nicht betroffenen Gemeinschafter darein einwilligen) versagt sein und er sich daher vor der Teilung regelmäßig nur an die den betroffenen Miterben zukommenden Anteile am Nachlaß halten können. Bei bereits eingetretener unbeschränkter Haftung eines der betroffenen Miterben wird dieser seine Haftung mit dem Eigenvermögen nach § 2059 Abs. 1 Satz 2 bis zur Teilung auf denjenigen Bruchteil der Verbindlichkeit beschränken können, welcher dem Verhältnis seines Erbteils zu den Erbteilen der übrigen durch die Verbindlichkeit mitbetroffenen Miterben entspricht.

7. Die Entscheidung der Frage, wann der Nachlaß im Sinne der §§ 2059—2062 als noch **ungeteilt**, wann als bereits **geteilt** anzusehen ist, ist nicht immer ganz leicht zu treffen. Im allgemeinen ist hierüber im Anschluß an die Ergebnisse, welche die preußische Praxis bereits für das ALR. gewonnen hatte, zu sagen, daß einerseits in der rücksichtlich einzelner Gegenstände vorgenommenen Teilung eine Teilung des Nachlasses im ganzen noch nicht zu erblicken ist, und daß andererseits die Annahme einer Teilung des Nachlasses dadurch noch nicht ausgeschlossen ist, daß einzelne zum Nachlaß gehörende Gegenstände noch nicht geteilt worden sind (vgl. auch Küntzel bei Gruch. 41 S. 842; Strohal II § 89 bei Anm. 17; Dernburg V § 178 bei Anm. 3; a. M. Hachenburg S. 704, der den nicht völlig ungeteilt gebliebenen Nachlaß als bereits geteilt ansieht, und Binder III S. 308f., 319 Anm. 42, der Ungeteiltheit des Nachlasses nur annimmt, wenn dieser völlig intakt geblieben ist). Es kommt somit darauf an, ob die ordnungsmäßige Befriedigung der Nachlaßgläubiger nach Maßgabe des § 2059 Abs. 2 dadurch, daß die Miterben einzelne Nachlaßgegenstände dem Nachlaß entnommen und unter sich geteilt haben, bereits erheblich beeinträchtigt worden ist, oder ob dies nicht zutrifft. Wird diese Frage im Einzelfalle bejaht, so bestimmt sich die Haftung der Miterben nach den §§ 2058, 2060, 2061 und ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung nach § 2062 ausgeschlossen. Soweit hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände das Gesamthandverhältnis noch fortbesteht, kann ein Nachlaßgläubiger in diese freilich auch jetzt nur auf Grund eines gegen alle Gemeinschafter wirksamen Vollstreckungstitels Zwangsvollstreckung führen. Im Falle der Verneinung der Frage bleiben die Miterben des ihnen nach § 2059 Abs. 1 Satz 1 gegen die Inanspruchnahme ihres Eigenvermögens zukommenden Schutzes teilhaftig, obschon sie den ungeteilten Nachlaß durch Herausnahme und Teilung einzelner Nachlaßgegenstände gemindert haben. Die hierin scheinbar gelegene Beeinträchtigung der Nachlaßgläubiger wird dadurch wieder ausgeglichen, daß die Miterben in diesem Falle den Nachlaßgläubigern nach Maßgabe der §§ 1978—1980 verantwortlich sind.

Einzelnes.

a) Als Gegenstand der Teilung des Nachlasses können nur die Nachlaßaktiven in Betracht kommen. Für die Frage, ob der Nachlaß geteilt ist oder nicht, ist es daher durchaus gleichgültig, ob und was die Miterben untereinander bezüglich der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt oder einzelner von ihnen vereinbart haben.

b) Die Vereinbarung eines erst noch zu vollziehenden Auseinandersetzungsplanes ist noch keine Teilung des Nachlasses.

c) Ist der Nachlaß, noch bevor es zu dessen Teilung kam, zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger aufgezehrt worden, so muß dieser Umstand für die Beurteilung der Haftung der Miterben der Teilung gleichgestellt werden. Die abweichende Auffassung von Herzfelder S. 319 führt zu dem unhaltbaren Ergebnis, daß unbeschränkt haftende Mit-

erben sich in dem bezeichneten Falle (weil ja der Nachlaß noch immer nicht geteilt sei) sich dem seine Befriedigung verlangenden Gläubiger gegenüber dauernd auf die Rechtswohltat der einstweiligen Teilhaftung nach § 2059 Abs. 1 Satz 2 berufen könnten. Vgl. übrigens auch Erl. 2c zu § 2060.

d) Erwirbt bei Vorhandensein von zwei oder mehreren Erben einer derselben nachträglich den Anteil des anderen Miterben oder die Anteile aller übrigen Miterben am Nachlaß (vgl. § 2033 Abs. 1 und dazu Erl. 4iα zu § 2042), so ist darin, abgesehen von dem weiter unten hervorgehobenen Ausnahmefalle, eine Teilung des Nachlasses noch keineswegs zu erblicken. Hierbei ist zu beachten, daß sich eine Vereinigung aller Miterbenanteile in einer Hand insbesondere auch dadurch ergeben kann, daß z. B. einer von zwei Miterben den anderen beerbt, oder daß er dessen Anteil durch Ausübung des Vorkaufsrechtes nach §§ 2034—2037, oder auf Grund der Ersteigerung des auf Antrag eines Pfändungspfandgläubigers zur Versteigerung gebrachten Anteils des Miterben (vgl. Erl. 3 zu § 2033) an sich bringt. An der grundsätzlichen Beurteilung der Vereinigung aller Miterbenanteile am Nachlaß in einer Hand wird auch dadurch nichts geändert, daß sie, weil eine weitere Auseinandersetzung regelmäßig (man beachte aber doch auch den Fall der vor der Vereinigung bereits erfolgten Pfändung eines Miterbenanteils) überflüssig machend, tatsächlich in den Dienst des Auseinandersetzungszwecks gestellt werden kann. Grundsätzlich muß daher auch bezüglich des in der Person eines Miterben vereinigten Nachlasses die Anordnung der Nachlaßverwaltung noch zulässig sein (§ 2062).

Da der Gesamtnachlaß aber jetzt nur mehr einen Herrn hat, und da es zu einer Teilung normalerweise überhaupt nicht mehr kommen kann (anders aber z. B. dann, wenn der abgetretene Anteil eines Miterben am Nachlaß schon vor der Abtretung gepfändet war und wenn der Pfändungspfandgläubiger die Teilung des Nachlasses durchsetzt), so wird die Anwendung des § 2059 Abs. 1 auf die Haftung des alle bisherigen Anteile am Nachlaß in seiner Person Vereinigenden praktisch kaum mehr (vgl. aber doch die einen auch hierher gehörenden Fall berührende Erl. 2 zu § 2007 auf S. 188) in Frage kommen. Wegen der Möglichkeit einer den Erwerber aller Anteile nach den §§ 2060, 2061 in Verbindung mit § 2007 treffenden anteiligen unbeschränkten Haftung vgl. Erl. 6 zu § 2060. Diejenigen Miterben, welche ihre Anteile am Nachlaß an einen Genossen abgetreten haben, werden dadurch — soweit nicht die Sondervorschrift des § 2036 eingreift — von ihrer Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht schon von Rechts wegen frei (vgl. §§ 2382, 2385). Sind sie aber des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftig, so werden sie, da sie voraussetzungsgemäß aus dem Nachlasse nichts erhalten haben, unbeschadet ihrer Verantwortlichkeit nach den §§ 1978—1980, von den Nachlaßgläubigern nicht mehr mit Erfolg in Anspruch genommen werden können. Hat ein solcher Miterbe aber das Recht zur Beschränkung der Haftung bereits eingebüßt, so wird er sich auf § 2059 Abs. 1 wegen des Wegfalls der daselbst vorausgesetzten Erbengemeinschaft in aller Regel (anders, wenn die Miterbenanteile infolge der Belastung mit Rechten Dritter ihre bisherige Selbständigkeit behaupten) nicht berufen können, wohl aber gleich dem alle Anteile in seiner Person Vereinigenden unter Umständen auf die §§ 2060, 2061.

Eine wesentlich andere Beurteilung der Vereinigung aller Miterbenanteile in einer Person muß jedoch dann eintreten, wenn sich hinter derselben eine wirkliche Teilung des Nachlasses verbirgt. So verhält es sich dann, wenn die an einen Miterben erfolgende Übertragung der Anteile der übrigen Miterben am Nachlaß darauf abzielt, daß jener hierdurch die von ihm auch benutzte Legitimation erhalte, die übrigen Miterben noch vor der Befriedigung der Nachlaßgläubiger durch Zuweisung von Nachlaßgegenständen abzufinden. Derartige Abfindung ist praktisch Teilung. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist somit hier nach § 2062 ausgeschlossen.

e) Wird bei Vorhandensein von zwei Miterben durch einen in der Form des § 2033 Abs. 1 abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrag (vgl. auch Erl. 3 zu § 2055) oder durch Urteil festgelegt, daß der eine Miterbe mit Rücksicht auf die ihm obliegende Ausgleichungspflicht aus dem Nachlaß nichts erhält und daß dem anderen somit der ganze Nachlaß zu Alleinrecht zukommt, so bleibt hierdurch der Nachlaß in seinem ungeteilten Bestande völlig unberührt. Der Sachverhalt ist also insoweit praktisch derselbe, wie in dem vorhin besprochenen Falle, wo ein Miterbe alle Anteile am Nachlaß in seiner Person vereinigt, ohne daß die übrigen Miterben für die von ihnen vorgenommene Abtretung ihrer Anteile Abfindungen aus dem Nachlaß erhalten haben. Zweifelhaft kann nur sein, ob man bei dem hier ins Auge gefaßten Falle von einer materiellrechtlichen Übertragung eines dem ausgleichungspflichtigen Mit-

§. 2060. Nach der Theilung des Nachlasses haftet jeder Miterbe nur für den seinem Erbtheil entsprechenden Theil einer Nachlaßverbindlichkeit:

---

erben zukommenden Anteils am wirklichen Nachlaß überhaupt noch reden darf und nicht vielmehr anzunehmen ist, daß der bezeichnete Miterbe (ähnlich wie derjenige, welcher, weil zu Unrecht im Grundbuch stehend, die Grundbuchberichtigung bewilligt) lediglich eine formelle Legitimation zu einer ihm (im Zeitpunkte der Auseinandersetzung) materiell nicht zukommenden Gesamthandsberechtigung aufgibt. Die hiermit berührte Frage reicht weit über das Gebiet der Erbengemeinschaft hinaus und kann deshalb an dieser Stelle nicht zur Erledigung gebracht werden. Wie es sich hiermit aber auch verhalten mag, so liegt bei der vorausgesetzten Sachlage doch sicherlich keine Teilung des Nachlasses vor (a. A. freilich Herzfelder S. 312, 319). Die Anordnung der Nachlaßverwaltung muß also wie in den unter d besprochenen Regelfällen noch zulässig sein und auch sonst wird das hinsichtlich dieser Gesagte hier entsprechende Anwendung zu finden haben.

f) Haben sich mehr als zwei Miterben zunächst in der Weise auseinandergesetzt, daß einem der Miterben auf seinen Erbteil Nachlaßgegenstände zugewiesen wurden, während die übrigen Miterben in der Erbengemeinschaft verblieben sind, so ist der um den Wert des bisherigen Anteils des abgeschichteten Erben geminderte Nachlaß grundsätzlich als geteilt anzusehen (a. A. Herzfelder S. 319 mit nicht zutreffender Berufung auf Strohal). Hinsichtlich derjenigen Nachlaßverbindlichkeiten, welche nur den in der Erbengemeinschaft verbliebenen Miterben gemeinschaftlich sind, kann aber der Nachlaß allerdings als ein noch ungeteilter in Betracht kommen. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung wird jedoch nach § 2062 als nicht mehr zulässig zu erachten sein; vgl. übrigens doch auch die Ausführung im Eingang von Ziff. 7.

8. **Beweis der bereits erfolgten Teilung des Nachlasses.** Er ist von demjenigen zu erbringen, welcher sich auf den Vollzug der Teilung stützt. Verlangt also ein Nachlaßgläubiger die Verurteilung eines Miterben als Gesamtschuldner, während der Beklagte sich darauf beruft, daß die Teilung des Nachlasses bereits erfolgt sei und daß der Kläger zu denjenigen Gläubigern gehöre, welchen gegenüber nach der Teilung nur mehr anteilig gehaftet werde (vgl. §§ 2060, 2061), so wird der verklagte Miterbe die Teilung zu erweisen haben (dies ist unbestritten). Macht ein Miterbe dagegen gegenüber der von einem Nachlaßgläubiger in sein Eigenvermögen geführten Zwangsvollstreckung das Einrederecht nach § 2059 Abs. 1 Satz 1 oder das nach Satz 2 daselbst geltend, so scheint der auf der von ihm angestrebten Zwangsvollstreckung beharrende Gläubiger die bereits erfolgte Teilung des Nachlasses beweisen zu müssen (so mit den bisherigen Auflagen auch Jaeger, Erbenhaftung S. 26 oben, Strohal II § 89 V; Binder III S. 331; H. Meyer im Recht 1904 S. 217, Streifzüge S. 42; Dernburg V § 189 Anm. 2; desgleichen OLG. Dresden im Sächs. Arch. 14 S. 241, OLG. Breslau im Recht 1904 S. 387; a. A. Eccius bei Gruch. 43 S. 817 Anm. 31; Herzfelder S. 319; F. Leonhard, Die Beweislast 1904 S. 434; auch RG. in Rspr. 11 S. 117, das die Beweislast dem Erben auferlegt). Wenn insbesondere Eccius geltend macht, daß der Miterbe hier den Beweis der Ungeteiltheit des Nachlasses führen müsse, weil diese Ungeteiltheit die rechtliche Basis für sein Vorgehen bilde, so ist hiergegen zu bemerken, daß sich im vorausgesetzten Falle nicht der Miterbe, sondern der Gläubiger auf eine nachträgliche Änderung der durch den Eintritt der Erbengemeinschaft zunächst gegebenen Rechtslage beruft und daß ja doch auch sonst der auf die Beschränkung seiner Haftung sich stützende Erbe nicht zu beweisen braucht, daß er seines Rechtes auf Haftungsbeschränkung nicht verlustig geworden ist, sondern bezüglich derjenigen Umstände, welche die unbeschränkte Haftung des Erben begründen, der Gläubiger beweispflichtig ist (vgl. auch Erl. 4a zu § 2013).

Im Falle der beantragten Nachlaßverwaltung hat das Nachlaßgericht unter Berücksichtigung der von den Beteiligten angebotenen Beweise von Amts wegen zu prüfen, ob deren Anordnung nach § 2062 zweiter Halbsatz noch zulässig ist.

§ 2060.

E. II § 1934 veb. § 2037; III § 2035. M. II Bd. 5 S. 875 ff., 879. P. S. 731. RR. S. 2102.

Haftung nach der Teilung des Nachlasses.

1. Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung. Nach dem Grundsatz des § 2058 haften die Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten wie vor, so auch nach der

1. wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen ist; das Aufgebot erstreckt sich insoweit auch auf die im §. 1972 bezeichneten Gläubiger sowie auf die Gläubiger, denen der Miterbe unbeschränkt haftet;
2. wenn der Gläubiger seine Forderung später als fünf Jahre nach dem im §. 1974 Abs. 1 bestimmten Zeitpunkte geltend macht, es sei denn, daß die Forderung vor dem Ablaufe der fünf Jahre dem Miterben bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist; die Vorschrift findet keine Anwendung, soweit der Gläubiger nach §. 1971 von dem Aufgebote nicht betroffen wird;
3. wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Vertheilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist.

Teilung gesamtschuldnerisch. Zugleich ist klar, daß die Miterben durch die gesamtschuldnerische Haftung nach der Teilung ungleich härter betroffen werden als vor der Teilung, weil die Möglichkeit einer Befriedigung des Gläubigers aus dem ungeteilten Nachlaß jetzt nicht mehr gegeben ist. Wollen die Miterben diese Gestaltung der Haftung vermeiden, so werden sie daher tunlichst noch vor der Teilung des Nachlasses für die Ermittelung und Berichtigung der gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten zu sorgen haben. Billigerweise kann ihnen aber, nachdem sie das zu diesem Zwecke nach Lage der Umstände Erforderliche getan haben, nicht zugemutet werden, die Erbengemeinschaft mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß nachträglich noch immer einzelne Nachlaßgläubiger hervortreten könnten, dauernd aufrecht zu erhalten. Auf dieser Erwägung beruhen die in den §§ 2060, 2061 bestimmten *Ausnahmefälle*, in denen jeder Miterbe den daselbst bezeichneten Nachlaßgläubigern nach der Teilung nur für den seinem Erbteil entsprechenden Anteil der in Frage kommenden Nachlaßverbindlichkeit haftet.

2. **Anteilige Haftung** in den *Ausnahmefällen* des § 2060. Zu den einzelnen Nummern des § 2060 ist zu bemerken:

a) Zur Ermittelung der Nachlaßgläubiger steht den Miterben sowohl der Weg des *förmlichen Aufgebotsverfahrens* (§ 1970) als auch der der *öffentlichen Aufforderung zur Anmeldung* ihrer Forderungen beim Nachlaßgericht nach Maßgabe des § 2061 offen. Über die Beschreitung dieses Weges ist erst in den Erl. zu § 2061 zu sprechen. Was aber das *Aufgebotsverfahren* anbelangt, so dient es im Falle der Erbenmehrheit *zwei verschiedenen Zwecken*. Zunächst zur Herbeiführung der ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber nach § 1973 eintretenden Einschränkung der Haftung der Erben auf das Maß der noch vorhandenen Bereicherung; dann aber auch noch — und dieser Zweck kommt hier in Frage — zur *Herbeiführung einer nur anteiligen Haftung der Miterben gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern für die Zeit nach der Teilung*. Zur Erreichung beider Zwecke genügt ein Aufgebotsverfahren. Den Nachlaßgläubigern ist aber dann im Aufgebot für den Fall der unterlassenen Anmeldung außer den im § 1973 bzw. CPO. § 995 bestimmten Rechtsnachteilen noch anzudrohen, daß jeder Erbe nach der Teilung des Nachlasses nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit haftet (CPO. § 997). Doch ist zu beachten, daß ein Ausschluß von Nachlaßgläubigern mit diesem Erfolge in *weiterem Umfange* stattfinden kann, als er nach den §§ 1970—1973 in Verbindung mit § 2013 mit jener Wirkung möglich ist. Soweit die Einschränkung der Haftung nach § 1973 in Frage kommt, werden *Pflichtteilsrechte, Vermächtnisse und Auflagen* durch das Aufgebot nicht betroffen (§ 1972). Handelt es sich jedoch um die Ausschließung der Gläubiger von dem Rechte, die Miterben nach der Teilung als Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen, so ist das Aufgebot auch den soeben genannten Gläubigern gegenüber wirksam (§ 2060 Nr. 1). Kein Unterschied besteht hinsichtlich der *bevorrechteten Gläubiger* des § 1971; sie bleiben, soweit es sich um ihr Vorrecht handelt, durch das Aufgebot immer unberührt. Von erheblicher Bedeutung ist aber wieder folgender Punkt: die Einleitung des Aufgebotsverfahrens zur Herbeiführung der im § 2060 Nr. 1 bestimmten Ausschlußwirkung hat praktischen Wert selbst dann, wenn die aus § 2013 sich ergebende Voraussetzung für den Eintritt der Ausschlußwirkung nach § 1973 überhaupt oder doch für einzelne Miterben nicht mehr gegeben ist. Denn während die Einleitung des Aufgebotsverfahrens zwecks Herbeiführung der im § 1973 bzw. CPO. § 995 bestimmten Ausschlußwirkung nur von einem Erben beantragt werden kann, der für die Nachlaßverbindlich-

keiten nicht bereits unbeschränkt haftet, und während von dieser Ausschlußwirkung auch einzelne Gläubiger, denen gegenüber bereits die unbeschränkte Haftung eingetreten ist, nicht betroffen werden (vgl. Erl. 1 zu § 1973, Erl. 3 zu § 2013), kann die Einleitung des Aufgebotsverfahrens zwecks Herbeiführung der anteiligen Haftung der Miterben nach der Teilung von jedem Miterben auch dann beantragt werden, wenn er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (CPO. § 997), und erstreckt sich das Aufgebot, soweit nur diese Wirkung in Frage kommt, auch auf diejenigen einzelnen Gläubiger, welchen der Miterbe unbeschränkt haftet (§ 2060 Nr. 1).

Ob die Miterben oder einer derselben von der im Aufgebotsverfahren nicht angemeldeten Forderung des Gläubigers vor der Erlassung des Ausschlußurteils anderweite Kenntnis gehabt haben, oder ob der Anspruch bereits rechtshängig geworden ist, ist auch hier für den Eintritt der Ausschlußwirkung ohne Belang (vgl. dazu Erl. 4 zu § 1970). Ebensowenig kann der Eintritt der anteiligen Haftung der Miterben dadurch gehindert werden, daß die Miterben oder einer derselben nach Erlaß des Ausschlußurteils aber doch noch vor der Teilung des Nachlasses von dem Vorhandensein der Forderung des ausgeschlossenen Gläubigers Kenntnis erlangen. Schreiten die Miterben trotzdem zur Teilung, so haften sie auch einem solchen ausgeschlossenen Gläubiger nach der Teilung nur mehr anteilig. Zu berücksichtigen bleibt noch die Möglichkeit, daß die Miterben den Nachlaß zwar erst nach der Einleitung aber doch noch vor der Beendigung des Aufgebotsverfahrens teilen. In diesem Falle haften die Miterben den ausgeschlossenen Gläubigern selbstverständlich nicht schon seit der Teilung, sondern erst seit deren später erfolgtem Ausschluß nur mehr anteilig. War dagegen der Nachlaß schon zur Zeit der Einleitung des Aufgebotsverfahrens geteilt, so tritt die in CPO. § 997 bestimmte Ausschlußwirkung überhaupt nicht ein.

Die Kosten des Aufgebots fallen, auch wenn es nur von einem Miterben beantragt war, allen Erben zur Last. Vgl. auch KO. § 224 Nr. 4. Stellt sich jedoch die Einleitung des förmlichen Aufgebotsverfahrens nach Lage der Umstände als unangemessen heraus, so werden diejenigen Miterben, welche diese Einleitung weder beantragt noch gebilligt haben, die durch das Verfahren verursachten Kosten insoweit auf den oder die Antragsteller abwälzen können, als sie hätten vermieden werden können. Wegen der Wirkung des Aufgebots bzw. der öffentlichen Aufforderung nach § 2061 unter den Miterben selbst vgl. § 2045.

b) Ausschlußwirkung nach § 1974 in Verbindung mit § 2060 Nr. 2. Den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern werden wie im § 1974 hinsichtlich der Einschränkung der Haftung des Erben auf die aus dem Nachlaß noch vorhandene Bereicherung so hier in Nr. 2 von § 2060 hinsichtlich der Umwandlung der gesamtschuldnerischen Haftung des Miterben in eine nur anteilige grundsätzlich diejenigen Gläubiger gleichgestellt, welche ihre Forderungen gegenüber dem in Anspruch genommenen Miterben später als fünf Jahre nach dem Erbfall gerichtlich oder außergerichtlich geltend machen (vgl. Erl. 2, 5 zu § 1974 auf S. 122). Ist der Erblasser für tot erklärt, so beginnt die fünfjährige Frist nicht vor der Erlassung des die Todeserklärung aussprechenden Urteils (§ 1974 Abs. 1 Satz 2). Abweichend von den für das Aufgebot (Nr. 1) geltenden Grundsätzen, aber entsprechend dem § 1974 tritt die Wirkung der Verspätung (Verschweigung), d. i. hier die Umwandlung der gesamtschuldnerischen Haftung in nur anteilige, hinsichtlich desjenigen Miterben nicht ein, welchem die Forderung des Gläubigers vor dem Ablauf der Frist bekannt geworden ist; hinsichtlich dieses Umstandes trifft die Beweislast den Gläubiger. Die Anmeldung der Forderung im Aufgebotsverfahren vor dem Ablauf der Frist schließt, auch wenn sie nicht zur Kenntnis der Miterben gelangt ist, den Eintritt der anteiligen Haftung aus. Die in Nr. 2 von § 2060 nicht erwähnte Anmeldung auf Grund einer nach § 2061 ergangenen Aufforderung steht dagegen der Anmeldung der Forderung im Aufgebotsverfahren nicht in der Weise gleich, daß sie schon ohne weiteres, d. h. ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Erben von der Forderung des Gläubigers, den Eintritt der anteiligen Haftung nach § 2060 Nr. 2 ausschlösse (vgl. auch Jaeger, Erbenhaftung S. 27 Anm. 21). Wohl aber ist in solcher Anmeldung eine Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger zu erblicken, und zwar eine Geltendmachung gegenüber allen Miterben, wenn die Aufforderung von allen Miterben ausging und die Anmeldung beim Nachlaßgericht oder bei dem in der Aufforderung zur Empfangnahme der Anmeldungen bezeichneten Miterben erfolgt ist, sonst nur eine Geltendmachung gegenüber demjenigen Miterben, auf dessen Aufforderung die Anmeldung stattfand (Strohal II § 89 Anm. 6b, Kreß S. 268 Anm. 15). Endlich findet die Vorschrift der Nr. 2 wie die der Nr. 1

keine Anwendung, soweit der Gläubiger wegen eines ihm zustehenden Aussonderungs- oder Absonderungsrechts nach § 1971 von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen wird. Dagegen sind die im § 1972 bezeichneten Nachlaßgläubiger der Vorschrift der Nr. 2 unterworfen (vgl. Erl. 3 zu § 1974), und kommt diese, da § 2013 Abs. 1 Satz 1 hier nicht eingreift, auch einem Miterben zustatten, der für die Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt oder für einzelne von ihnen unbeschränkt haftet.

Auf nachstehende Punkte ist noch besonders aufmerksam zu machen:

α) Die Voraussetzungen für den Eintritt der anteiligen Haftung sind in der Nr. 2 von § 2060 so bestimmt, daß möglicherweise hinsichtlich derselben Forderung der eine Miterbe nach der Teilung des Nachlasses nur anteilig, der andere als Gesamtschuldner haftet.

β) Die in der Nr. 2 bestimmte anteilige Haftung eines Miterben tritt nach der Teilung des Nachlasses auch dann ein, wenn die in Betracht kommende Forderung, nachdem rücksichtlich ihrer der Tatbestand der besprochenen Vorschrift bereits gegeben war, von dem Gläubiger gegen den Miterben noch vor der Teilung geltend gemacht oder dem Miterben bekannt geworden ist.

γ) Die vollständige Verwirklichung des in der Nr. 2 von § 2060 vorausgesetzten Tatbestandes kann möglicherweise erst nach der bereits erfolgten Teilung des Nachlasses eintreten. Hier scheint es der Absicht des Gesetzes zu entsprechen, daß die zur Zeit der Teilung noch vorhanden gewesene gesamtschuldnerische Haftung des Miterben sich hinterher in eine anteilige verwandelt.

δ) Nach der Nr. 3 von § 2060 haften die Miterben und zwar, wie sich aus der Fassung des Gesetzes ergibt, auch solche, die des Rechtes zur Beschränkung ihrer Haftung bereits verlustig geworden sind, auch dann nur anteilig, wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt worden ist (vgl. § 1989 und Erl. dazu). Hierbei wird vorausgesetzt, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses vor der Teilung des Nachlasses stattgefunden hat. Erfolgt die Eröffnung des Nachlaßkonkurses erst, nachdem die Miterben bereits zur voreiligen Teilung geschritten waren, so wird ihnen die bereits endgültig eingetretene gesamtschuldnerische Haftung, die von besonderer praktischer Bedeutung ist, wenn die Haftung der Miterben oder eines von ihnen bereits unbeschränkt geworden ist, nicht mehr abgenommen (vgl. auch Küntzel bei Gruch. 41 S. 841; Strohal II § 89 Anm. 8; Kreß S. 266 Anm. 9; Jaeger, KO. Anm. 6 zu § 230; Herzfelder S. 325; a. A. Wilke Erl. 4 zu § 2060; Hellmann in Krit. Viert. 39 S. 243; Binder III S. 327; Neumann, BGB. § 2060 Anm. II 3 a. E.; gegen Binder vgl. Strohal a. a. O.). Außer Betracht bleiben die Fälle der Einstellung des Konkursverfahrens nach KO. §§ 202, 204.

Außerdem ist zu bemerken: Erfolgt die Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Zwangsvergleich, so richtet sich die Haftung der Miterben gegenüber den durch den Zwangsvergleich betroffenen Gläubigern nach dem Inhalt des Vergleichs (vgl. Erl. 3 zu § 1989). Was die Nr. 3 über die anteilige Haftung der Miterben bestimmt, greift hier also nur hinsichtlich derjenigen Gläubiger ein, für welche der Zwangsvergleich nicht maßgebend ist (vgl. auch Jaeger, KO. Anm. 16 zu § 230). Im Falle der Beendigung des Konkurses durch Verteilung der Masse wird in aller Regel für die Miterben nichts mehr übrig bleiben, was unter sie geteilt werden könnte (vgl. auch Erl. 2 zu § 1989). Für die Anwendung der Nr. 3 von § 2060 ist dies gleichgültig. Gleichviel, ob sich nach Befriedigung der angemeldeten Gläubiger ein unter die Miterben verteilter Überschuß ergeben hat, oder ob der Nachlaß im Konkurse bereits vollständig aufgezehrt worden ist, so haften die Miterben den nachträglich hervortretenden Nachlaßgläubigern nur mehr anteilig. Man kann dies auch dahin ausdrücken, daß die Aufzehrung des Nachlasses im Nachlaßkonkurse der „Teilung des Nachlasses" gleichsteht, und man wird dies für um so unbedenklicher halten können, als sonst gerade die Normalfälle der Beendigung des Nachlaßkonkurses (Aufzehrung des ganzen Nachlasses durch die Gläubiger) durch die Nr. 3 von § 2060 nicht getroffen wären (vgl. Strohal II § 89 Anm. 10; Jaeger, KO. Anm. 6 zu § 230; Binder III S. 326 Anm. 58). Eine abweichende Auffassung vertreten Herzfelder S. 323; Kreß S. 29, 264, 266, welche die Anwendung der Nr. 3 von § 2060 für ausgeschlossen halten, wenn der Nachlaß von den Konkursgläubigern völlig aufgezehrt worden ist, in diesem Falle dafür aber § 2059 Abs. 1 heranziehen wollen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß dem bereits unbeschränkt haftenden Miterben in Ansehung der Haftung mit seinem Eigenvermögen im § 2059 Abs. 1 Satz 2 nur ein einstweiliges beneficium divisionis zugestanden ist, dessen Geltendmachung das Vorhandensein eines gemeinschaftlichen Nachlasses und die

Möglichkeit der Verweisung des seine Befriedigung suchenden Nachlaßgläubigers auf den Anteil des in Anspruch genommenen Miterben an diesem Gemeinschaftsvermögen zur notwendigen Voraussetzung hat (vgl. Strohal II § 90 Anm. 4a; Paech S. 54).

Das zur Auslegung der Nr. 3 von § 2060 soeben Bemerkte führt übrigens noch zu weiteren Schlüssen hinsichtlich der oben unter a (entsprechend der Nr. 1) und b (entsprechend der Nr. 2 des § 2060) besprochenen Fälle. Auch abgesehen vom Falle des Nachlaßkonkurses ist es nämlich sehr wohl möglich, daß es zu einer Teilung unter den Miterben aus dem Grunde nicht mehr kommen kann, weil der Nachlaß, sei es im Wege der Nachlaßverwaltung, sei es im Wege der Selbstliquidierung durch die Miterben durch die Befriedigung der bekannten Gläubiger bereits erschöpft worden ist. Bei Erzielung eines vorläufigen Überschusses würden die Miterben nach dessen Verteilung den Gläubigern der bezeichneten Gruppen schon nach dem Wortlaut der Nr. 1 u. 2 des § 2060 (wegen § 2061 vgl. die dortige Erl.) nur mehr anteilig haften. Dasselbe muß den genannten Gläubigern gegenüber aber doch wohl auch dann gelten, wenn die Möglichkeit der Teilung durch die bereits eingetretene Erschöpfung des Nachlasses ausgeschlossen ist. Die praktische Bedeutung hiervon tritt besonders hervor, wenn einzelne oder auch alle Miterben des Rechtes zur Beschränkung der Haftung nicht mehr teilhaftig sind (vgl. Strohal II § 89 Anm. 13; s. übrigens auch oben Erl. 7c zu § 2059 auf S. 322).

Soweit weder einer der Ausnahmefälle des § 2060 noch der Fall des § 2061 gegeben ist, haften die Miterben den noch unbefriedigten Nachlaßgläubigern nach der Teilung und desgleichen, wenn der gemeinschaftliche Nachlaß, noch bevor es zu einer Teilung kam, zur Befriedigung der bekannten Nachlaßgläubiger aufgebraucht worden ist, gesamtschuldnerisch.

3. Die **prozessuale Durchsetzung der** im § 2060 (für den Fall des § 2061 gilt übrigens dasselbe; vgl. die dortige Erl.) bestimmten **anteiligen Haftung** gestaltet sich verschieden, je nachdem diejenigen Umstände, welche die anteilige Haftung begründen, vor oder nach dem in CPO. § 767 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkte eingetreten sind. Im ersten Falle ist der verklagte Miterbe nach Maßgabe des vorliegenden Sachverhalts, ohne daß es der Geltendmachung einer Einrede im technischen Sinne bedarf, nur anteilig zu verurteilen. A. M. Jaeger, Erbenhaftung S. 27, der von einer „Einrede" der endgültigen Teilhaftung spricht; hiergegen ist jedoch zu bemerken, daß die Haftung des Miterben in den hierher gehörenden Fällen schon nach den unmittelbar eingreifenden Vorschriften des § 2060 (bzw. des § 2061) eine anteilige ist (vgl. Strohal II § 89 Anm. 14; Kreß S. 271; Binder III S. 318 Anm. 20, S. 336 Anm. 32). Beantragt der Kläger die Verurteilung des Beklagten als Gesamtschuldner und ergibt sich die Unzulässigkeit dieses Begehrens nicht schon aus dem klägerischen Vorbringen, so wird sich der Beklagte freilich auf die Umstände zu berufen haben, vermöge welcher seine Haftung eine nur anteilige ist. Allein hierin liegt nur das Vorbringen einer Einwendung und nicht die Geltendmachung einer Einrede im Sinne des BGB. Erlangt der Kläger infolge mangelhafter Verteidigung des Beklagten ein auf gesamtschuldnerische Haftung lautendes Urteil, so kann hiergegen im Stadium der Zwangsvollstreckung eine Einwendung nicht mehr vorgebracht werden.

Im zweiten Falle kann der Miterbe gegen das die Gesamthaftung aussprechende Urteil im Vollstreckungsstadium die Einwendung der Teilhaftung nach CPO. § 767 Abs. 1 im Wege der Klage geltend machen.

4. Unteilbarkeit der Forderung. Bezüglich der Frage, wie es sich mit der im § 2060 (bzw. § 2061) bestimmten anteiligen Haftung verhält, wenn die in Betracht kommende Nachlaßverbindlichkeit eine unteilbare ist, wird mit Rücksicht auf das in Erl. 1bβ zu § 2059 Bemerkte zu entscheiden sein, daß der Gläubiger gegenüber dem nur anteilig haftenden Miterben nur den dessen Erbteil entsprechenden Anteil des Geldwertes der Forderung geltend machen kann.

5. Beschränkte und unbeschränkte Haftung. Völlig unabhängig von der Frage, ob die Miterben nach der Teilung für die noch unberichtigten Nachlaßverbindlichkeiten gesamtschuldnerisch oder anteilig haften, ist die weitere Frage, ob der von einem Nachlaßgläubiger nach der Teilung in Anspruch genommene Miterbe in Ansehung der ganzen Forderung oder in Ansehung des dem Erbteil des Miterben entsprechenden Anteils derselben beschränkt oder unbeschränkt haftet. Möglicherweise bestimmt sich die Haftung des Miterben nach den §§ 1973, 1974 (vgl. auch § 1989). Stellt sich nach der Teilung des Nachlasses die Überschuldung heraus, und ist eine den Kosten entsprechende Masse vorhanden, so kann nach KO. § 216 Abs. 2, § 217 Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt werden, und wird auf diesem Wege die Beschränkung der Haftung derjenigen Miterben, welche nicht bereits unbeschränkt haften, zur Verwirklichung gebracht (§ 1975). Doch ist wohl zu beachten, daß nach der Teilung des Nachlasses zwar noch die Eröffnung des

§. 2061. Jeder Miterbe kann die Nachlaßgläubiger öffentlich auffordern, ihre Forderungen binnen sechs Monaten bei ihm oder bei dem Nachlaßgericht anzumelden. Ist die Aufforderung erfolgt, so haftet nach der Theilung jeder Miterbe nur für den seinem Erbtheil entsprechenden Theil einer Forderung, soweit nicht vor dem Ablaufe der Frist die Anmeldung erfolgt oder die Forderung ihm zur Zeit der Theilung bekannt ist.

Die Aufforderung ist durch den Deutschen Reichsanzeiger und durch das für die Bekanntmachungen des Nachlaßgerichts bestimmte Blatt zu veröffentlichen. Die Frist beginnt mit der letzten Einrückung. Die Kosten fallen dem Erben zur Last, der die Aufforderung erläßt.

Nachlaßkonkurses möglich, die Eröffnung eines Sonderkonkurses über denjenigen Teil des Nachlasses, welcher bei der Auseinandersetzung auf einen einzelnen Miterben entfallen ist, dagegen ausgeschlossen ist. Die Anordnung der Nachlaßverwaltung ist nach der Teilung des Nachlasses nicht mehr möglich (§ 2062 Satz 2). Der Miterbe kann sich daher auch nach der Teilung des Nachlasses des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht mehr als eines Mittels zur Herbeiführung der gegenständlichen Beschränkung seiner Haftung bedienen. Sind jedoch die Voraussetzungen des § 1990 oder des § 1992 gegeben, so kann der Miterbe nach der Teilung die Beschränkung seiner Haftung auf dasjenige, was er aus dem Nachlaß erhalten hat, nach Maßgabe der §§ 1990—1992 durchsetzen.

6. Erwirbt in einem nach § 2007 **(Berufung eines Erben zu mehreren Erbteilen)** zu beurteilenden Falle der vorläufige Teilerbe alle Erbteile, so wird eine Teilung des Nachlasses regelmäßig nicht in Betracht kommen. Es kann sich aber auch anders verhalten, so z. B. wenn der vorläufige Teilerbe erst, nachdem die Teilung des Nachlasses zwischen ihm und dem bezüglich des weiteren Erbteils aufgestellten Nachlaßpfleger bereits durchgeführt war, durch Erbgang (von einer Übertragung nach § 2033 Abs. 1 kann nach erfolgter Teilung des Nachlasses nicht mehr die Rede sein) auch den weiteren Erbteil erwirbt. Die Vorschriften der §§ 2060, 2061 kommen dann ohne weiteres zur Anwendung (vgl. auch Paech S. 55). Allein auch abgesehen von solchen Möglichkeiten ergibt sich die Frage, wie sich die Haftung des nunmehrigen Alleinerben, der hinsichtlich des zunächst erworbenen Erbteils das Recht zur Beschränkung der Haftung eingebüßt hat, während ihm dieses Recht hinsichtlich der anderen Erbteile noch zukommt (vgl. Erl. 2a zu § 2007 auf S. 188), gegenüber den in §§ 2060, 2061 bezeichneten Gläubigern gestaltet. Haftet er diesen Gläubigern, weil es zu einer Teilung des Nachlasses nicht kommt, mit seinem Eigenvermögen gesamtschuldnerisch oder nur anteilig? Für jene Entscheidung kann man sich auf die Worte „nach der Teilung" in §§ 2060, 2061 berufen. Aus dem Gesamtinhalte der §§ 2059—2061 läßt sich jedoch der Satz ableiten, daß bei der Erbenmehrheit die Haftung desjenigen Erben, welcher rücksichtlich seines Erbteils das Recht zur Beschränkung der Haftung bereits eingebüßt hat, gegenüber den in den §§ 2060, 2061 bezeichneten Gläubigern in keinem Falle über den diesem Erbteil entsprechenden Bruchteil der Forderung hinausgehen soll, und aus § 2007 der weitere Satz, daß die genannten Gläubiger deswegen allein, weil die verschiedenen Erbteile schließlich demselben Erben zukommen, keinesfalls besser gestellt sein sollen, als sie im Falle der Erbenmehrheit gestellt sein würden (vgl. auch Strohal II § 90 Anm. 4a, Knitschky S. 301, Cosack II § 387 bei Anm. 28, im entscheidenden Ergebnis bezüglich der nur anteiligen persönlichen Haftung auch Paech S. 55).

7. Über den Einfluß, welchen die unter den Miterben durchgeführte **Ausgleichung** für die Gestaltung der anteiligen Haftung haben kann, vgl. Erl. 6 zu § 2061.

§ 2061.

E. II § 1935 rev. § 2036; III § 2036. P. II Bd. 5 S. 877 ff. D. S. 731.

1. Das an die Nachlaßgläubiger sich richtende sogenannte **Privataufgebot.** Der § 2061 trägt dem Bedürfnisse Rechnung, den Miterben neben dem gerichtlichen Aufgebote der Nachlaßgläubiger noch ein einfacheres und billigeres Mittel an die Hand zu geben, um mit der Teilung des Nachlasses auch ihre Haftung für die etwa noch unberichtigten Verbindlichkeiten nach dem Verhältnis ihrer Erbquoten zu teilen. Nach dem Vorgange des preuß. ALR. (I 17 §§ 137 ff.) ist hierzu eine öffentliche Bekanntmachung durch die Zeitungen gewählt; eine Mitwirkung

des Gerichts findet nicht statt. Die Bekanntmachung kann von jedem einzelnen Miterben wirksam erlassen werden, auch wenn er das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren hat. Notwendiger Inhalt der Bekanntmachung ist nur die Aufforderung an die Nachlaßgläubiger, ihre Forderungen binnen sechs Monaten bei dem Erben oder bei dem Nachlaßgericht (s. oben S. 42) anzumelden; die Anzeige der bevorstehenden Teilung und ein Hinweis auf den im Unterlassungsfall eintretenden Rechtsnachteil sind nicht vorgeschrieben, doch wird sich wenigstens die erstere empfehlen, um die Bedeutung der Aufforderung ins Licht zu setzen. Die Veröffentlichung muß, um wirksam zu sein (vgl. Bd. I S. 29), durch das für die Bekanntmachungen des Nachlaßgerichts bestimmte Lokalblatt und außerdem durch den Reichsanzeiger erfolgen, der eine Sammlung aller Bekanntmachungen enthält, mit deren Nichtbeachtung ein Rechtsnachteil verbunden ist. Wenn das Nachlaßgericht seine Bekanntmachungen durch mehrere Blätter veröffentlicht, so muß die Aufforderung trotz der Einrückung in den Reichsanzeiger doch in jedem dieser Blätter veröffentlicht werden, da ein Nachlaßgläubiger sich darauf muß verlassen können, daß die Aufforderung nicht geschehen ist, wenn sie in einem der Gerichtsblätter nicht gestanden hat. Eine einmalige Einrückung in jedes Zeitungsblatt genügt; die Anmeldungsfrist beginnt mit der letzten erforderlich gewesenen Einrückung (s. Abs. 2 Satz 2). Die Kosten fallen nach Abs. 2 Satz 3 demjenigen Miterben zur Last, welcher die Aufforderung erläßt (anders bei dem gerichtlichen Aufgebot, Erl. zu § 2060 Nr. 2a a. E.); die Geltendmachung eines Anspruchs gegenüber den übrigen Miterben auf entsprechende Beitragsleistung nach § 2038 Abs. 2 in Verbindung mit § 748 (vgl. auch § 683) dürfte aber hierdurch nicht ausgeschlossen sein.

2. Die in § 1971 bezeichneten Ansprüche der bevorrechteten Gläubiger werden im Falle des § 2061, obschon dies nicht besonders gesagt ist, selbstverständlich ebensowenig berührt als in den Fällen des § 2060 Nr. 1 und 2. Wegen der unteilbaren Forderungen vgl. Erl. 4 zu § 2060.

3. Die **Rechtswirkung der Aufforderung** wird im Abs. 1 Satz 2 dahin bestimmt, daß auf Grund derselben nach der Teilung des Nachlasses — vorbehaltlich gewisser Ausnahmefälle — jeder Miterbe nur für den seinem Erbteil entsprechenden Teil einer Forderung haftet. Der als Gesamtschuldner in Anspruch genommene Miterbe braucht daher, wenn er sich auf § 2061 beruft, nur zu beweisen, daß die Aufforderung formgerecht ergangen und demnächst die Teilung erfolgt ist. Der Erlaß der Aufforderung nach vorgenommener Teilung würde unwirksam sein, dagegen steht es der Anwendung des § 2061 nicht entgegen, wenn die Teilung schon während des Laufes der sechsmonatigen Frist erfolgt; die Teilhaftung tritt dann mit dem Ablaufe der Frist ein (vgl. Erl. 2a zu § 2060).

Die vorbezeichnete Wirkung tritt nicht ein, wenn die Forderung vor dem Ablaufe der sechsmonatigen Frist angemeldet oder wenn sie dem in Anspruch genommenen Miterben zur Zeit der Teilung bekannt ist. Bezüglich des zuletzt bezeichneten Umstandes trifft die Beweislast ohne weiteres den Gläubiger. Bezüglich der Rechtzeitigkeit der Anmeldung ist dagegen also zu unterscheiden: den Beweis des Zeitpunktes, mit welchem die sechsmonatige Frist begonnen hat („letzte Einrückung"; vgl. Abs. 2 Satz 2), wird der in Anspruch genommene Miterbe zu führen haben. Den Beweis dafür jedoch, daß die Anmeldung noch vor dem Ablauf der sechsmonatigen Frist erfolgt ist, hat der Gläubiger zu erbringen. Als Tag der Einrückung muß das Datum der betreffenden Zeitungsnummer gelten, wenn diese auch, wie es bei kleinen Blättern vielfach geschieht, schon früher ausgegeben ist. Für die Berechnung der Frist sind § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3, § 193 maßgebend. Erfolgt die Anmeldung durch Erklärung unter Abwesenden, so muß sie nach § 130 Abs. 1, 3 vor dem Ablaufe der Frist dem auffordernden Erben oder dem Nachlaßgerichte zugegangen sein. Daß die Kenntnis des in Anspruch genommenen Miterben (nicht die der übrigen Erben) von den die Forderung begründenden Tatsachen den Eintritt der Teilhaftung ausschließt, enthält eine Abweichung von dem Falle des gerichtlichen Aufgebots (§ 2060 Nr. 1), und entspricht dem § 2060 Nr. 2, doch ist der für die Kenntnis maßgebende Zeitpunkt hier anders bestimmt als in der letztgedachten Vorschrift. Denn aus den Worten „zur Zeit der Teilung" (Abs. 1 a. E.) geht unbedenklich soviel hervor, daß die Kenntnis dem Erben schadet, wenn er sie erst nach dem Ablaufe der sechs Monate, aber noch vor der Teilung erlangt. Zu erwägen bleibt noch die Frage, wie es sich mit der Haftung der in Anspruch genommenen Miterben verhält, wenn die rechtzeitige Anmeldung der Forderung unterblieben ist, die Teilung des Nachlasses jedoch zwar nach dem Erlaß der Aufforderung, aber vor dem Ablauf der Anmeldefrist stattgefunden hat. Hatte der in Anspruch genommene Miterbe vor diesem Ablauf von der Forderung des Gläubigers auch keine Kenntnis erlangt, so wird

man sich dafür zu entscheiden haben, daß der Miterbe dem Gläubiger vom Ablauf der Anmeldefrist an nur mehr anteilig haftet (a. M. Binder III S. 334 Anm. 48, der sich für gesamtschuldnerische Haftung entscheidet). War dem Miterben dagegen die nicht angemeldete Forderung des Gläubigers vor Ablauf der Anmeldefrist bekannt geworden, so wird angenommen werden müssen, daß die gesamtschuldnerische Haftung des Miterben fortdauert (anders die früheren Auflagen). Denn es ist nicht einzusehen, warum der Miterbe, dadurch, daß er sich noch vor dem Ablauf der Anmeldefrist auf die Teilung des Nachlasses einließ, eine günstigere Stellung erlangen soll, als in der er sich befände, wenn die Teilung erst nach dem Ablauf der Anmeldefrist stattgefunden hätte. Für die Gegenmeinung kann man sich nicht auf den Wortlaut des § 2061 (Abs. 1 a. E.) berufen, da das Gesetz hier nur den Normalfall, daß die Teilung nach dem Ablauf der Anmeldefrist erfolgt ist, im Auge hat.

Die Aufforderung nach § 2061 wirkt wie das gerichtliche Aufgebot zugunsten jedes Miterben, nicht nur desjenigen, welcher die Aufforderung erlassen hat. Während jedoch im Falle des § 2060 Nr. 1 die daselbst bestimmte anteilige Haftung immer zugunsten aller Miterben eintritt, kommt die Vergünstigung des § 2061 denjenigen Miterben nicht zustatten, welchen die Forderung des Gläubigers zur Zeit der Teilung bekannt war. Daher ist wie im Falle der Nr. 2 von § 2060 die Möglichkeit gegeben, daß der eine Miterbe dem Gläubiger nur anteilig, der andere dagegen gesamtschuldnerisch haftet. Ob ein Miterbe zur Zeit der Teilung, bzw. in dem nach Lage der Sache für den Eintritt der anteiligen Haftung maßgebenden späteren Zeitpunkte des Rechtes zur Beschränkung der Haftung noch teilhaftig war, ist für den Eintritt der im § 2061 bestimmten anteiligen Haftung ebenso gleichgültig wie in den Fällen des § 2060.

4. Was im § 2061 über die Haftung des Miterben nach der Teilung gegenüber den daselbst bezeichneten Gläubigern bestimmt ist, muß nach Maßgabe des in Erl. 2c zu § 2060 Gesagten auch gelten, wenn der Nachlaß, noch bevor es zur Teilung kam, zur Befriedigung der bekannten Gläubiger aufgebraucht worden ist.

Im übrigen vgl. über den Begriff der Teilung auch hier Erl. 7 zu § 2059.

5. Bezüglich der prozessualen Durchsetzung der Teilhaftung durch den in Anspruch genommenen Miterben vgl. Erl. 3 zu § 2060.

6. Schon in Vorbm. 7d zu §§ 2058—2063 ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Gestaltung der nach den §§ 2060, 2061 eintretenden anteiligen Haftung durch das Ergebnis der unter den Miterben durchgeführten **Ausgleichung** beeinflußt werden kann. Sie ist hier zu erledigen. Der Erörterung soll folgender Beispielsfall (vgl. Strohal II § 91 S. 364) zugrunde gelegt werden. A, B und C sind gesetzliche Erben zu gleichen Teilen geworden. Bei der nach erfolgtem Privataufgebot und Befriedigung der angemeldeten Gläubiger vorgenommenen Auseinandersetzung stellt sich heraus, daß A mit Rücksicht auf die ihn treffende Ausgleichungspflicht aus dem Nachlaß nichts mehr zu erhalten hat. Die noch vorhandenen Nachlaßgegenstände im Werte von 2000 Mark werden daher unter die Miterben B und C gleich geteilt. Hinterher meldet sich noch ein Gläubiger mit einer Forderung von 1200 Mark. Wollte man hier dem Ergebnis der Ausgleichung jeden Einfluß auf die Gestaltung der Haftung der, wie angenommen werden soll, des Rechtes zur Beschränkung ihrer Haftung noch teilhaftigen Miterben absprechen, so müßte man zu dem Schlusse gelangen, daß der Gläubiger gegenüber jedem Miterben nur den Betrag von 400 Mark und zwar mit dem Erfolge geltend machen kann, daß er von A nichts erhält, von B und C dagegen nur je 400 Mark und somit ungeachtet der Solvenz des Nachlasses mit 400 Mark durchfällt. Dies ist unannehmbar und es muß deshalb nach einer Abhilfe gesucht werden. Sie gestaltet sich überaus einfach, wenn B und C, bevor sie den Nachlaß unter sich teilen, sich mit A durch einen in der Form des § 2033 Abs. 1 geschlossenen Vertrag dahin auseinandersetzen, daß A mit Rücksicht auf seinen der Ausgleichung unterliegenden Vorempfang aus der Erbengemeinschaft ausscheide, so daß in dieser bis zur späteren Teilung des Nachlasses nur mehr B und C verbleiben (vgl. auch Erl. 3 zu § 2055 und Erl. 7e zu § 2059). Bei diesem Sachverhalte werden B und C, nachdem sie den Nachlaß unter sich geteilt haben, auf Grund von § 2033 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 2382, 2385 jedenfalls auch dem Gläubiger gegenüber für den auf den Erbteil des A entfallenden Bruchteil der Nachlaßverbindlichkeit und somit jeder von ihnen im ganzen für 600 Mark zu haften haben.

Allein es ist auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß die Kosten eines in der Form des § 2033 Abs. 1 zu errichtenden Vertrags von den Parteien vermieden werden wollen und daß B und C den etwa aus Geld oder Wertpapieren bestehenden Nachlaßüberschuß lediglich auf

§. 2062. Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung kann von den Erben nur gemeinschaftlich beantragt werden; sie ist ausgeschlossen, wenn der Nachlaß getheilt ist.

Grund einer formlos erteilten Einwilligung des A unter sich geteilt haben. Die Rechtsstellung des Gläubigers wird hierdurch — obschon die unmittelbare Anwendbarkeit des § 2033 Abs. 1 allerdings entfällt — nicht verschlechtert werden können. Ein Weg zu befriedigender Lösung ist hier auf Grund folgender Erwägung zu gewinnen: Im Verhältnis der Miterben untereinander (vgl. Vorbm. Erl. 7c zu §§ 2058—2063) hat A in unserem Falle zur Befriedigung des Gläubigers nichts beizutragen, B und C dagegen je 600 Mark. Würde A daher, statt sich dem Gläubiger gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung zu berufen, diesem die verlangten 400 Mark leisten, so könnte er von seinen Miterben im Wege der Ausgleichung den Ersatz von je 200 Mark verlangen. Da also A bei der Auseinandersetzung mit seinen Miterben, wenn auch nichts von den Nachlaßgegenständen, so doch einen eventuellen Ausgleichungsanspruch gegenüber B und C erlangt hat, so wird der Gläubiger dem A gegenüber verlangen können, hinsichtlich der geforderten 400 Mark so gestellt zu werden, wie A selbst gestellt sein würde, wenn er die 400 Mark dem Gläubiger bezahlt hätte und demgemäß auf Abtretung des gegen B und C sich richtenden Ausgleichungsanspruchs bestehen können.

Während der Herausgeber bei diesen Ergebnissen stehen bleiben will, möchte der Bearbeiter noch einen Schritt weitergehen. Im BGB. kommt wiederholt der Gedanke zum Ausdruck, daß der Erwerber eines Vermögenskomplexes, auf dem auch Verbindlichkeiten ruhen, unbeschadet der Forthaftung des durch diese Verbindlichkeiten primär Betroffenen, auch im Verhältnis zu den Gläubigern für die Berichtigung der Verbindlichkeiten haftet (vgl. §§ 419, 1088, 1388, 2382). Dieser Gedanke scheint dem Bearbeiter — obschon er das Gewicht der auf den Mangel eines unmittelbaren gesetzlichen Anhaltspunktes sich stützenden und gegen das Wagnis eines auf einzelne Sonderbestimmungen aufgebauten Analogieschlusses sich richtenden Bedenken des Herausgebers nicht verkennt — auch im vorliegenden Falle zur Geltung gebracht werden zu dürfen. Soweit die ausgleichungsberechtigten Miterben kraft ihrer Ausgleichungsberechtigung größere Anteile des Nachlasses an sich ziehen, als welche ihren nominellen Erbteilen entsprechen, würden sie also nach der Auffassung des Bearbeiters bei eintretender anteiliger Haftung schon aus dem eben genannten Grunde auch den Gläubigern gegenüber für die ihren wirklichen Anteilen am Nachlaß entsprechenden Bruchteile der gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten aufkommen müssen. (Vgl. auch Strohal II § 91 bei Anm. 5, 6; im Hauptergebnis ebenso, wenn auch in der Begründung zum Teil abweichend Beyer S. 98; Enneccerus-Lehmann II § 300 Ziff. 2; Heymann in Iherings Jahrb. 42 S. 458ff.; Leske II S. 1132 Anm. 9; Langheineken S. 36f.; Binder III S. 185 Anm. 277; Rosenthal S. 23f.; Anz S. 66; a. A. Kaßler S. 31; Herzfelder S. 311; Cosack II § 390 bei Anm. 18.)

§ 2062.

E. II rev. § 2039; III § 2037. M. II Bd. 6 S. 342 ff.

1. Der erst bei der Revisionslesung des E. II eingestellte § 2062 regelt die Zulässigkeit der **Nachlaßverwaltung** (Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger, §§ 1975ff., 1981ff.) für den Fall der Erbenmehrheit. Bis zur Teilung des Nachlasses kann die Verwaltung von den Erben nur **gemeinschaftlich** beantragt werden (Halbsatz 1). Der einzelne Erbe soll seine Miterben, wenn sie die Verwaltung selbst bewerkstelligen wollen, nicht zwingen können, den Nachlaß einem Pfleger auszuantworten; auch ein Mehrheitsbeschluß (§ 745, § 2038 Abs. 2) ist unzulässig. Die abweichende Regelung bei dem Nachlaßkonkurse, der von jedem Miterben selbständig beantragt werden kann, erklärt sich daraus, daß der Konkurs die Überschuldung des Nachlasses voraussetzt, welche glaubhaft gemacht werden muß, wenn der Antrag nicht von allen Erben gestellt wird (KO. § 217). Die Miterben sind durch die Erschwerung der Nachlaßverwaltung keineswegs gefährdet. Bis zur Teilung hat jeder einzelne Erbe auch ohne Nachlaßverwaltung das Recht, die andringenden Gläubiger auf seinen Erbteil zu verweisen (§ 2059 Abs. 1, s. dort Erl. 1), von seinen Miterben aber kann er verlangen, daß die Teilung solange unterbleibt, bis die Verbindlichkeiten berichtigt sind (§ 2046). Jeder einzelne Miterbe kann das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragen (CPO. § 991 Abs. 1) und damit die Beschränkung und Teilung der Haftung gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern herbeiführen

§. 2063. Die Errichtung des Inventars durch einen Miterben kommt auch den übrigen Erben zu Statten, soweit nicht ihre Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt ist.

Ein Miterbe kann sich den übrigen Erben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den anderen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet.

(§ 1973, § 2060 Nr. 1), bis zur Erledigung des Verfahrens aber den Aufschub der Teilung verlangen (§ 2045). Dem Verluste der Haftungsbeschränkung, der ihm diese Rechtsbehelfe teilweise entziehen würde, vermag jeder Miterbe selbständig durch die Inventarerrichtung vorzubeugen. Sollte entgegen dem § 2060 die Nachlaßverwaltung auf Antrag nur eines Miterben angeordnet sein, so würde jeder andere Miterbe die Verfügung des Nachlaßgerichts mit der (gewöhnlichen) Beschwerde anfechten können; die Vorschrift des FGG. § 76 Abs. 1 ist auf den Fall einer solchen gesetzwidrigen Anordnung nicht zu beziehen (D. z. FGG. S. 45, 46). Die Beschwerde gegen den den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung ablehnenden Beschluß des Nachlaßgerichts steht nach LG. Karlsruhe (Lobes CBl. 4 S. 32) nur der Gesamtheit der Miterben zu.

Für das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger sind auch gegenüber mehreren Erben die Vorschriften des § 1981 Abs. 2 bestimmend. Zu beachten ist nur, daß eine Gefährdung der Gläubiger unter Umständen schon aus dem Verhalten oder der Vermögenslage eines einzelnen Miterben erwachsen kann. Die zweijährige Frist, binnen deren die Gläubiger zu dem Antrage befugt sind, ist von der letzten Annahme eines Erbteils an zu berechnen (Hachenburg S. 676). Gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch die dem Antrag eines Gläubigers auf Anordnung der Nachlaßverwaltung stattgegeben wird, steht jedem Miterben die sofortige Beschwerde zu (FGG. § 76 Abs. 2).

Hinsichtlich eines Erbteils ist die Nachlaßverwaltung wie auch der Nachlaßkonkurs ausgeschlossen (KO. § 235, P. II Bd. 6 S. 343); über den durch CPO. § 859 Abs. 2 auch den Nachlaßgläubigern ermöglichten Zugriff auf den Anteil eines Miterben am Nachlaß vgl. Erl. 4, 6 zu § 2059.

2. Nach der Teilung kann die Nachlaßverwaltung **weder von den Erben noch von den Gläubigern** beantragt werden (Halbsatz 2). Die Ansicht, daß das Antragsrecht der Gläubiger unberührt bleibe (Wendt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 86 S. 243), widerspricht dem klaren Wortlaute des Gesetzes und der deutlich ausgesprochenen Absicht der zweiten Kommission (P. II Bd. 6 S. 343). Die Abweichung von dem Nachlaßkonkurse, der auch nach der Teilung zulässig ist (KO. § 216 Abs. 2), ist auch in diesem Punkte eine durchaus beabsichtigte. Man nahm an, daß das Interesse der Gläubiger, solange der Nachlaß zulänglich sei, es nicht gebiete, die Teilung rückgängig zu machen; den Erben gegenüber aber war für die Versagung des Antragsrechts die Absicht bestimmend, sie durch eine besonders strenge Haftung zu veranlassen, die Nachlaßverbindlichkeiten vor der Teilung zu berichtigen (D. S. 731). Wie sich die Haftung der Miterben gegenüber den noch unbefriedigten Nachlaßgläubigern sonach praktisch gestaltet, ist bereits in Vorbm. zu §§ 2058—2063 Erl. 2b a. E. und in Erl. 5 zu § 2060 dargelegt worden (vgl. übrigens auch Erl. 1bβ zu § 2063). Wegen der Frage, wann Teilung des Nachlasses anzunehmen ist, vgl. Erl. 7 zu § 2059.

§ 2063.

E. I § 2146; II § 1936 rev. § 2040; III § 2038. P. I S. 11277 f., 11473 ff., 12237, 12239 ff.; M. V S. 676 f. P. II Bd. 5 S. 741, 747, 805.

1. Der § 2063 bezieht sich gleich dem § 2062 auf die Frage der Haftungsbeschränkung und stellt betreffs dieser für den Fall der Erbenmehrheit zwei besondere Sätze auf.

a) Im Abs. 1 wird der Errichtung des Inventars durch einen Miterben Wirkung zugunsten aller Erben beigelegt, soweit sie nicht das Recht auf Beschränkung der Haftung bereits verloren haben. Diese Wirkung tritt ohne weiteres ein, es bedarf nicht der Bezugnahme nach § 2004 (anders der E. I, M. V S. 617). Die Vorschrift gilt auch nach der Teilung des Nachlasses (Prot. der Subkommission S. 103, s. o. S. 65). Das gleiche ist in der CPO. § 997 hinsichtlich des Antrags auf das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und des in diesem Verfahren erlassenen Ausschlußurteils bestimmt; bezüglich der Inventarerrichtung sind entsprechende Vorschriften für andere Fälle in § 2008 Abs. 1, § 2144 Abs. 2, § 2383 Abs. 2 enthalten.

b) Der Abs. 2 schreibt vor, daß gegenüber einem Miterben, welcher Nachlaßgläubiger ist, die übrigen Erben sich auf die Beschränkung der Haftung auch dann berufen können, wenn sie allen anderen Nachlaßgläubigern gegenüber das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren haben (§ 1994 Abs. 1 Satz 2, § 2005). Dies gilt ohne Unterschied, ob die Schuld vom Erblasser herrührt oder ob es sich um eine sonstige Nachlaßverbindlichkeit (§ 1967 Abs. 2) handelt (vgl. aber doch auch den Schluß dieser Erl.). Die im E. I enthaltene Beschränkung der Vorschrift auf Schulden der zweiten Art ist von der zweiten Kommission aufgegeben, weil auch für Verbindlichkeiten der ersten Art die Erwägung zutrifft, daß jeder Erbe das Inventar selbst errichten kann, mithin nicht der Inventarpflicht der übrigen Erben bedarf, um Aufschluß über den Bestand des Nachlasses zu erhalten. Vgl. hierzu, insbesondere auch wegen des bisherigen preuß. Rechtes, Boehm bei Gruch. 42 S. 708 f.

Aus dem Abs. 2 darf nicht (wie dies z. B. Jaeger S. 23 anzunehmen scheint) gefolgert werden, daß unter den Miterben schlechthin nur gegenständlich beschränkte Haftung bestände. Die Vorschrift geht nur dahin, daß das Recht der Erben, die Beschränkung ihrer Haftung geltend zu machen, einem Miterben gegenüber auch dann nicht wegfällt, wenn es den übrigen Nachlaßgläubigern gegenüber z. B. durch Versäumung der Inventarfrist weggefallen ist. Die Art der Durchsetzung der beschränkten Haftung gestaltet sich gegenüber dem Miterben-Gläubiger nicht anders als gegenüber einem andern Nachlaßgläubiger. Hieraus ergibt sich folgendes:

α) Solange der Nachlaß noch ungeteilt ist, ist jeder Miterbe gegen die Inanspruchnahme seines Eigenvermögens gegenüber dem Miterben-Gläubiger durch § 2059 Abs. 1 Satz 1 (vgl. übrigens auch die auf den Fall der amtlichen Nachlaßabsonderung sich beziehende Bestimmung des § 1975) geschützt. Die Vorschrift des § 2059 Abs. 1 Satz 2, nach welcher jedem Miterben das Recht, die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit aus seinem nicht zum Nachlasse gehörenden Vermögen zu verweigern, in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zusteht, wenn er unbeschränkt haftet, findet keine Anwendung, weil die Miterben nach § 2063 Abs. 2 das Recht, die Beschränkung ihrer Haftung geltend zu machen, einem Miterben gegenüber, abgesehen von dem Falle des durch § 2063 Abs. 2 sicherlich unberührt bleibenden § 780 CPO., niemals verlieren.

β) Nach der Teilung des Nachlasses kann ein Miterbe, mag er als Gesamtschuldner oder nur nach dem Verhältnisse seines Erbteils haften, die Beschränkung seiner Haftung auch einem Miterben gegenüber, der eine Forderung gegen den Nachlaß hat, nur nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze geltend machen. Die Möglichkeit der Herbeiführung einer gegenständlich beschränkten Haftung durch Stellung des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung ist ihm jedoch durch § 2062 versagt. Ist der Nachlaß überschuldet, so kann er die Eröffnung des Konkurses beantragen. Ist dies nicht der Fall, so kann er, wenn die in den §§ 1990, 1992 bestimmten Voraussetzungen vorliegen, von den für diese Fälle bestimmten Rechten Gebrauch machen. Liegt keine der bezeichneten Voraussetzungen vor, so ist für den in Anspruch genommenen Miterben auch dem Miterben-Gläubiger gegenüber die Möglichkeit der Herbeiführung einer gegenständlich beschränkten Haftung nicht gegeben. Er haftet daher für die (durch den Wert des bei der Auseinandersetzung Erhaltenen allerdings gedeckte) Forderung des Miterben-Gläubigers im vorausgesetzten Falle mit seinem ganzen Vermögen. Ist die Haftung des in Anspruch genommenen Miterben eine gesamtschuldnerische, so kann er dem Miterben-Gläubiger den auf diesen selbst entfallenden Bruchteil der Verbindlichkeit in Abzug bringen. Soweit er trotzdem mehr gezahlt hat, als er im Verhältnis zu den übrigen Miterben an der Last der Verbindlichkeit zu tragen hat, kann er von diesen nach Maßgabe des § 426 Ersatz verlangen.

Besonderer Erwägung bedürfen noch einige eigenartige Fälle. Zunächst der, daß ein Miterbe Rechtsnachfolger eines Nachlaßgläubigers geworden ist, welchem ein anderer Miterbe bereits unbeschränkt haftete. Hier scheint die unbeschränkte Haftung des letzteren Miterben auch dem Miterben-Gläubiger gegenüber durchgreifen zu müssen. Verlangt ferner ein Miterbe, der unter Umständen, vermöge welcher alle Miterben für eine Nachlaßverbindlichkeit unbeschränkt und gesamtschuldnerisch haften, den in Frage kommenden Nachlaßgläubiger vollständig befriedigt hat, Ausgleichung nach § 426, so wird sich der in solcher Weise in Anspruch genommene Miterbe auf § 2063 Abs. 2 doch wohl nicht berufen können (vgl. auch Strohal II § 89 bei Anm. 19).

2. Abgesehen von den Vorschriften der §§ 2062, 2063 und den mit ihnen im Zusammenhange stehenden Vorschriften der KO. § 230 Abs. 1, § 235 gelten hinsichtlich der Be-

Dritter Abschnitt.
Testament.

schränkung der Haftung für die Miterben die gleichen Regeln wie für den Alleinerben. Insbesondere sind auch die Vorschriften über die Inventarerrichtung und den Verlust der Haftungsbeschränkung auf jeden Miterben so anzuwenden, wie wenn er alleiniger Erbe wäre. Die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch die eine Inventarfrist bestimmt wird, ist jedem einzelnen Miterben zuzustellen und die Frist läuft für jeden Erben von der an ihn erfolgten Zustellung bzw. von der seinerseits erfolgten Annahme der Erbschaft (Erl. 3 zu § 1993, Erl. 3 zu § 1994, Erl. 2, 3 zu § 1995). Auch eine verschiedene Dauer der Inventarfrist ist nicht unzulässig und kann unter Umständen gerechtfertigt sein. Die Vorschriften der §§ 1996—1999 sind auf jeden Miterben selbständig anzuwenden; das Beschwerderecht nach § 77 Abs. 1, 2 des FGG. steht jedem Miterben, in dessen Person seine Voraussetzungen zutreffen, selbständig zu. Jeder Miterbe aber ist verpflichtet, ein Inventar des ganzen Nachlasses aufzunehmen, und zwar auch dann, wenn der Erblasser alle vorhandenen Nachlaßgegenstände unter die Erben verteilt haben sollte, da einer solchen Anordnung dingliche Wirkung nicht zukommt (Erl. 2 zu § 2048). Errichtet ein Miterbe zunächst selbständig ein sogenanntes ungetreues Inventar (vgl. Erl. 2a, b zu § 2005 auf S. 182), so trifft die Rechtsfolge der unbeschränkten Haftung (§ 2005 Abs. 1) nur ihn, nicht auch die übrigen Miterben. Im Falle der gemeinschaftlichen Errichtung eines unrichtigen Inventars läßt die lediglich einem Miterben zur Last fallende schwere Verfehlung (§ 2005 Abs. 1 Satz 1) die übrigen gutgläubigen Miterben unberührt, vermag deren Gutgläubigkeit aber doch den Eintritt der unbeschränkten Haftung desjenigen Miterben, welcher sich verfehlt hat, nicht auszuschließen.

Dritter Abschnitt.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB., 1899; Ofenstätter BayerNotZ. 36 S. 73ff.; Eichhorn, Das Testament, 4. Aufl., 1900; Sauer, Testamente und Erbverträge in Bayern, 1903; Peiser, Handbuch des Testamentsrechts, 2. Aufl. 1907; Hallbauer, Das deutsche Testamentsrecht, 3. Aufl., 1905; Rüger, Testamentarische Erbfolge im Sächs. Arch. 9 S. 415ff.; Götte, Der preußische Testamentsrichter, 1901; Kohler, Parteiwille und Rechtssatz im Testament, Arch. f. civ. Pr. 90 S. 118ff.

1. Inhaltsübersicht. Nachdem in den beiden ersten Abschnitten die Vorschriften über die Erbfolge und die rechtliche Stellung des Erben, mithin diejenigen Rechtsnormen behandelt worden sind, welche in die Gestaltung der erbrechtlichen Verhältnisse unmittelbar eingreifen, geht das BGB. im dritten und vierten Abschnitte dazu über, die Verfügung von Todes wegen zu regeln, und zwar hat der dritte Abschnitt die einseitige Verfügung von Todes wegen, das **Testament**, der vierte Abschnitt aber die vertragsmäßige Verfügung, den Erbvertrag, zum Gegenstande (vgl. wegen der Begriffe und der Ausdrucksweise des BGB. die Erl. 1 zu den §§ 1937—1941 auf S. 31f. und die Erl. 1, 2 zu § 1937).

Der dritte Abschnitt zerfällt in folgende acht Titel:

1. Allgemeine Vorschriften, §§ 2064—2086 (vgl. dazu §§ 1937—1940);
2. Erbeinsetzung, §§ 2087—2099;
3. Einsetzung eines Nacherben, §§ 2100—2146;
4. Vermächtnis, §§ 2147—2191;
5. Auflage, §§ 2192—2196;
6. Testamentsvollstrecker, §§ 2197—2228;
7. Errichtung und Aufhebung eines Testaments, §§ 2229—2264;
8. Gemeinschaftliches Testament, §§ 2265—2273.

2. Der zulässige Inhalt des Testaments wird im allgemeinen in den §§ 1937—1940 bezeichnet (Erbeinsetzung, Ausschließung eines gesetzlichen Erben, Vermächtnis, Auflage). Daneben kommen aus dem fünften Buche noch in Betracht §§ 2048, 2049 (Teilungsanordnungen); § 2050 (Anordnungen über die Ausgleichung); §§ 2197—2200, 2207, 2209, 2222, 2223 (Testamentsvollstreckung); § 2254 (Widerruf letztwilliger Verfügungen); §§ 2291, 2297 (Aufhebung vertrags-

Erster Titel.
Allgemeine Vorschriften.

mäßiger Verfügungen von Todes wegen); §§ 2336, 2338 (Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils). Wegen letztwilliger Verfügungen über die Beerdigung s. Erl. 4 zu § 1968, über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel vgl. Erl. 2 a. E. zu §§ 1937—1941 auf S. 32; bezüglich der in § 332 erwähnten Anordnung s. Erl. 7 zu § 1939. Außerdem können eine Reihe familienrechtlicher Anordnungen durch letztwillige Verfügung (Testament) getroffen werden (s. Erl. 2 zu § 1937), auch die Errichtung einer Stiftung kann durch Testament erfolgen (§ 83). Über den Grundsatz und die Grenzen der Testierfreiheit vgl. Erl. 2 zu §§ 1937—1941. Bezüglich der sogenannten derogatorischen Klausel vgl. Erl. zu § 2253.

Wie schon an früherer Stelle (Erl. 1 zu § 1937) bemerkt worden, ist das BGB. von dem in den meisten bisherigen Rechten festgehaltenen Satze abgegangen, daß die Erbeinsetzung einen notwendigen Bestandteil und die Grundlage des „Testaments" bildet; „Testament" ist im BGB. ohne Rücksicht auf den Inhalt jede einseitige Verfügung von Todes wegen (vgl. übrigens auch Erl. 2 zu § 1937). Der Name und Begriff des Kodizills ist dem BGB. fremd; auch sog. Nachzettel, wie sie das bisherige preuß. und sächs. Recht kannte, kommen nicht in Betracht. Übrigens wird unter „Testament" im BGB. wie nach bisherigem Sprachgebrauch auch die Testamentsurkunde verstanden (vgl. § 2246 Abs. 2, §§ 2248, 2259 ff.).

Erster Titel.

Josef, Letztwillige Zuwendungen an Vereine ohne Rechtsfähigkeit im Arch. f. BR. 20 S. 229 ff.; Dernburg, Zur Auslegung der Testamente in DJZ. 1904 S. 1 ff.; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 1906 S. 229 ff.

1. **Anordnung.** Der erste Titel enthält allgemeine Vorschriften über letztwillige Verfügungen, zu welchen einerseits die §§ 1937—1940, andererseits die §§ 2229 ff. zu vergleichen sind. Im § 2064 wird der Grundsatz der persönlichen Vornahme der Testamentserrichtung, im § 2065 das Erfordernis der Bestimmtheit und Selbständigkeit des letzten Willens zum Ausdrucke gebracht. Die §§ 2066—2077 enthalten eine Reihe von Vorschriften für einzelne häufig vorkommende Verfügungen besonderen Inhalts, die sich größtenteils als Auslegungsregeln darstellen. Davon beziehen sich die §§ 2066—2073 auf die Bestimmung der Person des Bedachten, die §§ 2074—2076 betreffen bedingte letztwillige Verfügungen, der § 2077 Verfügungen zu gunsten des Ehegatten oder Verlobten des Erblassers. In den §§ 2078—2083 wird die Anfechtung letztwilliger Verfügungen geregelt, und zwar bestimmen die §§ 2078, 2079 die Anfechtungsgründe, § 2080 den Anfechtungsberechtigten, § 2081 die Anfechtungserklärung und § 2082 die Anfechtungsfrist, während § 2083 eine Befugnis zur Verweigerung der letztwillig auferlegten Leistung für den Fall begründet, daß die Anfechtung der Verfügung durch Fristablauf ausgeschlossen ist. Die §§ 2084—2086 enthalten Auslegungsvorschriften von allgemeiner Bedeutung.

2. Ein im BGB. nicht ausdrücklich bestimmter, aber in einem feststehenden Sinne verwendeter **Begriff** ist der **der letztwilligen Zuwendung.** Es wird darunter diejenige letztwillige Verfügung verstanden, welche der Person, zu deren Gunsten die Verfügung getroffen ist, den Erwerb eines Erbrechtes, mit Einschluß des Rechtes zur Nacherbfolge, oder eines Vermächtnisrechtes vermittelt (s. M. V S. 9; P. II Bd. 5 S. 31). Bezüglich der erbvertragsmäßigen Zuwendung vgl. Erl. zu § 2278. Der Begriff der Zuwendung umfaßt daher nicht die Auflage und das nur zur Erfüllung einer Bedingung Gegebene (Erl. 2, 5 zu § 1939; Windscheid III § 677). Übrigens wird mit dem Worte „Zuwendung" auch das Zugewendete bezeichnet. Mit der gleichen Beschränkung wird im BGB. der Ausdruck „letztwillig bedenken" gebraucht. „Bedachter" ist nur derjenige, welchem eine Zuwendung gemacht wird, also nicht der Empfänger des zur Vollziehung einer Auflage Geleisteten (vgl. den Gebrauch bzw. Nichtgebrauch des Wortes in den §§ 2066, 2070, 2193, 2289, auch im § 2072, dessen Fassung dem Gesagten nicht entgegensteht). Hieraus folgt für den gegenwärtigen Titel, daß die §§ 2066—2073 bei Auflagen keine Anwendung finden.

Die Rechtswirksamkeit einer letztwilligen (oder erbvertragsmäßigen) Zuwendung hängt von gewissen **Voraussetzungen in der Person des Bedachten** ab. Der Bedachte kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein (bezüglich der auf einem Stiftungsgeschäfte

des Erblassers beruhenden und von ihm bedachten Stiftung vgl. § 84 und dazu Erl. 5 zu § 1923). Die Fähigkeit auf Grund einer letztwilligen (oder erbvertragsmäßigen) Zuwendung zu erwerben, ist grundsätzlich schon durch die allgemeine Rechtsfähigkeit gegeben (vgl. auch Erl. 4b zu § 1922). Wegen der dabei nach EG. Art. 86, 87 Abs. 2, 3 in Betracht kommenden einschränkenden landesgesetzlichen Vorschriften vgl. Erl. 4b zu § 1922 und Bd. VI S. 198f., 202f. Betreffs der Rechtsfähigkeit der Ausländer und der ausländischen juristischen Personen insbesondere s. Bd. VI Erl. 5 zu EG. Art. 7 S. 30f. und Erl. zu EG. Art. 10 S. 41ff. Nicht rechtsfähige Vereine (§ 54) und Sammelvermögen im Sinne des § 1914 können, weil der Rechtsfähigkeit ermangelnd, als solche letztwillig (oder erbvertragsmäßig) nicht „bedacht" werden. Mit Rücksicht auf § 2084 wird man jedoch bestrebt sein müssen, der Absicht des Erblassers wenigstens annähernd gerecht zu werden. Ein solches Ergebnis ist in beiden Fällen möglich, wenn man die vom Erblasser zunächst als Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) gewollte Anordnung als eine denjenigen, welcher Erbe wird (oder wohl auch einen Vermächtnisnehmer), belastende Auflage zur Überlassung der in Frage kommenden Vermögensgegenstände an den nicht rechtsfähigen Verein bzw. an die Verwaltung des Sammelvermögens auffaßt (vgl. §§ 1940, 2192ff.). Unter Umständen wird es im ersten Falle auch möglich sein, einzelne Vereinsmitglieder als mit der Auflage bedacht anzusehen, das ihnen Zugewendete dem Vereinszwecke zuzuführen. Der Annahme einer Bedenkung sämtlicher Vereinsmitglieder als solcher stehen aber wegen des möglichen Wegfalls der bisherigen und des Eintrittes neuer Mitglieder allerdings unüberwindbare Bedenken entgegen (insoweit zutreffend Josef a. a. O.). Die schon in Bd. I Erl. 3 zu § 54 (S. 127) als überaus zweifelhaft bezeichnete Frage, ob eine letztwillige Zuwendung an einen nicht rechtsfähigen Verein insbesondere in der Art als Bedenkung der Vereinsmitglieder aufgefaßt werden darf, daß die Erbschaft, die Vermächtnisforderung ohne weiteres Vereinsvermögen wird, muß doch wohl verneint werden. Denn diese Beurteilung ist (ganz abgesehen davon, daß sie sich über die Nichtrechtsfähigkeit des vom Erblasser bezeichneten Bedachten praktisch hinwegsetzt) schon durch die Vorschriften der §§ 1942—1957 (man beachte ganz besonders § 1952), 2180 über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses und im Falle der Erbeinsetzung auch durch die von den Vorschriften des Gesellschaftsrechtes (§§ 718ff.) abweichenden Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§§ 2032ff.), ferner durch die Bestimmungen über die Erbenhaftung bei der Erbenmehrheit (§§ 2058—2063) ausgeschlossen; vgl. auch Strohal I § 24 Anm. 3a; Goldmann-Lilienthal, BGB. (1. Aufl.) I S. 97 Anm. 9; a. A. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2. Aufl.) S. 21 Anm. 31. So wenig wie ein nicht rechtsfähiger Verein kann eine offene Handelsgesellschaft als solche letztwillig (oder erbvertragsmäßig) bedacht werden, obschon in der Literatur (insbesondere von Hellwig, Anspruch S. 267, 276 Anm. 1a und Josef a. a. O. S. 233 Anm. 1; dagegen aber Strohal I § 3 Anm. 5) das Gegenteil behauptet worden ist.

3. Art der Willenserklärung. Unschädlichkeit einer falsa demonstratio. Trotz des für letztwillige Verfügungen bestehenden Formzwanges (§§ 2231ff.) braucht die Willenserklärung nicht in ausdrücklichen Worten oder gar in bestimmten Formeln ausgesprochen zu werden, es genügt vielmehr wie schon im bisherigen Rechte jede formgerechte Erklärung, auf deren Grundlage der Wille des Erblassers unter Berücksichtigung aller zu dessen Ermittelung geeigneten Umstände (vgl Erl. 4) im Wege freier Auslegung erschlossen werden kann. So ist z. B. bei der Erbeinsetzung der Gebrauch des Wortes „Erbe" nicht notwendig und andererseits ist aus dem Gebrauche dieses Wortes noch nicht auf das Vorliegen einer Erbeinsetzung zu schließen (§ 2087, vgl. auch §§ 2103, 2104, 2149). Auch in indirekter Weise, insbesondere in der Form eines Bedingungssatzes, kann eine Zuwendung angeordnet werden. Der schon für das gemeine Recht vielfach angefochtene Satz: positus in condicione non est positus in dispositione gilt also für das BGB. sicherlich nicht (vgl. Windscheid III § 546 Anm. 11; Dernburg, Pand. III § 77 Anm. 6; Meischeider 80f.; Strohal I § 24 Anm. 7); doch soll damit, da es sich ja doch nur um eine von Fall zu Fall zu entscheidende quaestio voluntatis handelt, selbstverständlich nicht gesagt sein, daß man ihn in sein Gegenteil verkehren dürfte (Dernburg BR. V § 42 Anm. 10). Die Angabe einer dem Bedachten irrigerweise zugeschriebenen Eigenschaft oder eine sonstige unrichtige Bezeichnung des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung schaden nichts, wenn die Identität nicht zweifelhaft ist (falsa demonstratio non nocet, s. M. V S. 40, 41 P. II Bd. 5 S. 49; vgl. auch das Beispiel bei Strohal, Anfechtung letztwilliger Verfügungen S. 8). Wegen der auch an letztwillige Verfügungen zu stellenden allgemeinen Erfordernisse der Willenserklärung s. Meischeider S. 72ff.

§. 2064. Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten.

4. Bei der **Auslegung** der letztwilligen Verfügungen ist in erster Reihe nach der auch hier anwendbaren allgemeinen Vorschrift des § 133 der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen. Die bei Verkehrsgeschäften, insbesondere bei obligatorischen Verträgen gebotene Rücksichtnahme auf das Verkehrsinteresse (§ 157) kommt bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen nicht in Betracht. Der Sprachgebrauch des Erblassers nach seinem Stande und seiner Heimat und desgleichen seine spezifische Ausdrucksweise sind jedenfalls dann, wenn der Erblasser selbst das Testament aufgesetzt hat, wohl zu beachten; auch der Zusammenhang und der Zweck der Verfügungen müssen Berücksichtigung finden und gewinnen besondere Bedeutung, wenn im Wege der ergänzenden Auslegung eine Entscheidung für vom Erblasser nicht besonders vorgesehene Gestaltungen gewonnen werden muß. Vgl. auch Bayr. ObLG. in Sammlung 5 S. 272, wo zutreffend ausgeführt wird, daß bei der Auslegung nicht nur das ausdrücklich Ausgesprochene, sondern auch das zu berücksichtigen ist, was ohne ausgesprochen zu sein, Voraussetzung des Ausgesprochenen ist. Die Auslegung ist trotz der Formalisierung der Willenserklärung nicht darauf beschränkt, bei dem objektiven Sinne der Erklärung, den diese nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte hat, stehen zu bleiben, vielmehr können zur Feststellung des wahren Sinnes auch außerhalb der Erklärung liegende Tatumstände, insbesondere auch, in die Zeit vor oder nach der Testamentserrichtung fallende formlose Äußerungen des Erblassers herangezogen und zur Ergänzung des unvollständigen, zur Berichtigung des verfehlten (vgl. auch SeuffA. Bd. 58 S. 28 und Rspr. 12 S. 371) oder zur Feststellung der Bedeutung des zur Bezeichnung des zu Bezeichnenden ungewöhnlichen Ausdrucks verwertet werden (M. V S. 44). Drastische Beispiele geben Cosack I § 63 Nr. III 5 (ein Erblasser bedenkt seinen Lieblingsenkel Otto, den er „Bismarck" zu nennen pflegte, unter dieser Bezeichnung) und Danz S. 230 (Bezeichnung des vermachten Weinkellers mit dem vom Erblasser dafür gewohnheitsmäßig gebrauchten Ausdrucke „Bibliothek"). Selbst die freieste Auslegung hat aber doch das Vorhandensein einer auszulegenden Willenserklärung zur notwendigen Voraussetzung (vgl. auch OLG. Dresden im Recht 1901 S. 356). Ein in keiner Weise zum Ausdruck gebrachter Wille kann im Wege der Auslegung nicht zur Geltung gebracht werden und für die Auslegung ist nur insoweit Raum, als das wirklich Erklärte als genügender Ausdruck des ermittelten Willens des Erklärenden aufgefaßt werden kann (vgl. Rspr. 6 S. 333, ferner RG. in JW. 1902 S. 403).

Im Anschluß an das bisherige Recht begünstigt auch das BGB. (§ 2084) die letztwilligen Verfügungen durch die Vorschrift, daß unter verschiedenen möglichen Auslegungen diejenige vorzuziehen ist, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann. Sonstige Auslegungsregeln für zweifelhafte Fälle sind im Vergleiche zum bisherigen Rechte nur in geringer Anzahl und in vorsichtiger Fassung aufgestellt (s. die §§ 2066—2077, deren Vorschriften jedoch nicht durchweg die Natur von Auslegungsregeln haben). Der für das gem. Recht verteidigte und in neuere Rechte übergegangene Satz, daß letztwillige Verfügungen im Anschluß an das gesetzliche Erbrecht auszulegen sind, ist in dieser allgemeinen Form nicht aufgenommen worden (M. V S. 44f.), hat aber doch für verschiedene besonders wichtige Fälle ausdrückliche Anerkennung gefunden (§§ 2066 bis 2069, 2104, 2149). Über Auslegungsregeln überhaupt und deren technische Behandlung im BGB. s. die Einleitung, Bd. I S. 23f.; wegen der Auslegung von Testamenten vgl. besonders Meischeider S. 84ff. und die beherzigenswerten Ausführungen von Danz a. a. O., sowie von Dernburg a. a. O. (s. auch dessen BR. V § 42); ferner RG. in JW. 1900 S. 81, 860.

Die Frage, ob die Auslegungsregeln des BGB. auch auf vor dem 1. Januar 1900 errichtete Testamente Anwendung finden, wenn deren Errichter erst nach dem Wirksamwerden des BGB. gestorben sind, ist grundsätzlich zu bejahen. Vgl. Bd. VI Erl. 3d zu Art. 214 EG. (S. 457ff.) und Du Chesne im Recht 1904 S. 469; ebenso RG. 59 S. 83, 84; s. auch Rspr. 6 S. 74; ferner Bayr. ObLG. im Recht 1906 S. 864. Bezüglich der Beurteilung des Sprachgebrauchs nach der Zeit der Errichtung des Testaments vgl. Rspr. 3 S. 257.

§ 2064.

E. I § 1911; II § 1937 rev. § 2041; III § 2039. P. I S. 9748 ff.; M. V S. 246 f. P. II Bd. 5 S. 317.

1. In Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte (vgl. Windscheid III § 545 Anm. 5 preuß. ALR. I 12 § 66, AGO. II 4 §§ 3ff. code civ. art. 972ff., sächs. GB. §§ 2064, 2097) bestimmt der § 2064, daß ein Testament von dem Erblasser **nur persönlich** errichtet werden kann. Durch diese Vorschrift, die in gleicher Weise im § 2274 für den Erbvertrag und im § 2347

§. 2065. Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, daß ein Anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll.

Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung nicht einem Anderen überlassen.

Abs. 2 für den Erbverzicht aufgestellt ist, wird sowohl die Vertretung im Willen als auch die Vertretung in der Willenserklärung ausgeschlossen. Die Fähigkeit zur Testamentserrichtung ist in den §§ 2229, 2230 geregelt. Soweit der Erblasser danach ein Testament nicht errichten kann, ist auch die Errichtung durch den gesetzlichen Vertreter ausgeschlossen. Andererseits bedarf, soweit nach jenen Vorschriften die Fähigkeit zur Testamentserrichtung besteht, ein Erblasser, der im allgemeinen in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, zu diesem Rechtsakte nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Welche einzelnen Handlungen bei der Errichtung des Testaments wesentlich und daher vom Erblasser persönlich vorzunehmen sind, wird durch die Formvorschriften der §§ 2231 ff. bestimmt (vgl. insbesondere die von der mündlichen Erklärung bzw. dem eigenhändigen Schreiben handelnden Vorschriften des § 2231 Nr. 2, § 2238, § 2243 Abs. 1 Satz 2). Vorbereitende Akte, insbesondere das Aufsetzen eines zu übergebenden Schriftstücks, können durch andere bewirkt werden (§ 2238 Abs. 1 Satz 3). Nicht minder kann der Erblasser noch bei dem Testierakte selbst sich fremden Rates bedienen, sei es, daß er sich durch den Richter oder Notar, der das Testament aufnimmt, belehren läßt, sei es, daß er mit einem Beistand erscheint (FGG. § 13 Satz 1). Natürlich muß aber der Erblasser das von anderer Seite ihm Vorgeschlagene sich aneignen und persönlich als seinen Willen erklären.

2. Die Ausnahme von dem Grundsatze der persönlichen Testamentserrichtung, die nach gem. Rechte und auch nach einzelnen neueren Rechten in dem Institute der Pupillarsubstitution und Quasipupillarsubstitution besteht (vgl. Windscheid III §§ 558—560, Dernburg Pand. III §§ 89, 90, preuß. ALR. II 2 §§ 521 ff., sächs. GB. §§ 2203 ff.), ist dem BGB. fremd. Soweit es sich um das auf das Kind zu vererbende Vermögen des Vorfahren handelt, hat dieser in der Anordnung einer Nacherbfolge ein ausreichendes Mittel, um über das spätere Geschick seines Nachlasses für den Fall zu bestimmen, daß das Kind vor erreichter Testierfähigkeit versterben oder daß es aus anderen Gründen zur Errichtung eines Testaments rechtlich unfähig sein sollte (§§ 2229, 2230). In Ansehung des eigenen Vermögens des Kindes aber würde die Befugnis des Vorfahren, für das Kind eine Verfügung von Todes wegen zu treffen, mit der Auffassung des BGB. von dem Rechte der elterlichen Nutznießung nicht zu vereinigen sein. Dazu kommt, daß das Institut schon im bisherigen Rechte praktisch fast bedeutungslos geworden ist und daß die sozialen Zustände, die in Rom zu seiner Aufnahme geführt haben, uns fremd sind (M. V S. 132 f., vgl. Meischeider S. 303—305).

§ 2065.

E. I § 1765, § 1770 Satz 1, § 1777 Satz 1; II § 1938 rev. § 2042; III § 2040.
P. I E. 3973 ff., 3992 ff., 9017 ff.; M. V E. 30 f., 34 ff., 41 f. P. II Bd. 5 E. 15 ff., 23 f., 29 f., 39.

Koch, Zu § 2065 Abs. 2 in Bayer. RpflZ. 1 S. 104; Krug, Die Zulässigkeit der reinen Willensbedingung, Marburger Diss. 1904.

1. Der § 2065 bringt den Grundsatz der **Bestimmtheit und Selbständigkeit des letzten Willens** zum Ausdrucke. Der Erblasser kann weder die Geltung einer letztwilligen Verfügung überhaupt von der Bestimmung eines anderen abhängig machen (Abs. 1), noch die Ergänzung der Verfügung in wesentlichen Punkten einem anderen übertragen (Abs. 2).

Der Satz, daß bei letztwilligen Verfügungen eine Vertretung im Willen ausgeschlossen ist, gründet sich zunächst darauf, daß der Erblasser die sittliche Verantwortlichkeit für den in der letztwilligen Verfügung liegenden Eingriff in das gesetzliche Erbrecht nicht auf andere abwälzen darf. Nur der eigene feste, klare und wohl erwogene Wille des Erblassers hat Anspruch auf rechtliche Beachtung. Ist sich der Erblasser über seinen letzten Willen noch nicht völlig klar, mit seinem Urteile noch nicht fertig geworden, so soll er den Dingen ihren Lauf lassen und sich bei dem Eintritte der gesetzlichen Erbfolgeordnung oder dem Bestande seiner früheren Verfügungen beruhigen. Die Zulassung der Willensvertretung würde sodann die Gefahr mit sich bringen, daß die Entscheidung des Vertreters den Absichten des Erblassers zuwiderläuft, daß mithin der Wille des Verstorbenen, auch soweit er vorhanden war, nicht unverfälscht zum Ausdrucke

gelangt. Aus diesen Gründen ist zunächst, soweit es sich um die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung überhaupt handelt (Abs. 1), nicht nur eine Verfügung ausgeschlossen, welche die Entscheidung über ihre Geltung ausdrücklich und unmittelbar einem anderen überträgt, vielmehr ist auch diejenige Verfügung nichtig, welche ihre Geltung in der Form der Bedingung von einer reinen Willkürhandlung eines anderen abhängig macht. Dies trifft aber nur bei solchen Handlungen des Beschwerten oder eines Dritten zu, die im Grunde dem nackten Wollen gleichstehen. Ist die Bedingung auf eine andere, wenngleich willkürliche, Handlung des Beschwerten oder eines Dritten abgestellt, deren Vornahme oder Unterbleiben für die Richtung seines Wollens von entscheidender Bedeutung ist, so überträgt der Erblasser nicht die Entscheidung über die Gültigkeit seiner Verfügung einem anderen, vielmehr trifft er selbst für den einen und für den anderen Fall je eine besondere Entscheidung (vgl. M. V S. 30, P. II Bd. 5 S. 16f., 19, aber auch Krug S. 192). Für eine Bedingung, die eine Handlung des Bedachten zum Gegenstande hat, wird dies ohne Unterschied anzunehmen sein. Im übrigen darf nach dem BGB. auch nicht zwischen dem nackten Wollen und dem vernünftigen Ermessen des anderen unterschieden werden, wie dies für das bisherige Recht vielfach angenommen wurde. Die Unterscheidung wurde als der inneren Begründung entbehrend angesehen, weil das sog. vernünftige Ermessen, wenn die Grundlagen nicht angegeben seien, nach denen es auf seine Richtigkeit geprüft werden könne, in Wahrheit doch auf bloße Willkür hinauslaufe. Es würde daher eine nichtige letztwillige Verfügung sein, wenn z. B. eine Ehefrau oder ein Kind eine Zuwendung unter der Bedingung machen wollte, daß der Mann oder Vater zustimme. Hiernach werden das nackte Wollen, das vernünftige Ermessen und die Bedingung einer reinen Willkürhandlung eines anderen vom BGB. auf dieselbe Stufe gestellt; eine von dem einen oder dem anderen abhängig gemachte letztwillige Verfügung ist nichtig.

Nach dem Abs. 1 ist es auch ausgeschlossen, daß die Entziehung einer Zuwendung der Willkür oder dem Ermessen eines anderen überlassen wird (vgl. Dernburg, preuß. PrivR. III § 119 Anm. 12, BR. V § 41 Nr. 11; Meischeider S. 69 Anm. 6). Zulässig ist, die Entscheidung darüber, ob eine Bedingung erfüllt ist, einem anderen zu übertragen, weil hierin nur die Bestellung eines Schiedsrichters liegt (P. II Bd. 5 S. 20). Ferner enthalten, wie sich von selbst versteht, der § 1516 Abs. 1 und der § 2291 Abs. 1 Satz 2 keine Durchbrechung des Grundsatzes, da es sich an der ersten Stelle um die Verfügung über Gesamtgut, an der zweiten Stelle aber um die Aufhebung einer vertragsmäßigen Bindung des Erblassers handelt.

2. Grundgedanke des Abs. 2. Da die letztwillige Verfügung in allen wesentlichen Punkten vollständig sein muß, kann der Erblasser, wie Abs. 2 vorschreibt, die Bestimmung der **Person des Bedachten** sowie die Bestimmung des **Gegenstandes der Zuwendung** nicht einem anderen überlassen. Hieraus ist nicht etwa zu folgern, daß die Person und der Gegenstand der Zuwendung notwendig schon in der letztwilligen Verfügung mit voller konkreter Bestimmtheit, insbesondere etwa mit namentlicher Bezeichnung, angegeben sein müßten. Der Erblasser braucht eine konkrete Person oder Sache noch gar nicht ins Auge zu fassen; es genügt, wenn er die objektiven Voraussetzungen für die Bestimmung derartig festsetzt, daß nach ihnen die bedachte Person oder der Gegenstand der Zuwendung zu ermitteln ist. Hiernach ist ein Vermächtnis zugunsten des ersten nach dem Tode des Erblassers geborenen Enkelsohnes ohne weitere Angaben bezüglich der Person vollkommen gültig (P. II Bd. 5 S. 40; vgl. § 2105 Abs. 2, der nicht, wie Frommhold S. 137 meint, eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 2065 Abs. 2, sondern eine Bestätigung des hier Gesagten darstellt). Auch eine Person, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist, kann letztwillig bedacht werden (§ 2101 Abs. 1, § 2162 Abs. 2), nur ist im Hinblick auf § 1923 Abs. 1 die Einsetzung einer solchen Person als Erbe in eine Nacherbeinsetzung umzudeuten. Ausgeschlossen wird durch den § 2065 Abs. 2, daß das subjektive Ermessen eines anderen in die letztwillige Verfügung ergänzend eingreift. Ebensowenig wie die Geltung der Verfügung überhaupt darf die Bestimmung der Person des Bedachten oder des Gegenstandes der Zuwendung dem nackten Wollen oder dem vernünftigen Ermessen eines anderen übertragen oder von einer reinen Willkürhandlung eines anderen abhängig gemacht werden (M. V S. 35, 41). Die Anforderungen an die Bestimmtheit des letzten Willens gehen hiernach über die für das bisherige Recht meist vertretene Auffassung, insbesondere hinsichtlich der Ausschließung des Ermessens eines Dritten (vgl. Dernburg Pand. III § 76), erheblich hinaus. So z. B. würde eine letztwillige Verfügung zugunsten desjenigen Schülers einer bestimmten Anstalt aus einem bestimmten Jahre, welcher sich nach dem Urteile des Direktors am

§. 2066. Hat der Erblasser seine gesetzlichen Erben ohne nähere Bestimmung bedacht, so sind diejenigen, welche zur Zeit des Erbfalls seine gesetzlichen Erben sein würden, nach dem Verhältniß ihrer gesetzlichen Erbtheile bedacht. Ist die Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins gemacht und tritt die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall ein, so sind im Zweifel diejenigen als bedacht anzusehen, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins gestorben wäre.

---

besten dazu eigne, nicht mit der Wirkung getroffen werden können, daß dem vom Direktor bezeichneten Schüler ein selbständiger Vermächtnisanspruch zustände; die Verfügung könnte nur als Vermächtnis an die Anstalt mit der Auflage der Verwendung zu dem bezeichneten Zwecke aufrecht erhalten werden (P. II Bd. 5 S. 40; s. § 2193). Indessen enthält, wie schon in dem Letztgesagten angedeutet ist, der § 2065 Abs. 2 nur das Prinzip; Ausnahmen, die durch das praktische Bedürfnis geboten sind, finden sich an späterer Stelle; hierüber s. Nr. 3.

3. Durchführung der Regel des Abs. 2 und ihre **Durchbrechung durch Ausnahmevorschriften.** Die Vorschrift des Abs. 2 gilt, da sie auf letztwillige Zuwendungen beschränkt ist, zunächst nur für die Erbeinsetzung und für Vermächtnisse (vgl. die Vorbm. Nr. 2), nach § 2192 ist sie jedoch auch bei Auflagen entsprechend anwendbar.

a) Hinsichtlich der Erbeinsetzung ist das Prinzip folgerichtig durchgeführt. Die Bestimmung des Erben durch einen Dritten ist schlechthin unzulässig. Eine derartig unbestimmte Erbeinsetzung ist nichtig, auch wenn die Bestimmung nur unter mehreren vom Erblasser bezeichneten Personen getroffen werden soll. Ebensowenig kann eine gültige Erbeinsetzung in der Weise erfolgen, daß die Bestimmung der Anteile mehrerer Erben einem Dritten übertragen wird. Der E. I § 1770 Satz 2, § 1777 Satz 2 wollte derartige Erbeinsetzungen in der Weise aufrechterhalten, daß die mehreren Bezeichneten Miterben zu gleichen Anteilen sein sollten. Die zweite Kommission hielt dies für unbegründet und zog es vor, Verfügungen der fraglichen Art, die durch kein praktisches Bedürfnis gerechtfertigt, wohl aber geeignet seien, manche rechtliche Zweifel und praktische Schwierigkeiten hervorzurufen, schlechthin für nichtig zu erklären (P. II Bd. 5 S. 29, 30, vgl. Meischeider S. 68f. Anm. 5). Bezüglich der alternativen Erbeinsetzung (E. I § 1769 Abs. 1) s. die Vorbm. Nr. 1 zum zweiten Titel.

b) Für Vermächtnisse und Auflagen gelten folgende **Ausnahmen:**

α) Mit einem Vermächtnisse können mehrere in der Weise bedacht werden, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von ihnen das Vermächtnis erhalten soll (§ 2151);

β) desgleichen kann bei einem Vermächtnis an mehrere dem Beschwerten oder einem Dritten die Bestimmung übertragen werden, was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll (§ 2152);

γ) bei Vermächtnissen und Auflagen, deren Zweck vom Erblasser bestimmt ist, kann die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen werden (§§ 2156, 2192);

δ) bei Auflagen ist unter der zu γ bezeichneten Voraussetzung auch die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, durch den Beschwerten oder einen Dritten zulässig (§ 2193).

Darüber, wie sich die Vorschriften über das Wahlvermächtnis (§ 2154) und das Gattungsvermächtnis (§ 2155) zu dem Grundsatze des § 2065 Abs. 2 verhalten, s. die Erl. zu den angezogenen Paragraphen.

§ 2066.

E. II § 1939 rev. § 2043; III § 2041. P. II Bd. 5 S. 32f.

1. Die Vorschrift des § 2066, die der E. I (vgl. M. V S. 36) als entbehrlich abgelehnt hatte, ist von der zweiten Kommission mit Rücksicht auf die in der gemeinrechtlichen Praxis hervorgetretenen Zweifel aufgenommen worden. Sie bestimmt für den Fall, daß der Erblasser seine „**gesetzlichen Erben**“ ohne nähere Bestimmung bedacht hat, sowohl die Personen, die als bedacht gelten sollen, als auch das Verhältnis, nach welchem sie sich in die Zuwendung

§. 2067. Hat der Erblasser seine Verwandten oder seine nächsten Verwandten ohne nähere Bestimmung bedacht, so sind im Zweifel diejenigen Verwandten, welche zur Zeit des Erbfalls seine gesetzlichen Erben sein würden, als nach dem Verhältniß ihrer gesetzlichen Erbtheile bedacht anzusehen. Die Vorschrift des §. 2066 Satz 2 findet Anwendung.

---

zu teilen haben. Nach beiden Richtungen werden die Normen der gesetzlichen Erbfolgeordnung (§§ 1924 ff.) für maßgebend erklärt. Die Bedeutung der Vorschrift liegt außer in dem Satze, daß unter mehreren Bedachten nicht etwa Kopfteilung, sondern Teilung nach Maßgabe der gesetzlichen Erbquoten eintritt, hauptsächlich in der Bestimmung des maßgebenden Zeitpunktes. Es entscheidet nicht etwa die Zeit der Testamentserrichtung, sondern wie bei der gesetzlichen Erbfolge (s. die Vorbm. zum Abschnitt I Nr. 3) die Zeit des Erbfalls, d. h. des Todes des Erblassers (§ 1922 Abs. 1). Eine Abweichung besteht jedoch, wenn die Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins gemacht ist und die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintritt. Für diesen Fall wird im Satz 2 die Absicht des Erblassers dahin gedeutet, daß hinsichtlich der bedachten Personen und des bei der Teilung anzulegenden Maßstabs die Verhältnisse zu der späteren Zeit, in welcher die Bedingung erfüllt oder der Termin herangekommen ist, entscheiden sollen. Dies entspricht den allgemeinen Vorschriften über den Eintritt der Wirkung eines aufschiebend bedingten oder befristeten Rechtsgeschäfts (§ 158 Abs. 1, § 163), betreffs der bedingten Zuwendung auch der Vorschrift des § 2074 und verhütet, daß die Zuwendung den Erbeserben anfällt, die dem Erblasser oft ganz fremd sein werden (vgl. übrigens auch § 2104). Der Satz 2 enthält, wie die Fassung erkennen läßt, eine Auslegungsregel, Satz 1 dagegen eine Dispositivvorschrift, durch die eine Lücke in der Willenserklärung ergänzt wird (Meischeider S. 86 f., 179 f.; darüber, daß die Bedeutung dieses Unterschiedes in der Fassung nicht überspannt werden darf, vgl. Strohal I § 24 Anm. 4). Die Vorschrift des Satz 1 kommt auch in den Fällen des Satz 2 zur Anwendung, wenn die für den Zweifelsfall vorgeschriebene Auslegung dem erkennbaren Willen des Erblassers nicht entspricht. Für den Fall, daß der Erblasser einfach seine „Erben" bedenkt, gilt § 2066 (als verbindlicher Rechtssatz) nicht, vielmehr wird in diesem Ausdrucke, wenn der Erblasser durch eine frühere Verfügung von Todes wegen für den ganzen Nachlaß oder einen Teil desselben Erben eingesetzt hat, meist eine stillschweigende Bezugnahme auf jene Verfügung zu erblicken sein.

2. Zuwendungen an die gesetzlichen Erben eines Dritten. Testamente enthalten mitunter eventuelle Zuwendungen zugunsten der „gesetzlichen Erben" des vom Erblasser zunächst Bedachten (vgl. Dernburg V § 41 Nr. III). Unmittelbare Anwendung des § 2066 ist hierbei selbstverständlich ausgeschlossen. Fällt der vom Erblasser zunächst Bedachte (etwa des Erblassers Bruder) vor oder nach dem Erbfall weg, so wird man im Wege freier Auslegung der eventuellen Zuwendung meist zur Annahme einer Ersatzberufung derjenigen Personen gelangen, welche als gesetzliche Erben des Weggefallenen berufen sein würden, wenn dieser zur Zeit des Erbfalls gestorben wäre. Schwieriger wird die Beurteilung, wenn die eventuelle Zuwendung schlechthin zugunsten „der Erben" des zunächst Berufenen lautet (über einen Fall solcher Art vgl. Striethorst Arch. 37 S. 94). Die Verhältnisse können hier so verschieden liegen, daß auf Aufstellung durchgreifender Grundsätze verzichtet werden muß. Nur zwei Punkte sollen kurz berührt werden: Wird als Wille des Erblassers ermittelt, daß die von ihm gemachte Zuwendung eventuell zugunsten desjenigen gelten soll, welcher Erbe des zunächst Bedachten wirklich geworden ist, so kommt sie auch dessen gewillkürtem Erben zustatten. Die Vorschrift des § 2065 steht dem nicht entgegen (anders Schiffner, Der Erbvertrag nach dem BGB. S. 158 bei Anm. 8). Denn der Erblasser macht in solchem Falle die Bestimmung der Person des eventuell Bedachten keineswegs von dem Belieben des zunächst Bedachten abhängig, sondern er läßt in dieser Beziehung lediglich die Vorschriften des objektiven Rechtes, vermöge deren jemand Erbe wird, durchgreifen. Sodann ist noch zu bemerken, daß das Zugewendete im Falle des Wirksamwerdens der eventuellen Berufung keinesfalls zum Nachlasse des weggefallenen Erstbedachten gehört (vgl. auch Dernburg V § 41 Anm. 10).

§ 2067.

E. I § 1771; II § 1940 rev. § 2044; III § 2042. M. V S. 36 f. P. II Bd. 5 S. 32 f.

1. Der § 2067 trifft eine dem § 2066 ähnliche Vorschrift für den Fall, daß der Erblasser seine „Verwandten" oder seine „nächsten Verwandten" ohne nähere Bestimmung bedacht

hat. Bei einer solchen letztwilligen Verfügung soll die Frage, wer von den Verwandten bedacht ist und zu welchen Teilen mehrere Personen bedacht sind, nach den Normen der gesetzlichen Erbfolgeordnung (§§ 1924—1930) entschieden werden unter Zugrundelegung der Verhältnisse zur Zeit des Erbfalls bzw. bei einer aufschiebend bedingten oder befristeten Zuwendung (z. B. nach dem Tode des Ehegatten) der Verhältnisse zur Zeit des späteren Eintritts der Bedingung oder des Anfangstermins. Hiermit wird der Auffassung entgegengetreten, der Erblasser habe ausschließlich die Gradesnähe der Verwandtschaft entscheiden lassen wollen oder er habe alle Personen, die zum Kreise seiner Verwandten gehören, zu gleichen Teilen zu bedenken beabsichtigt. Die Vorschrift ist jedoch (anders als § 2066 Satz 1) nur eine Auslegungsregel, in erster Linie ist der Wille des Erblassers zu erforschen.

2. Hat der Erblasser „seine Abkömmlinge" ohne nähere Bestimmung bedacht, so unterscheidet sich der Tatbestand von dem im § 2067 vorausgesetzten nur dadurch, daß der Kreis der „nächsten Verwandten" des Erblassers durch den Ausschluß der Seitenverwandten enger gezogen ist. Im übrigen wird die Auslegungsregel des § 2067 zur entsprechenden Anwendung zu bringen sein. In einem Falle, wo die letztwillige Zuwendung dahin lautete, daß die „ehelichen Nachkommen" eines Oheims des Erblassers das Zugewendete „gleichmäßig" teilen sollen, hat das OLG. Dresden (vgl. neues Sächs. Arch. 1 S. 329) wohl mit Recht angenommen, daß die Bedachten nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen zu teilen haben.

3. Der Ehegatte des Erblassers gehört nicht zu den Personen, die kraft der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2067 als bedacht anzusehen sind. Hierdurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß er im einzelnen Falle als mitbedacht zu gelten hat, wenn dies nach dem volkstümlichen Sprachgebrauche, der auch das eheliche Verhältnis unter den Begriff der Verwandtschaft bringt, als Willensmeinung des Erblassers angenommen werden muß. Ob bei einer ohne weitere Bestimmung lediglich zugunsten der „Geschwister" des Erblassers lautenden Zuwendung die Regeln der gesetzlichen Erbfolgeordnung, insbesondere das Eintrittsrecht der Geschwisterkinder und das geringere Erbrecht der Halbgeschwister (Erl. 2, 3 zu § 1925) zur Anwendung zu bringen sind, unterliegt der freien Willensauslegung. Der § 2067 gilt für diesen Fall nicht; die Frage wird in der Regel zu verneinen sein (vgl. Frommhold, Anm. 2 und die dort angezogenen Schriftsteller des preuß. Rechtes; Dernburg V § 43 Anm. 13; s. aber doch auch Vorbm. Erl. 3 zu §§ 2068—2070, Erl. 4 zu § 2068, Erl. 3 zu § 2069). Zu beachten ist endlich, daß § 2067 nur für Zuwendungen an die Verwandten des Erblassers, nicht auch für solche an Verwandte dritter Personen gilt (vgl. RG. v. 10. Juli 1905 bei Gruch. 50 S. 386). Freie Auslegung kann aber doch auch in Fällen dieser Art zu einem analogen Ergebnis führen; vgl. die einen Fall, wo Ehegatten in einem Erbvertrag wechselseitig „die nach der natürlichen Erbfolge berufenen nächsten Blutsverwandten" des zuerst versterbenden Gatten bedacht hatten, behandelnde E. des Bayr. ObLG. im Recht 1906 S. 864.

§§ 2068—2070.

1. Die §§ 2068—2070 enthalten Vorschriften für die Auslegung letztwilliger Verfügungen, in welchen den Bedachten eine Zuwendung in ihrer Eigenschaft als Abkömmlinge einer anderen Person gemacht ist. Die §§ 2068, 2069 beziehen sich auf Zuwendungen **an die eigenen Abkömmlinge** des Erblassers, der § 2070 dagegen auf Zuwendungen an **die Abkömmlinge eines Dritten.** Andererseits haben die §§ 2068, 2070 miteinander gemeinsam, daß sie eine zusammenfassende Bezeichnung der Bedachten als „Kinder" oder „Abkömmlinge" ohne nähere Bestimmung voraussetzen, während sich § 2069 auch auf den Fall der besonderen Bezeichnung des Bedachten mit seinem Namen bezieht.

2. Betreffs der §§ 2068, 2069 wurde in der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 33 f.) in sachlicher Übereinstimmung mit dem E. I (M. V S. 37 f.) folgendes ausgeführt: Der **Unterschied** zwischen den beiden Vorschriften liegt darin, daß § 2068 eine Auslegungsregel für den Fall aufstellt, daß der Erblasser seine „Kinder" ohne nähere Bezeichnung bedacht hat und daß zur Zeit der Errichtung des Testaments ein Kind des Erblassers bereits verstorben war, aber Abkömmlinge von ihm vorhanden sind, während § 2069 eine, übrigens gleichfalls als Auslegungsregel gefaßte und somit nur „im Zweifel" eingreifende Ergänzung des letzten Willens für den Fall enthält, daß der Erblasser einen bestimmten Abkömmling bedacht hat, ohne für die (später eingetretene) Möglichkeit Fürsorge zu tragen, daß dieser Abkömmling wegfallen könnte. Im ersteren Falle wird der Wille des Erblassers dahin ausgelegt, daß

§. 2068. Hat der Erblasser seine Kinder ohne nähere Bestimmung bedacht und ist ein Kind vor der Errichtung des Testaments mit Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle des Kindes treten würden.

---

neben den Kindern im engeren Sinne auch die Nachkommen des verstorbenen Kindes als bedacht gelten sollen; im zweiten Falle wird er dahin ergänzt, daß dem weggefallenen Abkömmlinge dessen Nachkommenschaft als substituiert angesehen wird. Beiden Vorschriften ist gemeinsam, daß sie sich nur auf Abkömmlinge des Erblassers beziehen, daß nach ihnen nur solche entferntere Abkömmlinge des Erblassers als bedacht gelten, die ihm gegenüber ein gesetzliches Erbrecht haben, und daß im Falle einer Mehrheit von Abkömmlingen des weggefallenen Kindes die diesem gemachte Zuwendung unter die mehreren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge verteilt wird.

Die innere Begründung für beide Vorschriften wurde darin erblickt, daß nach dem zu vermutenden Willen des Erblassers die Abkömmlinge des weggefallenen Kindes schwerlich ohne Grund auf den Pflichtteil beschränkt sein sollten und daß durch die Berufung derselben auf die ihrem Vorfahren gemachte Zuwendung Pflichtteilsstreitigkeiten abgeschnitten würden.

3. Die Ausdehnung der in den §§ 2068, 2069 enthaltenen Vorschriften auf Zuwendungen an Abkömmlinge dritter Personen ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden, weil es bei letztwilligen Verfügungen dieser Art an einem hinreichenden inneren Grunde für jene Rechtssätze fehle (P. II Bd. 5 S. 34 f., vgl. auch M. V S. 39). Daß der Erblasser bei einer Zuwendung, die er dem Bedachten in dessen Eigenschaft als Kind eines anderen mache, nicht sowohl die einzelne Persönlichkeit als vielmehr die Familienbeziehung im Auge habe, lasse sich, wurde ausgeführt, mit Sicherheit nur bei einer Bedenkung der eigenen Kinder annehmen; bei Zuwendungen an andere als die eigenen Kinder höchstens dann, wenn es sich um die Kinder einer dem Erblasser sehr nahestehenden Person, etwa eines Bruders, handle. Bei der Zweifelhaftigkeit der Sache, die schon durch die Verschiedenheit des bisherigen Rechtes dargetan werde, und der Unmöglichkeit, eine nicht willkürliche Grenze zu ziehen, verdiene es den Vorzug, von einengenden gesetzlichen Vorschriften ganz abzusehen und der richterlichen Auslegung freien Spielraum zu lassen. Die Gewinnung eines dem Inhalte der Vorschriften der §§ 2068, 2069 analogen Ergebnisses ist aber unter Umständen auch auf diesem Wege möglich; vgl. Erl. 4 zu § 2068, Erl. 3 zu § 2069.

§ 2068.

E. I § 1772; II § 1941 rev. § 2045; III § 2043. P. I S. 9004 ff., 11439; M. V S. 37 f. P. II Bd. 5 S. 33 ff.

1. **Zuwendung des Erblassers an seine Kinder. Tod eines Kindes vor der Testamentserrichtung.** Das BGB. gebraucht den Ausdruck „Kinder" nur in dem engeren Sinne von Söhnen und Töchtern, also im Gegensatze zu den Abkömmlingen überhaupt und den entfernteren Abkömmlingen im besonderen (s. z. B. § 1924 Abs. 4). Dies kann jedoch bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen, wo es auf die Willensmeinung des Erblassers ankommt, nicht maßgebend sein. Ist ein Kind des Erblassers vor der Errichtung des Testaments gestorben und sind Abkömmlinge von ihm vorhanden, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, so spricht die Vermutung dafür, daß der Erblasser bei einer Zuwendung an seine Kinder auch sie hat bedenken wollen. Es soll daher im Zweifel angenommen werden, daß diejenigen Abkömmlinge des verstorbenen Kindes, welche gesetzliche Erben des Erblassers sein würden, an der Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) zusammen mit demjenigen, was ihr verstorbener Vorfahr nach Maßgabe der gesetzlichen Erbfolge erhalten haben würde, also mit einem Kindesteile bzw. Kopfteile (§ 1924 Abs. 2) bedacht sind. In gleicher Weise sollen auch die Anteile der betreffenden Abkömmlinge im Verhältnis untereinander sich im Zweifel nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge bestimmen, so daß beim Vorhandensein entfernterer Abkömmlinge Stammteilung eintritt.

2. **Voraussetzung für die Anwendung der Auslegungsregel** ist, daß die Zuwendung den „Kindern" ohne nähere Bestimmung der Person gemacht ist. Dies übersieht anscheinend Meischeider (S. 181 f., vgl. auch S. 88), welcher bemerkt, man müsse offenbar unterstellen, daß dem Erblasser der vor der Testamentserrichtung eingetretene Tod eines seiner Kinder

§. 2069. Hat der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht und fällt dieser nach der Errichtung des Testaments weg, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden.

---

unbekannt gewesen sei, da er sonst nicht das verstorbene Kind, sondern dessen Abkömmlinge bedacht haben würde. Ob der Erblasser bei der Testamentserrichtung von dem Tode des Kindes Kenntnis gehabt hat oder nicht, begründet keinen Unterschied; die Vorschrift ist sogar für den Fall der Kenntnis von größerer Bedeutung, da im Falle der Unkenntnis auch § 2069 aushilft (s. dort Erl. 2). Die Anwendung des Wortes „Kinder" trotz der Kenntnis von dem Tode eines Kindes kann auf dem Sprachgebrauche des Erblassers, der damit auch die Abkömmlinge des verstorbenen Kindes richtig zu bezeichnen glaubte, oder auf unbewußter Fehlerhaftigkeit des Ausdrucks beruhen. Dagegen ist das Erfordernis, daß keine nähere Bestimmung über die Person der Bedachten getroffen ist, wohl zu beachten. Auch in dem Falle, wenn der Anteil eines Kindes besonders bestimmt ist und daneben „die übrigen Kinder zu gleichen Teilen" bedacht sind, findet § 2068 keine Anwendung, wenngleich die freie Auslegung zu demselben Ergebnisse führen kann.

3. Soweit nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung uneheliche Abkömmlinge berufen sind, gilt § 2068 auch zu ihren Gunsten. Selbstverständlich aber ist die Vorschrift auf leibliche oder ihnen gleichstehende (angenommene) Kinder beschränkt.

4. Darüber, daß § 2068 für die Beurteilung von Zuwendungen an die Kinder eines Dritten nicht maßgebend ist, sondern daß hier völlig freie Auslegung durchgreift, vgl. Vorbm. Erl. 3 zu §§ 2068—2070, dazu Rspr. 6 S. 312. Hat der Erblasser aber z. B. „seine Geschwister, eventuell deren Kinder" bedacht, so wird man durch freie Auslegung regelmäßig nicht nur dazu gelangen, daß die Bedachten, wenn als solche auch Kinder von Geschwistern in Frage kommen, nicht Kopf-, sondern Stammteile erhalten sollen (vgl. auch die auf einen verwandten Fall sich beziehende E. des OLG. Dresden im neuen Sächs. Arch. 1 S. 329), sondern zum mindesten auch, daß an die Stelle eines ohne Wissen des Erblassers schon vor der Testamentserrichtung verstorbenen Geschwisterkindes dessen Abkömmlinge treten sollen.

§ 2069.

E. I § 1773; II § 1942 rev. § 2046; III § 2044. P. I S. 9004 f., 9007 f., 11439; M. V S. 37 f. P. II Bd. 5 S. 33 ff.

1. **Wegfall des vom Erblasser bedachten eigenen Abkömmlings nach der Testamentserrichtung.** Wegen des Verhältnisses des § 2069 zum § 2068 s. die obigen Erl. zu den §§ 2068—2070 Nr. 2. Der § 2069 setzt voraus, daß die Person des bedachten Abkömmlings individuell feststeht. Für die Fälle des § 2068 braucht man die Bestimmung des § 2069 kaum heranzuziehen. Denn der Grundgedanke des § 2068, daß, wenn der Erblasser „seine Kinder" ohne nähere Bestimmung bedenkt, unter diesen eventuell auch entferntere Abkömmlinge zu verstehen sind, führt bereits zu dem Schlusse, daß die im § 2068 bezeichneten entfernteren Abkömmlinge nicht nur im Falle des Todes eines Kindes vor der Testamentserrichtung im Zweifel als an dessen Stelle tretend anzusehen sind, sondern um so mehr dann, wenn der Wegfall des Kindes (oder eines an dessen Stelle getretenen Abkömmlings) erst nach der Testamentserrichtung erfolgt. Immerhin findet aber dieses Ergebnis durch § 2069 noch weitere Bestätigung. In den spezifischen Fällen des § 2069 ist die Bezeichnung des Bedachten so beschaffen, daß durch sie nur eine individuell bestimmte Person getroffen wird. Ist der derart bezeichnete Abkömmling nach der Testamentserrichtung weggefallen, sei es durch Tod, sei es durch Ausschlagung, Erbunwürdigkeit oder persönlichen Erbverzicht, und hat der Erblasser für diesen Fall keine Fürsorge getroffen, so sollen im Zweifel die Abkömmlinge des Weggefallenen insoweit als bedacht gelten, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden (§ 1924 Abs. 3, § 1953 Abs. 2, § 2344 Abs. 2, §§ 2346, 2349). Das Gesetz ergänzt den Willen des Erblassers (auf dem Wege der Auslegungsregel) durch die Annahme einer Ersatzberufung, was bei einer letztwilligen Verfügung mehr der Sache entspricht als der in mehreren bisherigen Rechten verwertete Gedanke der Repräsentation oder der Transmission. Der Gegenbeweis, daß eine solche Ersatzberufung nicht im Sinn des Erblassers liegt, ist zulässig (vgl. Meischeider S. 181, 182) und kann wie sonst (vgl. Vorbm.

Nr. 3 zum Titel auf S. 337) so auch hier auf außerhalb der förmlichen Erklärung liegende Umstände gegründet werden. Doch wird daraus allein, daß der Erblasser nach erlangter Kenntnis von dem Wegfall des bedachten Abkömmlings längere Zeit hat verstreichen lassen, ohne eine letztwillige Verfügung des Inhalts zu errichten, daß die Abkömmlinge des Weggefallenen an dessen Stelle treten sollen, auf einen der gesetzlichen Regel des § 2069 entgegengesetzten Willen des Erblassers keineswegs geschlossen werden können. Denn gerade dann, wenn sich die im § 2069 enthaltene Willensergänzung mit der wirklichen Absicht des Erblassers deckt, wird dieser, zumal wenn ihm die Vorschrift des § 2069 gegenwärtig ist (und das RG. geht in der E. vom 8. Juli 1901, JW. 1901 S. 645 bei der Auslegung eines Testaments sogar von der Annahme aus, daß der Erblasser die zur Zeit der Abfassung des Testaments geltenden gesetzlichen Vorschriften berücksichtigt hat) nicht die geringste Veranlassung haben, nachträglich noch das als seinem Willen entsprechend zu erklären, was das Gesetz auch ohne solche Erklärung im Zweifel als von ihm gewollt annimmt.

2. **Ausdehnende Anwendung** des § 2069. Die Vorschrift des § 2069 wird trotz des entgegenstehenden Wortlauts auch auf den Fall zu beziehen sein, wenn der Tod des bedachten Abkömmlings zwar schon vor der Testamentserrichtung eingetreten, aber dem Erblasser erst nach der letzteren oder überhaupt nicht mehr bekannt geworden ist. Hierfür spricht zunächst die Fassung des E. I, der im § 1773 bestimmte, daß die Abkömmlinge des Weggefallenen als „im Wege der Ersatzberufung" bedacht gelten sollen, unter einer Ersatzberufung aber nach §§ 1800, 1883 eine Berufung für den Fall verstand, daß die Zuwendung an den zunächst Bedachten „unwirksam ist oder unwirksam wird". Der Begriff der Ersatzberufung ist im BGB. (§§ 2096, 2190) kein anderer als im E. I und die Annahme einer Ersatzberufung liegt dem § 2069 auch in seiner endgültigen Gestalt zugrunde, überhaupt ist die Vorschrift sachlich nach dem E. I angenommen (P. II Bd. 5 S. 34f., 76). Die Ausdehnung der Vorschrift auf den in Rede stehenden Fall ist auch innerlich wohl begründet. Denn der Gedanke, daß der Wille des Erblassers gemäß dem ergänzt werden soll, was er vermutlich gewollt haben würde, wenn er die Möglichkeit des Wegfalls des bedachten Abkömmlings in Betracht gezogen hätte, trifft auch hier zu. Eine verschiedenartige Behandlung der beiden Fälle würde mitunter eine auffällige Verletzung des Billigkeitsgefühls enthalten. Wenn z. B. der Erblasser in seinem am 10. Oktober errichteten Testament einem zurzeit auf einer Seereise befindlichen Sohne ein Vermächtnis aussetzt und dann am 15. Oktober stirbt, so würde es schwer verständlich sein, daß das Vermächtnis den Enkeln anfällt, wenn einige Tage nach dem Tode des Erblassers die Nachricht eingeht, daß der Sohn mit dem Schiff am 12. Oktober untergegangen ist, daß dagegen die Zuwendung hinfällig wird, wenn sich der Schiffsuntergang schon am 8. Oktober ereignet hat. Der § 2068 läßt hier die Enkel im Stiche, wenn der Erblasser den bedachten Sohn besonders mit seinem Namen bezeichnet hat (s. Erl. 2 zu § 2068). Die Abkömmlinge des weggefallenen Kindes würden mithin die ihrem Vorfahren gemachte Zuwendung nicht erhalten, vielmehr auf den immerhin unsicheren und unerfreulichen Weg der Anfechtung des Testaments nach § 2079 gewiesen und, dafern sie mit der Anfechtung nicht durchdringen, sicherlich gegen den Willen des Erblassers, auf den Pflichtteil beschränkt sein. Es dürfte daher gerechtfertigt sein, daß ähnlich wie bei § 2053 (s. dort Erl. 1 a. E.) die subjektive Vorstellung des Erblassers von dem Vorhandensein eines erbberechtigten Abkömmlings berücksichtigt wird (vgl. auch Strohal I § 24 Anm. 12, Herzfelder S. 335 unter Ziff. 5).

Für eine ausdehnende Anwendung des § 2069 nach anderer Richtung spricht sich aus Bayer. ObLG. in RJA. 4 S. 27 = Rspr. 9 S. 391 = SeuffA. 59 S. 99; daselbst wird, wohl mit Recht, angenommen, daß die in einem gemeinschaftlichen Testament oder in einem von Ehegatten geschlossenen Erbvertrag enthaltene, auf sogenannter gemeinschaftlicher Verfügung beruhende Zuwendung an einen Abkömmling des einen Gatten der Beurteilung nach § 2069 nicht dadurch entzogen wird, daß derjenige Ehegatte, dessen Abkömmling bedacht ist, zuerst stirbt.

3. Hat der Erblasser eine bestimmte Person bedacht, die nicht sein Abkömmling ist, so findet § 2069 keine Anwendung und wird, wenn der Bedachte nach der Testamentserrichtung weggefallen ist, ohne daß der Erblasser für diese Möglichkeit Vorsorge getroffen hatte, auch im Wege freier Auslegung meist nicht dazu zu gelangen sein, daß nun die Abkömmlinge des weggefallenen Bedachten als bedacht anzusehen seien (vgl. auch Bayer. ObLG. in Sammlung 5 S. 173 = Recht 1904 S. 283). Doch können, wie die eben berufene Entscheidung zutreffend hervorhebt, besondere Anhaltspunkte immerhin auch eine dahingehende Auslegung rechtfertigen, daß der Bedachte nur als erster seines Stammes ausdrücklich genannt ist und die Bedeutung

§. 2070. Hat der Erblasser die Abkömmlinge eines Dritten ohne nähere Bestimmung bedacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß diejenigen Abkömmlinge nicht bedacht sind, welche zur Zeit des Erbfalls oder, wenn die Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins gemacht ist und die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintritt, zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins noch nicht erzeugt sind.

---

für den ganzen Stamm gelten soll. Sind in einem Testament z. B. zwei noch lebende Geschwister des Erblassers und die Kinder eines bereits verstorbenen Bruders zu je 1/3 bedacht und ist nach der Testamentserrichtung eines der Geschwister mit Hinterlassung von Kindern gestorben, so weist schon der innere Zusammenhang der ganzen Verfügung darauf hin, daß die Bedenkung der zurzeit der Testamentserrichtung noch lebenden Geschwister nicht nur ihnen, sondern eventuell auch den von ihnen ausgehenden Stämmen gelten sollte; wird dies außerdem noch durch eine vom Erblasser, wenn auch nach der Testamentserrichtung gemachte Äußerung bestätigt, so ist nicht ersindlich, was einer ergänzenden Auslegung in dem vorhin erwähnten Sinne entgegenstehen soll (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 35). Anders freilich KG. in Rspr. 6 S. 72 (wobei es sich übrigens nicht um eine Prozeßentscheidung, sondern um einen Beschluß handelt, laut dessen den Kindern des verstorbenen Bruders des Erblassers die Erteilung des von ihnen verlangten Erbscheins verweigert wurde); vgl. aber dagegen Dernburg in DJZ. 1904 S. 6 ff., BR. V § 42 Anm. 8, Danz, DJZ. 1904 S. 662 ff., Auslegung S. 233 ff.

§ 2070.

E. I § 1774; II § 1943 rev. § 2047; III § 2045. P. I E. 9009 ff., 11440, 11454; M. V E. 38 f. P. II Bd. 5 E. 35.

Peiser im Recht 1902 S. 609.

1. Bezüglich der im allgemeinen der freien Auslegung unterliegenden Zuwendungen an die **„Abkömmlinge eines Dritten"** (im Gegensatz zu den unmittelbaren oder mittelbaren Abkömmlingen des Erblassers selbst) beschränkt sich das Gesetz auf die Aufstellung der negativen Auslegungsregel, daß im Falle einer ohne nähere Bestimmung angeordneten Zuwendung an die Abkömmlinge eines Dritten im Zweifel diejenigen Abkömmlinge als nicht bedacht anzusehen sind, welche zur Zeit des Erbfalls bzw. im Falle einer aufschiebend bedingten oder befristeten Zuwendung zur Zeit des dem Erbfall erst nachfolgenden Eintrittes der Bedingung oder des Termins noch nicht erzeugt sind. Eine andere Beurteilung würde sowohl bei Erbeinsetzungen als auch bei Vermächtnissen meist zu höchst verwickelten und der normalen Absicht des Erblassers nicht entsprechenden Ergebnissen führen. Hat der Erblasser also z. B. die Abkömmlinge seines Bruders ohne nähere Bestimmung bedacht und kommen als solche zur Zeit des Erbfalls bzw. zur Zeit des Eintrittes der Bedingung oder des Anfangstermins drei Kinder des Bruders in Betracht, so sollen im Zweifel nur diese als bedacht gelten und somit (soweit die Auslegungsregel durchgreift) auch nicht gehalten sein, von dem ihnen Zugewendeten einem später erzeugten (und lebend geborenen) Kinde ihres Vaters etwas nach den Vorschriften über die Nacherbfolge (§§ 2100 ff.) oder über das Nachvermächtnis (§ 2191) abzugeben. Eine Schwierigkeit entsteht freilich dann, wenn zu der im § 2070 für maßgebend erklärten Zeit Abkömmlinge des Dritten noch nicht oder doch nicht mehr vorhanden sind, aber später erzeugt werden und lebend zur Welt kommen. Nach der Auslegungsregel des § 2070 sollen diese Abkömmlinge im Zweifel als nicht bedacht gelten, und würde die Anordnung des Erblassers hiernach wirkungslos sein. Dieses Ergebnis scheint jedoch einer anderen Auslegungsregel, nämlich der des § 2084, zu widersprechen. Denn nach dieser hat man, wenn eine letztwillige Verfügung mehrere Auslegungen zuläßt, im Zweifel diejenige vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann; im vorausgesetzten Falle würde aber ein solcher erzielt werden, wenn man die Zuwendung auch den erst nachträglich erzeugten Abkömmlingen des Dritten zustatten kommen ließe. Wie hat man zu entscheiden? Liegt der Fall so, daß er durch die spezielle Auslegungsregel des § 2070 überhaupt getroffen wird (und das ist nahezu sicher, wenn der Erblasser den Zeitpunkt des eventuellen Wirksamwerdens seiner Anordnung an ein besonderes Ereignis oder an einen besonderen Termin geknüpft hat), so wird man sie ganz und nicht nur halb zur Anwendung bringen müssen und somit nicht deswegen allein, weil ihre Anwendung bei der konkreten Sachlage zur Annahme der Unwirksamkeit

§. 2071. Hat der Erblasser ohne nähere Bestimmung eine Klasse von Personen oder Personen bedacht, die zu ihm in einem Dienst- oder Geschäftsverhältnisse stehen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß diejenigen bedacht sind, welche zur Zeit des Erbfalls der bezeichneten Klasse angehören oder in dem bezeichneten Verhältnisse stehen.

§. 2072. Hat der Erblasser die Armen ohne nähere Bestimmung bedacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die öffentliche Armenkasse der Gemeinde, in

---

der Zuwendung des Erblassers führt, von ihr in grundsatzloser Durchbrechung der Konsequenz abzugehen haben. Der im § 2070 vorausgesetzte Zweifelsfall kann jedoch durch Umstände ausgeschlossen sein, aus denen sich ergibt, daß der Erblasser mit der Möglichkeit einer dem Erbfall nachfolgenden Erzeugung der in Frage kommenden Abkömmlinge gerechnet hat und eventuell auch sie bedenken wollte. Die Anwendung der Auslegungsregel des § 2070 entfällt dann von selbst. Vgl. zur ganzen Frage Strohal I § 24 Ziff. 4; etwas anders Peiser, Testamentsrecht S. 20 (2. Aufl.) und im Recht a. a. O., der § 2084 mehr in den Vordergrund schieben will, praktisch aber auf dasselbe hinauskommt.

2. Obschon die positiven Auslegungsregeln der §§ 2066—2069 für Zuwendungen an die gesetzlichen Erben, die Verwandten, die Abkömmlinge eines Dritten nicht gelten, so wird die freie Auslegung doch unter Umständen zu verwandten Ergebnissen führen.

3. Auf Zuwendungen an die Abkömmlinge des Erblassers ist die Auslegungsregel des § 2070 nicht ausgedehnt. Hieraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß für diese Fälle das Gegenteil von dem gilt, was § 2070 für die von ihm betroffenen Fälle bestimmt. Die Unrichtigkeit dieses Schlusses ergibt sich bereits aus den §§ 2066—2069. Denn hat der Erblasser z. B. seine Abkömmlinge ohne nähere Bestimmung bedacht, so führt schon die Anwendung der §§ 2066, 2067 zu dem Ergebnisse, daß die erst nach den in den §§ 2066, 2067 bezeichneten Zeitpunkten erzeugten Abkömmlinge im Zweifel nicht als bedacht anzusehen sind. Selbst in dem von Strohal I § 24 Anm. 19 vorgelegten, durch die genannten Auslegungsregeln nicht unmittelbar getroffenen Falle, wo der Erblasser sein einziges Kind von der Erbfolge ausschließt, ihm wirksam auch den Pflichtteil entzieht und bestimmt, daß die Erbschaft den Abkömmlingen des Kindes zufallen soll, wird die Annahme am nächsten liegen, daß statt des ausgeschlossenen Sohnes nur diejenigen Abkömmlinge desselben erben sollen, welche bei der gesetzlichen Erbfolge und nach den Grundsätzen des Pflichtteilsrechtes (§ 2309, vgl. aber auch § 2338) an dessen Stelle treten würden, so daß also die Zuwendung den erst nach dem Erbfall erzeugten Abkömmlingen des ausgeschlossenen Sohnes nicht mehr zustatten kommt (Strohal a. a. O.).

§ 2071.

E. I § 1775; II § 1944 rev. § 2048; III 2046. P. I S. 9011 f., 11454 f.; M. V S. 39, 42. P. II Bd. 5 S. 35 f.

Die Auslegungsregel des § 2071 schließt sich an ähnliche Vorschriften des preuß. ALR. I 12 §§ 546 ff. und des sächs. GB. § 2163 an. Letztwillige Zuwendungen der fraglichen Art werden meist nur als Vermächtnisse vorkommen. Bei **Verfügungen zugunsten einer Klasse von Personen** ist z. B. an Zuwendungen eines Lehrers an die Schüler der von ihm geleiteten Klasse oder eines Beamten an die Mitglieder seines Kollegiums, eines Klubmitglieds an die Klubgenossen zu denken. Als Personen, die zu dem Erblasser in einem Dienst- oder Geschäftsverhältnisse stehen, kommen Gesinde, Gesellen, Gehilfen, Privatbeamte u. a. in Betracht. In solchen Fällen soll hinsichtlich der Zugehörigkeit zu dem bedachten Personenkreis im Zweifel der Zeitpunkt des Erbfalls, nicht derjenige der Testamentserrichtung entscheiden. Ein entgegengesetzter Wille des Erblassers wird z. B. dann anzunehmen sein, wenn er bei einem Vermächtnis an seine Dienstboten bemerkt, daß er es für die geleisteten „langjährigen, treuen Dienste" aussetze. Ist bei dem Erbfalle niemand vorhanden, der zum Erblasser in dem fraglichen Verhältnisse steht, so ist die Verfügung unwirksam. Es können nicht etwa, wie das preuß. ALR. (I 12 § 549) dies positiv vorschreibt, diejenigen Personen auf die Zuwendung Anspruch erheben, welche zur Zeit der Testamentserrichtung in dem Verhältnisse gestanden haben, wenn sie nicht nach der Absicht des Erblassers überhaupt die Bedachten sein sollten. Bezüglich der Anteile der zur Gruppe gehörenden einzelnen Personen vgl. §§ 2153, 2157 ff.

deren Bezirk er seinen letzten Wohnsitz gehabt hat, unter der Auflage bedacht ist, das Zugewendete unter Arme zu vertheilen.

§. 2073. Hat der Erblasser den Bedachten in einer Weise bezeichnet, die auf mehrere Personen paßt, und läßt sich nicht ermitteln, wer von ihnen bedacht werden sollte, so gelten sie als zu gleichen Theilen bedacht.

---

§ 2072.

E. I § 1776; II § 1945 rev. § 2049; III § 2047. P. I S. 9012 ff.; M. V S. 39 f. P. II Bd. 5 S. 36 f.

1. Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser „die Armen" ohne nähere Bestimmung bedenkt, kann nicht wohl in dem Sinne verstanden werden, daß sämtliche Arme als einzelne bedacht sein sollen. Der § 2072 stellt daher für diesen praktisch nicht unwichtigen Fall im Anschluß an das sächs. GB. § 2164 (wegen des gem. Rechtes vgl. RG. 19 S. 257 ff., für preuß. Recht Dernburg III § 100 Anm. 21) eine Auslegungsregel auf, die einer solchen unbestimmten Verfügung nach dreifacher Richtung einen festen Inhalt gibt.

a) Als bedacht soll die öffentliche Armenkasse angesehen werden, d. h. dasjenige Organ, welches gesetzlich zur öffentlichen Armenpflege berufen ist (§§ 3, 8 des Ges. über den Unterstützungswohnsitz v. 6. Juni 1870; vgl. auch § 35 Konsulargerichtsbarkeits-Ges. v. 7. April 1900). Nach RG. 52 S. 283 steht der Umstand, daß der Erblasser die Verteilung nur der Zinsen eines Kapitals unter die Armen angeordnet hat, der Anwendung des § 2072 und der Auslegung, daß auch das Kapital der Armenkasse zur Verfügung innerhalb der vom Erblasser gezogenen Grenzen zufällt, nicht entgegen.

b) Die Vermutung spricht für die Armenkasse derjenigen Gemeinde, in deren Bezirke der Erblasser seinen letzten Wohnsitz gehabt hat. Ob dies die Gemeindekasse oder die Kasse eines besonderen Verbandes ist, hängt von der Organisation der öffentlichen Armenpflege ab. Der E. I hatte eine Vermutung zugunsten eines bestimmten Ortes nicht aufstellen wollen. Die zweite Kommission hielt jedoch die Erstreckung der Auslegungsregel auf diese Frage für geboten, weil sonst der Zweifel, ob der Ort, wo der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung gewohnt habe, oder der des letzten Wohnsitzes begünstigt sein solle, oft schwer zu lösen sein werde. Daß die Entscheidung vom Gesetz im letzteren Sinne getroffen ist, entspricht den §§ 2066, 2067, 2071.

c) Da die Zuwendung nach dem Willen des Erblassers nicht der öffentlichen Kasse, sondern den Armen zugute kommen soll, so wird die als bedacht geltende Armenkasse mit der Auflage beschwert, das Zugewendete unter Arme zu verteilen (s. § 2193 Abs. 1). Die Vollziehung der Auflage, deren baldige Ausführung dem Willen des Erblassers entsprechen wird, kann nach § 2194 von der zuständigen Aufsichtsbehörde verlangt werden. Auch der Erbe ist dazu befugt, hat aber hinsichtlich der Art und Weise der Ausführung kein Recht zur Einmischung.

2. Auslegungsregeln für sonstige Fälle einer unbestimmten allgemeinen Bezeichnung des Bedachten (z. B. zugunsten der Kirche) hat das BGB. nicht aufgenommen. Ebensowenig sind allgemeine Vorschriften über die Auslegung und Ausführung von letztwilligen Verfügungen zugunsten eines besonderen, insbesondere eines milden oder gemeinnützigen Zweckes für erforderlich erachtet worden. Gegen eine Weiterbildung der römischen Rechtssätze über die Aufrechterhaltung der Zuwendungen ad pias causas wurde von der Mehrheit der zweiten Kommission (s. P. II Bd. 5 S. 37 f.; vgl. auch M. V S. 40) geltend gemacht, daß es zu weit führen würde, eine ganz unvollständige letztwillige Anordnung nur um ihres Zweckes willen aufrechtzuerhalten. Soweit dieser Gedanke berechtigt sei, werde ihm durch die §§ 2072, 2193 Genüge getan. Wolle der Erblasser ein Kapital zu einem bestimmten Zwecke aussetzen, so biete sich ihm die Möglichkeit, nach §§ 80, 83 im Testament eine rechtsfähige Stiftung zu errichten. Sei dies nicht angängig, oder lasse sich die letztwillige Verfügung in diesem Sinne nicht auslegen, so werde doch häufig die Möglichkeit vorhanden sein, die Anordnung als Zuwendung an eine bestehende juristische Person unter der Auflage der Verwendung zu einem bestimmten Zwecke aufzufassen, wie dies auch im bisherigen Rechte ohne besondere gesetzliche Vorschriften vielfach geschehen sei (vgl. Dernburg, preuß. PrivR. I § 51 a. E.).

§ 2073.

E. I § 1763; II § 1946 rev. § 2050; III § 2048. P. I S. 8989 ff., 12232; M. V S. 32 f. P. II Bd. 5 S. 22.

Läßt sich im Falle einer mehrdeutigen Bezeichnung des Bedachten nicht ermitteln, welche von mehreren Personen gemeint ist, so ist nach gem. Rechte die letztwillige Verfügung

unwirksam, während nach preuß. Rechte (ALR. I 12 §§ 540ff.) unter den mehreren möglicherweise Bedachten Teilung zu gleichen Anteilen eintritt. Der E. I war dem gem. Rechte gefolgt, die zweite Kommission aber hat sich für den vom ALR. eingeschlagenen Weg entschieden. Die Lösung der Frage in dem letzteren Sinne wird dem Willen des Erblassers wenigstens insofern gerecht, als derjenige, welchen der Erblasser bedenken wollte, doch etwas erhält, während er nach gem. Rechte ganz leer ausgeht und der zugewendete Gegenstand den gesetzlichen Erben bzw. dem Beschwerten verbleibt. Die Unbilligkeit dieses Ergebnisses tritt besonders dann ins Licht, wenn die mehreren in Betracht kommenden Personen sich untereinander einigen und die Zuwendung gemeinsam in Anspruch nehmen.

Als eine Auslegungsregel kann man den § 2073 nicht bezeichnen, da die Teilung vom Erblasser nicht gewollt ist (vgl. dazu Strohal I § 24 Anm. 9). Der Tatbestand des § 2073 ist auch nicht zu verwechseln mit dem Falle einer alternativen Berufung (vgl. die Vorbm. Nr. 1 zum zweiten Titel und Erl. zu §§ 2151, 2152). Voraussetzung ist übrigens, daß der Kreis der möglicherweise bedachten Personen ein umgrenzter ist; es scheidet daher z. B. der Fall aus, wenn der Bedachte nur mit einem vielfach vorkommenden Familiennamen bezeichnet ist, ohne daß sich irgendwelche Anhaltspunkte für die nähere Bestimmung bieten (vgl. auch Endemann III § 32 Anm. 12, 13; Dernburg V § 43 Nr. II Ziff. 1).

Die Vorschrift gilt für die Erbeinsetzung und für Vermächtnisse (s. S. 336 Nr. 2 a. A.). Im Falle der Erbeinsetzung sind die mehreren Personen Miterben zu gleichen Anteilen, ein Vermächtnis steht ihnen gemeinschaftlich zu gleichen Teilen zu (§§ 2157ff.). Besteht unter den mehreren Anwärtern Streit über die Auslegung des Testaments, so wird im ersteren Falle meist eine Nachlaßpflegschaft eintreten müssen, während im Falle einer Vermächtnisanordnung der Beschwerte am besten tun wird, die geschuldete Leistung zu hinterlegen (§§ 372ff.) und den Anwärtern die Austragung des Streites unter sich zu überlassen.

§§ 2074—2076.

Bedingungen und Befristungen bei letztwilligen Verfügungen.

1. Das BGB. enthält unter den allgemeinen Vorschriften dieses Titels bezüglich bedingter letztwilliger Verfügungen nur die drei Auslegungsregeln der §§ 2074—2076. Sonstige Vorschriften über bedingte (oder befristete) letztwillige Verfügungen finden sich in § 2108 Abs. 2, §§ 2109, 2162, 2163. Daß eine letztwillige Verfügung unter einer Bedingung getroffen werden kann (E. I § 1760), folgt aus den allgemeinen Vorschriften des ersten Buches (§§ 158ff.) und mittelbar aus den vorgenannten erbrechtlichen Bestimmungen. Bei Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und anderen letztwilligen Verfügungen sind **aufschiebende und auflösende Bedingungen** nicht minder **Anfangs- und Endtermine** zulässig. Die Rechtseinrichtungen der Ersatzberufung (§§ 2096ff., 2190) und der Nachberufung (§§ 2100ff., 2191) haben hierin ihre Grundlage. Im Falle einer aufschiebend bedingten oder befristeten Zuwendung bleibt, wenn die Bedingung zur Zeit des Erbfalls (vgl. dazu Erl. 3, 4 zu § 1922) noch schwebt, der Anfangstermin zu dieser Zeit noch nicht eingetreten ist, der Anfall der Erbschaft (s. Erl. zu § 1942), des Vermächtnisses (§ 2177) an den bedingt Bedachten bis zum Eintritt der Bedingung, des Anfangstermins aufgeschoben. Bei Erbeinsetzungen dieser Art bringt es jedoch das Prinzip der sofort mit dem Erbfall einsetzenden Universalsukzession (s. Erl. 3 zu § 1922) mit sich, daß die Erbschaft für die Zeit seit dem Erbfall bis zum Eintritt der Bedingung, des Anfangstermins nicht als ruhende in Betracht kommen kann. Demgemäß tritt hier, abgesehen von dem eigenartigen Falle der Berufung eines Ersatzerben, in dem es nach dem Wegfall des zunächst Berufenen so gehalten wird, wie wenn der Anfall an den Ersatzerben schon mit dem Erbfall erfolgt wäre (vgl. dazu Erl. 1 zu § 2074 und Erl. 2 zu § 2096), in Ansehung der bezeichneten Zwischenzeit die Erbfolge eines Vorerben ein, so daß der unter Beifügung der aufschiebenden Bedingung, Befristung als Erbe Eingesetzte, beim Eintritt des Ereignisses, Termins die Stellung eines Nacherben erhält (vgl. Vorbm. Nr. 2b auf S. 8 und Erl. zu § 2105). Bei auflösend bedingten oder befristeten Erbeinsetzungen fällt die Erbschaft dem eingesetzten Erben mit dem Erbfall an, kommt es aber dann mit dem Eintritt der Bedingung, des Endtermins nach Maßgabe des § 2104 zur Nacherbfolge. Bezüglich der bedingten oder befristeten Vermächtnisverfügungen vgl. Erl. zu § 2177. Schon hier ist jedoch hervorzuheben, daß sich aus bedingten oder befristeten Vermächtnisverfügungen auch für die Zeit nach dem Erbfall niemals eine unmittelbare rechtliche Beziehung des Bedachten zu dem vermachten Gegenstande in Gestalt

eines diesen selbst ipso iure ergreifenden bedingten oder befristeten Rechtsverhältnisses ergeben kann; es ist dies eine notwendige Folge davon, daß selbst das unbedingte und unbefristete Vermächtnis für den Bedachten nur eine Forderung gegen den Beschwerten, niemals aber ein unmittelbares Recht an dem vermachten Gegenstande begründet (§ 2174). Sodann ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß die einer Vermächtnisverfügung beigefügte aufschiebende Zeitbestimmung nicht immer den Charakter eines den Anfall des Vermächtnisses hinausschiebenden Anfangstermins hat, sondern sich möglicherweise nur auf den Eintritt der Fälligkeit der dem Bedachten bereits angefallenen Vermächtnisforderung bezieht (vgl. Strohal I § 31 bei Anm. 10b; Eccius bei Gruch. 45 S. 437; 48 S. 144).

2. Besonders geartete Bedingungen. Bezüglich der unmöglichen und der notwendigen, der unverständlichen oder widersinnigen Bedingungen, der unerlaubten (unsittlichen oder gesetzwidrigen) Bedingungen, der condiciones in praesens vel in praeteritum collatae und der rechtsgeschäftlich zum Ausdruck gebrachten condiciones iuris hat das BGB. auch für letztwillige Verfügungen keine besonderen Vorschriften aufgestellt; vgl. Bd. I S. 248, 276 (Erl. zu § 138 Nr. 1 und zu § 158 Nr. 8); M. I S. 265 ff., V S. 16 ff., 28; P. II Bd. 1 S. 185. Die Entscheidung der einschlagenden Fragen (dazu Meischeider S. 98 ff.; Strohal I § 25 Ziff. 7, 8) ist also aus dem Wesen der Sache zu gewinnen. Folgendes ist hervorzuheben:

a) Wie jedes andere unter einer unmöglichen aufschiebenden Bedingung vorgenommene Rechtsgeschäft, so ist auch die unter einer solchen Bedingung getroffene letztwillige Verfügung, im Gegensatz zum römischen Rechte, das die Bedingung als nicht beigefügt erachtete, unwirksam. Die Beifügung einer unmöglichen auflösenden Bedingung ist selbstverständlich bedeutungslos.

b) Auch die unter einer aufschiebenden unverständlichen Bedingung getroffene letztwillige Verfügung muß nach dem Wesen der Sache als unwirksam erachtet werden. Dasselbe ist aber grundsätzlich auch für den Fall der Beifügung einer auflösenden unverständlichen Bedingung zu sagen. Denn durch diese Beifügung ist regelmäßig zugleich in Frage gestellt, inwieweit und auf wie lange die Verfügung zur Geltung kommen soll; doch wird es wenigstens unter Umständen möglich sein, einen Inhalt auszulösen, der von dem Erklärenden unter allen Umständen gewollt ist.

c) Für die Beurteilung unerlaubter Bedingungen, deren Wesen darin besteht, daß das Rechtsgeschäft durch deren Beifügung einen gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßenden Inhalt erhält, sind die Vorschriften der §§ 134, 138 von entscheidender Bedeutung. Demgemäß ist eine unter einer unerlaubten aufschiebenden oder auflösenden Bedingung getroffene letztwillige Verfügung, soweit das eben Gesagte zutrifft, abweichend nicht nur vom römischen, sondern auch vom preuß. Rechte nicht als unbedingte zu behandeln, sondern nichtig. Wegen der unter Umständen gegebenen Möglichkeit der Auslösung eines durch die Beifügung einer unerlaubten auflösenden Bedingung unberührt bleibenden zulässigen und wirksamen Inhalts der Verfügung vgl. Strohal I § 25 (S. 144); Kipp bei W. I Zus. zu § 86. Die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit eine vom Erblasser gesetzte Bedingung den Charakter der unerlaubten Bedingung wirklich hat, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles gefunden werden. Vgl. übrigens RG. 21 S. 279 (wo in einem Falle des preuß. Rechtes die Bedingung der Nichtvornahme einer Religionsänderung für unsittlich erachtet wurde) und Bayer. ObLG. in SeuffA. 50 Nr. 97 (das in einem gemeinrechtlichen Falle die Bedingung des Eintrittes des Bedachten in den katholischen Priesterstand für unsittlich erklärte); diesen Entscheidungen wird jedoch grundsätzliche Bedeutung für das Recht des BGB. um so weniger beigelegt werden dürfen, als die Annahme einer unsittlichen Bedingung nach diesem zu einem wesentlich anderen Ergebnisse führt, als nach preuß. oder gemeinem Rechte. Zufolge eines Sonderrechtssatzes waren nach römischem Rechte kaptatorische Verfügungen, d. h. Zuwendungen unter der Bedingung, daß der Bedachte seinerseits den Testator oder eine bestimmte dritte Person bedenken werde, nichtig. Das BGB. hat diese Entscheidung nicht übernommen. Auch wird sich nicht sagen lassen, daß solche Verfügungen schon an und für sich gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. dazu §§ 2269, 2270). Die durch die kaptatorische Verfügung veranlaßte (kaptierte) Verfügung war nach röm. Recht grundsätzlich wirksam, nach BGB. wird sie dagegen unter Umständen nach § 2078 Abs. 2 angefochten werden können.

d) Eine auf die Gegenwart oder auf die Vergangenheit gestellte Bedingung ist als Beschränkung der Wirksamkeit der Verfügung für den Fall des Zutreffens des bezeichneten

§. 2074. Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung gemacht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt.

Umstandes selbstverständlich zu beachten, schafft aber nicht das der Bedingung im technischen Sinne eigentümliche Schwebeverhältnis.

e) Wenn der Erblasser eine schon kraft Gesetzes maßgebende Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner letztwilligen Verfügung (z. B. die Annahme der Zuwendung durch den Bedachten) besonders hervorhebt, oder wenn er seine Verfügung an die Erledigung eines schon von Rechts wegen eintretenden und gesetzlich besonders geregelten Schwebeverhältnisses anknüpft (wie z. B. bei der Berufung eines Ersatzerben für den Fall der Ausschlagung der Erbschaft durch den zunächst Berufenen; vgl. § 1953 und Erl. 1 zu § 2074), so wird hierdurch an der rechtlichen Beurteilung des in Betracht kommenden Sachverhalts grundsätzlich nichts geändert. Immerhin kann aber die Auslegung im konkreten Falle zu einem abweichenden Ergebnis führen. Ist z. B. der Einsetzung eines mit einem Vermächtnis oder mit einer Auflage beschwerten Erben beigefügt „wenn der Eingesetzte annimmt", so wird sich daraus (in Verbindung mit anderen Umständen) möglicherweise ableiten lassen, daß das Vermächtnis, die Auflage (abweichend von der Regel der §§ 2161, 2192) nicht gelten soll, wenn ein anderer als der Beschwerte Erbe wird.

Auch über die privatorische Klausel, d. h. die Bestimmung, daß der Bedachte die Zuwendung nicht erhalten oder wieder verlieren soll, wenn er sich dem letzten Willen widersetzt, enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften (vgl. M. V S. 22, auch die Erl. zu § 2065 Nr. 1 a. E.). Wegen der Bedingung, die in dem bloßen Wollen des Beschwerten oder in einer von seiner Willkür abhängigen Handlung besteht, s. Erl. 1 zu § 2065. Über das Rechtsverhältnis bei einer Bedingung, die mehreren auferlegt ist, und über verschiedene Bedingungen besonderen Inhalts vgl. M. V S. 17 ff., 27.

3. Bedingungen und Befristungen brauchen vom Erblasser nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie können sich auch ohne solche Erklärung aus dem sonstigen Inhalte der letztwilligen Anordnung ergeben. Vgl. dazu Erl. zu § 2077 und darüber, daß in einer scheinbar nur befristeten Zuwendung auch eine Bedingung wenigstens enthalten sein kann, Erl. 2 zu § 2074. Andererseits kann sich aber bei der Auslegung einer bedingt gefaßten letztwilligen Erklärung auch herausstellen, daß wirkliche Bedingtheit der Verfügung vom Erblasser nicht beabsichtigt war; vgl. KG. in Rspr. 11 S. 236, wo zutreffend ausgeführt wird, daß in den Eingangsworten eines Testaments: „Wenn ich auf der Reise sterben sollte" regelmäßig keine Bedingung, sondern nur die Angabe des Beweggrundes zur Errichtung des Testaments überhaupt zu erblicken ist.

§ 2074.

E. I § 1761; II § 1947 rev. § 2051; III § 2049. P. I S. 8942 ff., 11438; M. V S. 24 f. P. II Bd. 5 S. 11 ff.

1. Für letztwillige Zuwendungen (Erbeinsetzungen und Vermächtnisse) unter einer aufschiebenden Bedingung stellt das BGB. in wesentlicher Übereinstimmung mit dem gemeinen, französischen und sächsischen Rechte (vgl. Dernburg Pand. III § 82 Anm. 4, code. civ. art. 1040; sächs. GB. § 2144), aber abweichend vom preuß. ALR. (I 4 §§ 161, 162, I 12 § 485) zwar nicht als zwingende Rechtsnorm aber doch als Auslegungsregel für den Fall des Zweifels den Satz auf, daß die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt; die Vorschrift findet insbesondere auch im Falle der Einsetzung eines Nacherben unter einer aufschiebenden Bedingung Anwendung (§ 2108 Abs. 2 Satz 2). Nach dem vermutlichen Willen des Erblassers, für den in den meisten Fällen das persönliche Verhältnis zu dem Bedachten der Anlaß zu der Zuwendung ist, wird der Inhalt der Bedingung dahin aufgefaßt, daß nicht nur das Ereignis, auf welches abgestellt ist, eingetreten sein, sondern auch der Bedachte den Eintritt erlebt haben muß. Es findet daher, wenn der Bedachte nach dem Erbfall, aber vor dem Eintritte der Bedingung stirbt, regelmäßig keine Vererbung des bedingten Rechtes auf die Zuwendung statt, obwohl eine solche nach dem BGB. an sich möglich ist, und die Auslegung im konkreten Falle immerhin zu dem Ergebnis führen kann, daß dem Bedachten hinsichtlich der Zeit nach dem Erbfall (§§ 1923, 2160) eine vererbliche Aussicht auf das künftige Wirksamwerden der Zuwendung zukommen soll (dazu Strohal I § 25 Ziff. 5).

§. 2075. Hat der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter der Bedingung gemacht, daß der Bedachte während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer etwas unterläßt oder fortgesetzt thut, so ist, wenn das Unterlassen oder das Thun lediglich in der Willkür des Bedachten liegt, im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung von der auflösenden Bedingung abhängig sein soll, daß der Bedachte die Handlung vornimmt oder das Thun unterläßt.

Ohne Bedeutung ist die Auslegungsregel des § 2074 für diejenigen Fälle, in welchen die eventuelle Berufung einer Person zu einem erbrechtlichen Erwerbe von Rechts wegen (also zufolge einer condicio iuris) davon abhängig ist, daß eine hinsichtlich desselben Gegenstandes vor ihr berufene Person nicht zum endgültigen Erwerbe gelangt. Hier greifen die Vorschriften der §§ 1953 Abs. 1, 2 (vgl. auch § 2180 Abs. 3), 2344 ein, wonach im Falle der Ausschlagung durch den zunächst berufenen Erben, bzw. im Falle der hinsichtlich dieses Erben erfolgten Erbunwürdigkeitserklärung der Anfall der Erbschaft an den zunächst berufenen Erben als nicht erfolgt gilt, und der Anfall an den eventuell berufenen Erben, selbst wenn dieser nach dem Erbfall gestorben ist, als ein schon mit dem Erbfall eingetretener beurteilt wird. Diese vom röm. Rechte abweichende, mit dem preuß. Rechte jedoch übereinstimmende Behandlung ist, soweit nicht ein abweichender Wille des Erblassers ermittelt wird, insbesondere auch für den Fall der Berufung eines Ersatzerben (§ 2096) oder Ersatzvermächtnisnehmers (§ 2190) insoweit maßgebend, als deren Wirksamwerden dadurch rechtlich bedingt ist, daß der zunächst Berufene ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird (vgl. Erl. 2 zu § 1953, Erl. zu § 2096 und zu § 2190).

2. Für letztwillige Zuwendungen, die unter Bestimmung eines Anfangstermins (§ 163) gemacht sind, gilt § 2074 nicht. Stirbt der in solcher Weise Bedachte also nach dem Erbfall, aber vor dem Eintritt des Termins, so ist die für ihn begründet gewesene Anwartschaft auf den bevorstehenden Erwerb grundsätzlich vererblich (vgl. auch § 2108 Abs. 2). Für die Anwendung des § 2074 bleibt nur insoweit Raum, als die Auslegung im konkreten Falle zu dem Ergebnisse führt, daß im Anfangstermin zugleich auch eine aufschiebende Bedingung enthalten ist. Ist der Eintritt des Anfangstermins gewiß und nur ungewiß, wann er eintreten wird (sogenannter dies certus an, incertus quando), so hat man jedoch (abweichend vom röm. Rechte) als Regel (vgl. § 2106 Abs. 1 in Verbindung mit § 2108 Abs. 2: „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist") festzuhalten, daß der Bedachte den dem Erbfall nachfolgenden Eintritt des Anfangstermins nicht zu erleben braucht.

§ 2075.

G. I § 1764; II § 1948 rev. § 2052; III § 2050. P. I G. 8953 ff., 11439 f.; M. V G. 28 f. P. II Bd. 5 G. 14 f.

1. Das gem. Recht, dem sich unter den neueren Rechten das sächs. GB. § 2147 am nächsten anschließt, läßt Zuwendungen unter einer negativen Potestativbedingung, welcher der Bedachte, solange er lebt, zuwiderhandeln kann, sogleich wirksam werden, wenn der Bedachte für die eventuelle Herausgabe der Zuwendung Sicherheit leistet (cautio Muciana, Dernburg Pand. III § 83 Anm. 3, 4). Die Auslegungsregel des § 2075, deren Aufnahme wegen der praktischen Wichtigkeit des Falles für geboten erachtet worden ist, stellt sich als eine Fortbildung der bezüglichen gemeinrechtlichen Sätze dar. Von einer Sicherheitsleistung, die das gem. Recht als Erfüllung der Bedingung ansieht, ist abgesehen, vielmehr wird eine Umdeutung der letztwilligen Verfügung dahin vorgenommen, daß die aufschiebende Bedingung als auflösende Bedingung mit dem entgegengesetzten Inhalte behandelt wird. Hierdurch wird erreicht, daß der Bedachte alsbald die Zuwendung erwirbt, während bei wörtlicher Auslegung der aufschiebend bedingten Verfügung der Bedachte während seiner ganzen Lebenszeit nicht in den Genuß der Zuwendung treten und zufolge der Regel des § 2074 sie auch nicht auf seine Erben übertragen würde. Die letztgedachten Folgen würden dem anzunehmenden Willen des Erblassers regelmäßig nicht entsprechen.

2. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschrift sind gegenüber dem gem. Rechte nach doppelter Richtung erweitert. Die Vorschrift ist nicht auf eine negative Bedingung (ein Unterlassen) beschränkt, vielmehr kann die zur Bedingung gestellte, in der Willkür des Bedachten liegende Handlung auch in einem fortgesetzten Tun bestehen. Diese Erweiterung

§. 2076. Bezweckt die Bedingung, unter der eine letztwillige Zuwendung gemacht ist, den Vortheil eines Dritten, so gilt sie im Zweifel als eingetreten, wenn der Dritte die zum Eintritte der Bedingung erforderliche Mitwirkung verweigert.

---

ist schon vom E. I aufgenommen und dadurch gerechtfertigt, daß zwischen der Bedingung des Unterlassens und der Bedingung fortgesetzten Handelns vielfach nur ein Wortunterschied besteht (M. V S. 29). Die zweite Kommission hat sodann auch die Beschränkung auf Bedingungen, deren Eintritt oder Ausfall während der ganzen Lebenszeit des Bedachten zweifelhaft bleibt, gestrichen und die Vorschrift auf jedes willkürliche Unterlassen oder fortgesetzte Tun während eines Zeitraums von unbestimmter Dauer ausgedehnt. Die Vorschrift gilt daher nicht nur, wenn die Bedingung gestellt ist, nicht wieder zu heiraten, nicht den Glauben zu wechseln oder etwa an jedem Sonntage die Kirche zu besuchen, sondern auch für die Bedingung, sich nicht von dem Ehegatten scheiden zu lassen, eine bestimmte Person nicht zu heiraten, Fälle, in denen ein Zuwiderhandeln gegen die auferlegte Verpflichtung außer mit dem Tode des Bedachten auch mit dem Tode der betreffenden anderen Person unmöglich wird. Bei Bedingungen, die ein gewisses Verhalten während bestimmter, wenn auch längerer Zeit betreffen, z. B. bei der Bedingung der tadelfreien Führung während der Militärzeit, kommt § 2075 nicht zur Anwendung.

3. Wenn der Bedachte der Bedingung zuwiderhandelt, also die verbotene Handlung vornimmt oder das fortzusetzende Tun unterläßt, so greift bei nach § 2075 zu beurteilenden Erbeinsetzungen die Bestimmung des § 2104 durch, während es bei solchen Vermächtnissen darauf ankommt, ob das Erfüllungsgeschäft unbedingt oder auflösend bedingt vorgenommen war (vgl. Erl. 5 a. E. zu § 158 in Bd. I S. 275); trifft ersteres zu, so entsteht für den Bedachten infolge seines Verhaltens eine Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen, liegt dagegen der letztere Tatbestand vor, so endigt das Recht des Bedachten an dem empfangenen Gegenstand nach § 158 Abs. 2. Hierbei entsteht die Frage, ob dem Bedachten die Nutzungen der Zwischenzeit verbleiben. Ein dinglicher Rückfall der Nutzungen ist immer ausgeschlossen; die Würdigung der Umstände des Einzelfalles (vgl. § 159) wird jedoch nicht selten zu dem Ergebnis führen, daß der den Absichten des Erblassers zuwiderhandelnde Bedachte zur Herausgabe bzw. Erstattung der Nutzungen der Zwischenzeit persönlich verpflichtet sein soll (zurückhaltender M. V S. 29; vgl. übrigens noch Strohal I § 25 Anm. 8; Dernburg V § 44 bei Anm. 10).

§ 2076.

E. I § 1763; II § 1949 rev. § 2053; III § 2051. P. I S. 8950 ff.; M. V S. 27 f. P. II Bd. 5 S. 131.

1. **Den Vorteil eines Dritten bezweckende Bedingungen.** Der § 2076 enthält einen im gem. Rechte überwiegend und seitens mancher Schriftsteller in noch weiterem Umfang anerkannten Rechtssatz (Windscheid I § 92 Anm. 6—9; gegen die gemeinrechtliche Geltung des Satzes Regelsberger I § 154 Anm. 4; vgl. die dem gem. Rechte entsprechenden Vorschriften des sächs. GB. §§ 111, 2146 und die abweichenden Bestimmungen des preuß. ALR. I 4 §§ 112, 113, I 12 § 507). Die Vorschrift ist eine in die Form einer Fiktion gekleidete Auslegungsregel, denn sie bestimmt, was nach dem vermutlichen Willen des Erblassers als wesentlicher Inhalt der Bedingung gelten soll. Ist der Bedachte bereit, dem Dritten den ihm zugedachten Vorteil zu gewähren, und tut er das seinerseits dazu Notwendige, so soll die bedingte Zuwendung nicht dadurch vereitelt werden, daß der Dritte den Vorteil zurückweist und seine Mitwirkung zur Ausführung verweigert (vgl. Meischeider S. 96, 130). Daß der dem § 2076 zugrunde liegende Gedanke weiter führen kann (vgl. Endemann III § 36 Anm. 36; Windscheid a. a. O.), ist anzuerkennen. Da die Vorschrift jedoch als gesetzliche Auslegungsregel positiven Rechtes ist, so muß sie als solche streng auf den im Gesetze festgelegten Tatbestand begrenzt werden. Erforderlich ist einerseits, daß ein unmittelbarer Vorteil des Dritten bezweckt wird und andererseits, daß die Erfüllung der Bedingung im vollen Umfang an der verweigerten Mitwirkung dieses Dritten — nicht an irgendwelchen anderen Umständen — scheitert. Übrigens ist auch zu prüfen, ob nicht etwa unter der Form einer Bedingung dem Dritten ein Vermächtnis zugewendet oder der dem Dritten zu gewährende Vorteil in Wahrheit eine Auflage ist, mit welcher der Erblasser die Zuwendung an den Bedachten beschwert hat (vgl. Erl. 5 zu § 1939). Trifft dies zu, so kommt der § 2076 nicht in Betracht, vielmehr ergibt sich die Wirksamkeit der Zuwendung schon aus der Selbständigkeit der in einem Testament enthaltenen einzelnen Verfügungen (vgl. §§ 2085, 2195). Neben dem

§. 2077. Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, ist unwirksam, wenn die Ehe nichtig oder wenn sie vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist. Der Auflösung der Ehe steht es gleich, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte.

Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Verlobten bedacht hat, ist unwirksam, wenn das Verlöbniß vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist.

Die Verfügung ist nicht unwirksam, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde.

---

§ 2076, der nur für Verfügungen von Todes wegen gilt, sind die allgemeinen Vorschriften des § 162 über die böswillige Vereitelung von Bedingungen zu beachten.

2. Die Vorschrift des E. I § 1762 (Abs. 1), daß die einer letztwilligen Verfügung beigefügte Bedingung im Zweifel als erfüllt anzusehen sei, wenn das zur Bedingung gestellte Ereignis nach der Errichtung der Verfügung, aber vor dem Erbfall eingetreten ist, ist bei der zweiten Lesung unter Billigung ihres sachlichen Inhalts als entbehrlich gestrichen worden (P. II Bd. 5 S. 12 f.). Ob der Satz auch auf eine Handlung des Bedachten angewendet werden kann, deren Wiederholung von seiner Willkür abhängt (vgl. E. I § 1762 Abs. 2), ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen (vgl. Strohal I § 25 Ziff. 9).

§ 2077.

E. I § 1783; II § 1950 rev. § 2054; III § 2052. P. I S. 9055 ff., 11321, 11346 f.; M. V S. 53 ff. P. II Bd. 5 S. 58 f.

Strohal, Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im E. I, 1892, S. 51 ff.

1. Zuwendungen des Erblassers an den **Ehegatten oder Verlobten.** Letztwillige Verfügungen, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bzw. seinen Verlobten bedacht hat, sollten nach dem E. I anfechtbar sein, wenn die Ehe nichtig, mit Erfolg angefochten, oder vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst worden bzw. wenn das Verlöbnis rückgängig geworden ist. Die zweite Kommission hat sich dagegen in diesen Fällen für die auf den vermutlichen Willen des Erblassers sich stützende Annahme der regelmäßigen **Unwirksamkeit** der Verfügung entschieden. Sie war der Ansicht, daß hier eine besondere Anfechtungserklärung (§ 2081) nicht verlangt werden dürfe, vielmehr schon eine sinngemäße Auslegung der letztwilligen Verfügung zu einem der wirklichen Absicht des Erblassers entsprechenden Ergebnisse führe. Denn wenn jemand seinen Ehegatten oder Verlobten letztwillig bedenke, so wolle er ihn regelmäßig nur in der Eigenschaft als Ehegatte oder Verlobter bedenken; die Verfügung erweise sich dann schon vermöge ihres Inhalts als hinfällig, wenn der dem Wortlaute nach Bedachte zur Zeit des Erbfalls jene wesentliche Eigenschaft nicht mehr besitze. Daß die bedachte Person gerade als Ehegatte oder Verlobter bezeichnet ist, wird übrigens im § 2077 nicht vorausgesetzt. Die Vorschriften der Abs. 1 und 2 gehören weder dem zwingenden (teilweise unzutreffend Endemann III § 47 bei Anm. 17, dagegen Strohal I § 25 Anm. 7) noch dem ergänzenden Rechte an, sondern haben, wie sich aus Abs. 3 ergibt, die rechtliche Natur von **Auslegungsregeln,** zufolge deren die hier in Frage kommenden Zuwendungen, soweit nicht die Umstände eine weitergehende Absicht des Erblassers erschließen lassen, als derart stillschweigend bedingt anzusehen sind, daß sie in den vom Gesetz bezeichneten Fällen nicht gelten sollen.

2. Was die im § 2077 aufgeführten **einzelnen Fälle** betrifft, so sind

a) Verfügungen zugunsten des Ehegatten nach Maßgabe des in Erl. 1 Gesagten in der Regel unwirksam

α) wenn die Ehe nichtig ist (§§ 1323 ff.). Ob die Nichtigkeit auf einem Formmangel oder auf einem materiellen Grunde beruht, ist ohne Erheblichkeit. Mitbetroffen wird der Fall, daß die Ehe anfechtbar und angefochten ist, da eine solche Ehe als von Anfang an nichtig angesehen wird (§§ 1330 ff., § 1343 Abs. 1). Die Nichtigkeit muß bei dem Tode des Erblassers bestanden haben. Es scheiden daher die Fälle aus, wenn die ursprünglich nichtige Ehe durch längere Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses, durch Bestätigung oder durch nachträgliche Be-

freiung von dem Hindernisse des Ehebruchs gemäß § 1324 Abs. 2, § 1325 Abs. 2, § 1328 Abs. 2 gültig geworden ist. Andererseits kommt die Vorschrift zur Anwendung, wenn die Anfechtung der Ehe erst nach dem Tode des Erblassers seitens des überlebenden Ehegatten erfolgt (§ 1342, § 1343 Abs. 1). Vgl. aus der Praxis OLG. Dresden im Sächs. Arch. 15 S. 115.

β) Desgleichen wenn die Ehe vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist. Die hier in Betracht kommenden Fälle sind Scheidung der Ehe (§ 1564), Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1586) und Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§ 1348). Aus welchem Grunde die Scheidung oder die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt ist und welchem Ehegatten ein etwaiges Verschulden zur Last fällt, ist unerheblich. Der Fall, daß die Ehe durch Tod des bedachten Ehegatten vor dem Erblasser aufgelöst worden ist, wird nicht mitgetroffen, wenngleich er abweichend vom E. I durch die Fassung der Vorschrift nicht ausgeschlossen wird; die letztwillige Verfügung ist in diesem Falle nach § 1923 Abs. 1, § 2108 Abs. 1, § 2160 schlechthin unwirksam.

γ) Endlich wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des bedachten Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits erhoben hatte (§§ 1565—1568, 1575). Dieser Fall ist von der zweiten Kommission der bereits eingetretenen Auflösung der Ehe gleichgestellt worden, um die Anwendung des § 2077 von dem zufälligen Umstand unabhängig zu machen, daß der Erblasser während des seinerseits angestrengten Scheidungsprozesses stirbt; vgl. die gleichartige Vorschrift des § 1933 und die dortigen Erl. 2, 3. Einen hierher gehörenden Fall behandelt RSpr. 11 S. 238.

b) Verfügungen zugunsten des Verlobten sind regelmäßig unwirksam, wenn das Verlöbnis vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist. Auch hier scheidet die Auflösung durch Versterben des anderen Teiles aus (s. o. unter α, β). Ferner kommt die Vorschrift nicht zur Anwendung, wenn das Verlöbnis zur Ehe geführt hat. Von einer Auflösung des Verlöbnisses kann in diesem Falle nicht die Rede sein, die dem Verlobten und späteren Ehegatten gemachte Zuwendung kann jedoch nach Maßgabe des Abs. 1 unwirksam werden. Ob einen der Verlobten ein Verschulden an der Aufhebung des Verlöbnisses trifft und ob eventuell der Erblasser oder der Bedachte schuldiger Teil ist, kommt nicht in Betracht, vgl. § 1301. Wegen der Frage, wann ein Verlöbnis anzunehmen ist, s. d. Vorbm. zum Titel „Verlöbnis" (Bd. IV S. 8); ist das Verlöbnis nach Maßgabe der Vorschriften über Rechtsgeschäfte als nichtig anzusehen, so schließt das die Annahme des Willens des Erblassers, daß er diejenige Person bedenken wollte, welcher er tatsächlich die Ehe versprochen hatte, nicht aus (vgl. Kipp bei W. III Zus. 1 zu § 548).

3. Die Vorschrift des Abs. 3, welche den Charakter des § 2077 als Auslegungsregel klarstellt (s. o. Erl. 1), bezieht sich auf die beiden vorhergehenden Absätze, nicht, wie Endemann III § 47 Anm. 17 anzunehmen scheint, nur auf den Abs. 2. Die Ausnahme wird besonders dann zutreffen, wenn der Erblasser von der Nichtigkeit der Ehe oder von dem für ihn bestehenden Anfechtungs- oder Scheidungsgrunde Kenntnis hatte (vgl. Strohal I § 25 bei Anm. 7). Der fragliche Wille des Erblassers kann auch aus Umständen entnommen werden, die ganz außerhalb der letztwilligen Verfügung liegen.

4. Betreffs der im § 2077 vorausgesetzten Fälle sind besondere Bestimmungen getroffen für gemeinschaftliche Testamente im § 2268 und für Erbverträge im § 2279 Abs. 2. Wegen der Bedeutung des § 2077 bei bestehender Gütergemeinschaft s. Erl. 6 zu § 1483.

§§ 2078—2083.

Strohal, Anfechtung letztwilliger Verfügungen im E. I; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899 S. 651ff.; Dobrzynski, Der Irrtum im Beweggrunde bei letztwilligen Verfügungen, Erlanger Dissert. 1903 (wo auch noch mehrere älteren Dissertationen angegeben sind); v. d. Pfordten, Die Anerkennung letztwilliger Verfügungen in SeuffBl. 68 S. 510ff.; Uhland, Zur Lehre von der Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen in WürttZ. 48. Jg. S. 258ff.

1. In der Lehre von der **Unwirksamkeit des Testaments** werden in der Theorie (vgl. Windscheid III § 563; Dernburg Pand. III §§ 93ff.; Strohal I § 41) sehr verschiedenartige Tatbestände zusammengefaßt. Es werden hierher zunächst die Fälle gerechnet, in denen das Testament wegen eines ihm anhaftenden Mangels von Anfang an unwirksam ist, mag dieser Mangel in der Person des Erblassers, in dem Inhalte des Testaments oder in dem Errichtungsakt enthalten sein. Die zweite Hauptgruppe von Tatbeständen umfaßt die Fälle

der späteren Entkräftung des Testaments. Hierher gehören, abgesehen von dem für das heutige Recht bedeutungslosen Verluste der Testierfähigkeit (testamentum irritum, Dernburg III § 93 Anm. 5, 6), die Aufhebung des Testaments durch den Erblasser (testamentum ruptum), die Wirkungslosigkeit desselben infolge der Ausschlagung seitens des Bedachten oder anderer in seiner Person bestehenden Gründe (testamentum destitutum), ferner die Vereitelung des Testaments durch das Versterben des Bedachten vor dem Erbfalle, durch Zeitablauf oder durch den Ausfall einer Bedingung, endlich das Unwirksamwerden der in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen korrespektiven Verfügungen durch Widerruf der Verfügungen des anderen Teiles. Am gegenwärtigen Orte sind nur die Fälle der ersteren Art näher ins Auge zu fassen; zu den übrigen Fällen vgl. die §§ 2253—2258, 2271, 2272; §§ 1942, 1953, 2161, 2176, 2180; §§ 2077, 2344, EG. Art. 86, 87; § 1923, § 2044 Abs. 2, §§ 2109, 2160, 2162, 2163, 2210 (2252); § 2270. Über die Fälle der Unwirksamkeit im engeren Sinne s. Strohal I § 41 Nr. IV.

Die Frage der Testierfähigkeit, bei der es heute nur noch auf die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene besondere Geschäftsfähigkeit ankommt, ist im BGB. in den §§ 2229, 2230 geregelt. Hinsichtlich des Inhalts des Testaments kommen neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 134, 138 (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten; vgl. dazu M. V S. 60, s. auch RSpr. 10 S. 301) die Vorschriften des § 2101 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 in Betracht, welche die Erbeinsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten physischen oder noch nicht zur Entstehung gelangten juristischen Person ausschließen bzw. beschränken. Ihres Inhalts wegen sind ferner solche letztwillige Verfügungen unwirksam, die sich mit einem Erbvertrag in Widerspruch setzen (§ 2289 Abs. 1 Satz 2). Positiver Natur ist die Nichtigkeit einer Anordnung des Erblassers, durch die er die alsbaldige Eröffnung seines Testaments verbietet (§ 2263, vgl. auch 2302).

Was sodann den Einfluß von Mängeln des Errichtungsakts anbetrifft, so sind hier Mängel der Form und Willensmängel zu unterscheiden. Der Mangel der Form (§§ 2231, 2249—2251) oder eines einzelnen wesentlichen Formerfordernisses (§§ 2233 ff.) begründet nach § 125 Nichtigkeit der durch den Mangel betroffenen Verfügungen (vgl. dazu noch §§ 2085, 2235). Auf den Einfluß von Willensmängeln beziehen sich die hier zu behandelnden §§ 2078—2083, welche die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung regeln.

2. Willensmängel. Das BGB. geht wie das bisherige Recht davon aus, daß bei letztwilligen Verfügungen das Willensdogma (Bd. I S. 209) strenger durchzuführen ist, als dies in den das Verkehrsbedürfnis berücksichtigenden Vorschriften des allgemeinen Teiles über die Folgen der Willensmängel (§§ 116 ff., 142 ff.) geschieht (vgl. M. V S. 45, P. II Bd. 5 S. 46). Ausschließliche Berücksichtigung kann aber auch dem Willen des Erblassers nicht zugestanden werden.

a) Ob eine letztwillige Verfügung wegen eines Willensmangels nichtig ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 116—118. Zu beachten ist jedoch, daß diejenigen Vorschriften dieser Paragraphen keine Anwendung finden, welche nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen gelten. Demgemäß ist eine letztwillige Verfügung im Falle der Mentalreservation stets gültig; der § 116 Satz 1 findet Anwendung, der Satz 2 dagegen nicht. Nach dem E. I (§ 1779 Satz 2, M. V S. 45) sollte der geheime Vorbehalt eines der Erklärung entgegengesetzten Willens bei letztwilligen Verfügungen berücksichtigt werden, weil durch die Nichtberücksichtigung nicht der Erblasser, sondern dritte Personen, und zwar häufig die gesetzlichen Erben, benachteiligt würden. Die zweite Kommission hat jedoch die Abweichung von dem Grundsatze des § 116 Satz 1 für unbegründet und bedenklich erachtet, weil der Erblasser mit letztwilligen Verfügungen nicht sein Spiel treiben solle und die Verleitung zu leichtfertiger Anfechtung solcher Verfügungen vermieden werden müsse (P. II Bd. 5 S. 46 f.). Der § 117 (Nichtigkeit wegen Simulation) kommt, da er eine empfangsbedürftige Willenserklärung voraussetzt, für letztwillige Verfügungen nicht in Betracht. Dagegen findet der § 118 (Mangel der Ernstlichkeit) auch hier Anwendung. (M. V S. 45, P. II Bd. 5 S. 48), so jedoch, daß die nach § 122 bestehende Haftung auf Schadensersatz nach § 2078 Abs. 3 (vgl. dort Erl. 4 a. E.) wegfällt. Eine Bestätigung des nichtigen Testaments ist nach § 141 Abs. 1 nur als vollständige Neuerrichtung möglich.

b) Über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen ist im allgemeinen folgendes zu bemerken:

α) die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen wird in den §§ 2078—2083 insoweit besonders geregelt, als es sich um die Anfechtungsgründe, die Berechtigung zur Anfechtung, die

Anfechtungserklärung und die Anfechtungsfrist handelt. Durch die genannten Vorschriften werden die §§ 119—124 von der Anwendung auf letztwillige Verfügung ausgeschlossen, dagegen sind die §§ 142, 143 teilweise anwendbar (s. darüber unten zu β und Erl. 4 zu § 2081). Die wichtigste Abweichung von den Grundsätzen des ersten Buches besteht darin, daß nach § 2078 Abs. 2, § 2079 auch der Irrtum im Beweggrund Anfechtbarkeit erzeugt. Die Grundsätze über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen sind auch auf die in den §§ 2255, 2256 bezeichneten Handlungen anzuwenden, die hinsichtlich ihrer Wirkung einer letztwilligen Verfügung, nämlich dem Widerrufe, gleichgestellt werden (Vernichtung des Testaments und Rücknahme aus der Verwahrung, M. V S. 47, P. II Bd. 5 S. 69). Wegen der Anfechtung des Erbvertrags s. §§ 2281 ff.

β) Die Wirkung der Anfechtung besteht nach § 142 darin, daß die angefochtene letztwillige Verfügung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Darüber, in welchem Umfange diese Wirkung eintritt, s. die Erl. 3 zu § 2078; Erl. 3 zu § 2079. Im Falle der wirksamen Anfechtung einer Erbeinsetzung gilt der vom Eingesetzten scheinbar gemachte erbrechtliche Erwerb nach rückwärts hin als nicht erfolgt. Dritte, die von dem Scheinerben Rechte an einzelnen Erbschaftsgegenständen erworben haben, sind jedoch durch die allgemeinen Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten (§§ 892, 893, 932, 936, 1032, 1207), und möglicherweise auch durch die Vorschriften über den Erbschein (§§ 2366, 2367; die Sondervorschrift des § 2091 E. I wurde von der zweiten Kommission gestrichen), unter entsprechender Berücksichtigung der Vorschrift des § 142 Abs. 2 geschützt. Hierbei ist übrigens vor unrichtiger Auffassung der zuletzt genannten Bestimmung nachdrücklich zu warnen. Aus ihr ist keineswegs der Schluß zu ziehen, daß fahrlässige Unkenntnis des Dritterwerbers von der Anfechtbarkeit der Erbeinsetzung den Eintritt des Schutzes schlechthin ausschließt. Wo fahrlässiges Nichtwissen von der Nichtigkeit der Erbeinsetzung den Schutz des Dritterwerbers nicht ausschließen würde (vgl. §§ 892, 893, 2366, 2367), kann ihm auch die fahrlässige Unkenntnis der Anfechtbarkeit der Erbeinsetzung nicht schaden; und wo, wie im Fahrnisrechte nur die grobfahrlässige Unkenntnis von dem in Betracht kommenden Rechtsmangel der Kenntnis desselben gleichgestellt wird (vgl. besonders § 932 Abs. 2), muß dem Dritterwerber die leichtfahrlässige Unkenntnis von der Anfechtbarkeit der Rechtsposition des Verfügenden unschädlich sein.

Wird eine Vermächtnisverfügung wirksam angefochten, so gilt zwar diese als von Anfang an nichtig. Die Wirksamkeit der auf Grund der Verfügung vom Beschwerten bereits vorgenommenen Rechtsübertragung wird aber hierdurch nicht berührt (anders und offenbar unrichtig die M. V S. 49). Denn der dem scheinbar Bedachten auf diesem Wege vermittelte Eigentums- oder sonstige Rechtserwerb beruht nicht unmittelbar auf der anfechtbaren Vermächtnisverfügung, sondern auf einem selbständigen Rechtsgeschäfte des Beschwerten mit dem Bedachten. Erfolgt hinterher die Anfechtung der Vermächtnisverfügung, so kann der scheinbar Beschwerte das von ihm ohne rechtlichen Grund Geleistete nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) zurückfordern (vgl. Strohal I § 41 bei Anm. 30).

γ) Die Möglichkeit einer Bestätigung der anfechtbaren letztwilligen Verfügung im Sinne des § 144 durch den Erblasser selbst muß als ausgeschlossen betrachtet werden. Denn § 144 setzt voraus, daß die Bestätigung durch den Anfechtungsberechtigten erfolgt; als solcher kann aber der Erblasser hinsichtlich der von ihm errichteten anfechtbaren letztwilligen Verfügung nicht in Betracht kommen (§ 2080; anders der auf die erbvertragsmäßige Verfügung sich beziehende § 2281). Will der Erblasser seine Verfügung zur Geltung bringen, so muß er sie also von neuem errichten, wozu hier freilich schon die vom Erblasser nach erlangter Kenntnis des Anfechtungsgrundes in der Form einer letztwilligen Verfügung abgegebene Erklärung genügen wird, daß er die frühere Verfügung aufrecht erhalte. Für die Möglichkeit einer formlosen Bestätigung der anfechtbaren letztwilligen Verfügung durch den Erblasser selbst spricht sich jedoch Dernburg V § 46 Nr. IV Ziff. 4 aus, weil es, wenn auch nicht dem Wortlaute, so doch dem Grundgedanken des § 144 entspreche, daß derjenige, welcher eine Willenserklärung in fehlerhafter Weise abgegeben hat, diesen Fehler durch seine Bestätigung wegräumen könne. Allein aus dem Gesetze ist dieser „Grundgedanke" nicht zu entnehmen und aus den P. II Bd. 5 S. 65 (Zeile 10 von unten) geht hervor, daß die zweite Kommission den von Dernburg vertretenen Standpunkt unzweideutig abgelehnt hat (vgl. auch die Ausführung des zweitnächsten Absatzes).

Eine nach dem Tode des Erblassers durch den nach § 2080 Anfechtungsberechtigten im Sinne des § 144 (also ohne daß es, wie in den früheren Auflagen angenommen wurde, eines vertragsmäßigen Verzichtes auf das Anfechtungsrecht bedürfte) erfolgende und sich sachlich als weder annahme- noch empfangsbedürftiger Verzicht auf das Anfechtungsrecht dar-

stellende (vgl. Bd. I Erl. zu § 144) Bestätigung der anfechtbaren letztwilligen Verfügung ist dagegen als juristisch möglich (a. A. Kipp b. W. III Zus. 2d zu § 548) anzuerkennen; denn § 144 bringt in keiner Weise zum Ausdruck, daß der bestätigende Anfechtungsberechtigte zugleich auch der Urheber der anfechtbaren Willenserklärung sein müsse (vgl. auch v. Tuhr in DJZ. 1901 S. 425). Zur Erläuterung mag folgender Beispielsfall dienen: Der Erbe hat, obschon ihm bekannt war, daß er ein letztwilliges Stiftungsgeschäft des Erblassers und die Bedenkung der Stiftung mit einem Vermächtnisse hätte anfechten können, die Genehmigung der Stiftung erwirkt; hier wird nachträgliche Anfechtung, ja selbst die Geltendmachung der im § 2083 bezeichneten Einrede mit Rücksicht auf § 144 als ausgeschlossen betrachtet werden müssen.

Der E. I (§ 1786) enthielt die Bestimmung, daß die Anfechtung ausgeschlossen sein solle, wenn der Erblasser die letztwillige Verfügung innerhalb eines Jahres nach Beseitigung der Zwangslage bzw. nach erlangter Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde nicht aufgehoben habe. Die zweite Kommission (P. II Bd. 5 S. 63ff.) hat diese Vorschrift gestrichen, weil ihr Ergebnis nicht immer dem Willen des Erblassers entsprechen werde und es auch ein Widerspruch sei, dem Stillschweigen des Erblassers innerhalb bestimmter Zeit die Wirkung der Konvaleszenz beizulegen, während diese Wirkung nicht eintrete, wenn der Erblasser vorher sterbe, aber formlos ausdrücklich erkläre, daß er die Verfügung trotz des Anfechtungsgrundes aufrecht erhalte. Hiernach wird dadurch, daß der Erblasser die Aufhebung der anfechtbaren Verfügung wissentlich unterläßt, die Anfechtbarkeit nicht nachträglich beseitigt, wohl aber kann aus jener Tatsache unter Umständen der Schluß gezogen werden, daß der Erblasser durch den Irrtum oder die Drohung in Wahrheit nicht zu der Verfügung bestimmt worden ist und daß daher ein Anfechtungsgrund in Wahrheit überhaupt nicht bestanden hat.

3. Das BGB. enthält keine Vorschriften darüber, welche Wirkung einem über die Wirksamkeit eines Testaments geschlossenen **Vergleiche** oder **Anerkennungsvertrage** zukommt. Ebensowenig ist in der CPO., abgesehen von § 327 Abs. 2, der einem gegenüber dem Testamentsvollstrecker ergangenen Urteil über einen gegen den Nachlaß gerichteten (und z. B. auf eine Vermächtnisverfügung von zweifelhafter Gültigkeit sich stützenden) Anspruch Wirksamkeit für und gegen den Erben beilegt, etwas Besonderes über die Rechtskraft des Urteils bestimmt, das über eine unwirksame letztwillige Verfügung ergeht. Es entscheiden in beiden Beziehungen die allgemeinen Grundsätze (vgl. auch die Vorbm. zum Titel „Erbschaftsanspruch" Nr. 9 auf S. 219). Folgendes mag noch hervorgehoben werden:

a) Ist eine letztwillige Verfügung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, so kann der auf die Beseitigung der Anfechtbarkeit gerichtete Wille des Anfechtungsberechtigten, obschon § 144 den Abschluß eines Vertrags nicht erfordert (vgl. Erl. Nr. 2 by), doch auch in einem zwischen dem Anfechtungsberechtigten und dem Anfechtungsgegner geschlossenen Vergleiche oder Anerkennungsvertrage zum wirksamen Ausdruck gelangen. Handelt es sich dabei um eine anfechtbare Erbeinsetzung, so kommt dem Eingesetzten nicht nur im Verhältnis zu dem früheren Anfechtungsberechtigten sondern auch gegenüber Dritten die dem Inhalte der nunmehr unanfechtbar gewordenen Einsetzung entsprechende Erbenstellung zu.

b) Eine nichtige Erbeinsetzung kann durch einen zwischen dem Eingesetzten und dem wirklichen Erben geschlossenen Vergleich oder Anerkennungsvertrag nicht wirksam gemacht und einer gültigen Erbeinsetzung kann durch einen zwischen dem Eingesetzten und einem anderen geschlossenen Vertrag, laut dessen die Einsetzung als nichtig und der andere Vertragsteil als Erbe anerkannt wird, die Wirksamkeit nicht genommen werden. Soll im zweiten Falle der von den Parteien angestrebte Erfolg dadurch erreicht werden, daß der Eingesetzte die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, so kann doch die gegenüber dem Nachlaßgericht zu erklärende Ausschlagung (§ 1945) nicht durch den Vertrag ersetzt werden. Erfolgt aber diese Ausschlagung, so kann sie den Anfall der Erbschaft an den anderen Vertragsteil nur zur Folge haben, wenn dieser zugleich derjenige ist, welcher nach § 1953 Abs. 2 nunmehr als der zur Erbfolge Berufene zu gelten hat.

Die positive Bedeutung von Verträgen des bezeichneten Inhalts kann eine sehr verschiedene sein. So kann z. B. (unbedingter, möglicherweise aber auch nur bedingter) Verzicht des wirklichen Erben auf den ihm gegen den, im Erbschaftsbesitz sich befindenden und möglicherweise durch Erbschein legitimierten anderen Vertragsteil zustehenden Erbschaftsanspruch vorliegen. Ein darauf abzielender, einer bestimmten Form nicht bedürftiger Vertrag vermag übrigens an der sonstigen Rechtslage nichts zu ändern. Entspricht der geschlossene Vertrag der für den

Erbschaftskauf (§ 2371) vorgeschriebenen Form, so wird er eventuell, d. h. für den Fall, daß sich nicht der im Vertrag als Erbe Anerkannte, sondern der Anerkennende als der Erbe herausstellen sollte, als ein auf Veräußerung der Erbschaft gerichteter (§ 2385) und den Anerkennenden zur Herausgabe desjenigen, was er vom Nachlaß rechtlich oder tatsächlich hat, verpflichtender Vertrag zu behandeln sein; befindet sich jedoch ein Dritter im Erbschaftsbesitz, so wird man unter Umständen auch annehmen dürfen, daß im Vertrag die Abtretung des dem Anerkennenden zustehenden Erbschaftsanspruchs bereits enthalten ist. Eine Gewährleistungspflicht wegen der im § 2376 Abs. 1 bezeichneten Rechtsmängel wird jedoch denjenigen, welcher lediglich das Erbrecht des anderen Vertragsteils anerkennt, grundsätzlich nicht treffen (vgl. dazu Kipp bei W. III Zus. 2 zu § 566). Fraglich ist, ob die Form des Erbschaftskaufs auch dann beobachtet werden muß, wenn der Vertrag darauf gerichtet ist, daß der eine Teil die Erbschaft ausschlägt, damit sie dem anderen anfällt. Für die Bejahung scheint zu sprechen, daß sich für den zur Ausschlagung Verpflichteten im Falle der Nichtausschlagung Verpflichtungen ergeben, die mit den aus einem auf Veräußerung einer Erbschaft gerichteten Vertrage erwachsenden Verpflichtungen des Veräußerers im wesentlichen zusammenfallen.

c) Wird im Falle einer Erbenmehrheit von einem Miterben im Vergleichswege anerkannt, daß ihm ein Miterbrecht nicht zustehe, oder erkennen umgekehrt die Miterben einem Erbprätendenten gegenüber an, daß auch ihm ein Anteil am Nachlaß zukomme, so kann der angestrebte Erfolg bei Einhaltung der im § 2033 Abs. 1 vorgeschriebenen Form wenigstens annähernd erreicht werden. Denn der Sachverhalt ist im ersten Falle eventuell als Abtretung des dem Miterben zukommenden Anteils am Nachlaß an die übrigen Miterben und im zweiten Falle dahin aufzufassen, daß jeder Miterbe dem als Miterben anerkannten Nichterben einen entsprechenden Anteil seines Anteils am Nachlaß überträgt. Hieraus, aber auch schon aus einzelnen früher erwähnten Fällen (Verzicht auf den Erbschaftsanspruch, Abtretung desselben) ergibt sich zugleich, daß mit erbrechtlichen Anerkennungsverträgen unter Umständen auch Verfügungswirkungen verbunden sein können (anders Kipp a. a. O., der den genannten Verträgen, abgesehen von dem Falle des Verzichts auf ein Anfechtungsrecht, immer nur verpflichtende Wirkung beilegen will).

In einem Falle, wo ein Verwandter des Erblassers dritter Ordnung, dessen gesetzliches Erbrecht von den Verwandten der vierten Ordnung bestritten war, sich mit diesen vergleichsweise dahin verständigte, daß sie neben ihm als erbberechtigt gelten sollten, so daß die Erbschaft allen Beteiligten zu gleichen Anteilen zukomme, hat das RG. in JW. 1905 S. 721 = Lobes CBl. 6 S. 524 = DJZ. 1906 S. 145 (in Übereinstimmung mit OLG. Dresden) den Vergleich wegen des Mangels der in den §§ 2371, 2385 vorgeschriebenen Form für ungültig erklärt. Mit vollem Rechte: denn mag man nun von der Annahme ausgehen, daß der Verwandte der dritten Ordnung der wirkliche Erbe ist, oder daß die Erbschaft (weil dem angeblichen Verwandten der dritten Ordnung das Erbrecht aus irgendeinem Grunde nicht zukommt) den Verwandten der vierten Ordnung angefallen war, so konnte doch eine erbrechtliche Stellung der Vertragsparteien nebeneinander nur durch einen den Erfordernissen der §§ 2371, 2385 entsprechenden Vertrag vermittelt werden.

d) Die vergleichsweise erfolgte Anerkennung eines Erbrechts kann sich nach § 779 unter Umständen als unwirksam herausstellen; so z. B. wenn die auf ein Testament von zweifelhafter Gültigkeit sich stützende Vergleichspartei die Nichtigkeit dieses Testaments und mit Rücksicht hierauf das gesetzliche Erbrecht der anderen Vergleichspartei anerkennt, und wenn hinterher ein beim Vergleichsabschluß als nicht vorhanden vorausgesetztes Testament zum Vorschein kommt, durch dessen Inhalt das testamentarische Erbrecht der anerkennenden Vergleichspartei außer Zweifel gesetzt wird. Vgl. über ähnliche Fälle auch Kipp a. a. O.

e) Erfolgt in Ansehung einer Vermächtnisverfügung von zweifelhafter Gültigkeit die vertragsmäßige Anerkennung der Gültigkeit, so wird, wenn der Anerkennung ein Vergleich zugrunde liegt (§ 782), oder wenn bei der Anerkennung die Form des § 781 beobachtet wurde, der anerkannte Anspruch im ersten Falle auf den Vergleich und im zweiten Falle auf die Anerkennungsurkunde gestützt werden können, bleibt dem Anerkennenden jedoch im zweiten Falle die Einwendung offen, daß sich hinter der Anerkennung ein Schenkversprechen (§ 518) verberge. Die Anerkennung der Nichtigkeit einer Vermächtnisverfügung durch den laut derselben Bedachten bedarf selbst unter der Voraussetzung, daß die Verfügung zu Recht besteht, und daß sich die Anerkennung somit praktisch als Ausschlagung des Vermächtnisses (§ 2180) oder als Verzicht auf den Vermächtnisanspruch darstellt, einer bestimmten Form nicht (§ 397).

§. 2078. Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrthume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntniß der Sachlage nicht abgegeben haben würde.

Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.

Die Vorschriften des §. 122 finden keine Anwendung.

---

§ 2078.

E. I §§ 1779—1781; II § 1951 rev. § 2055; III § 2053.
P. I S. 8961 ff., 8972 f., 9038 ff., 11321, 11345, 11440; M. V S. 45 ff. P. II Bd. 5 S. 44 ff., 52, 62 f.

1. Der Abs. 1 betrifft den in der gemeinrechtlichen Theorie sog. **wesentlichen Irrtum** und umfaßt wie § 119 sowohl den Fall des Irrtums über den Inhalt der Erklärung als auch den Fall, daß der Erklärende eine Erklärung desjenigen Inhalts, welchen die von ihm infolge einer Verirrung (Versprechens, Verschreibens) abgegebene Erklärung tatsächlich hat, überhaupt nicht abgeben wollte. Die Folge des Irrtums, der Verirrung ist auch bei letztwilligen Verfügungen nur Anfechtbarkeit, nicht Nichtigkeit der Verfügung (anders E. I § 1779, entsprechend dem § 98). Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist wie nach § 119, daß der Erblasser die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Dagegen kommt es, abweichend von § 119 (vgl. auch § 1333), nicht auch darauf an, inwieweit der Erblasser durch eine verständige Würdigung des Falles in seiner Entschließung beeinflußt sein würde. Es entscheidet also über die Erheblichkeit des Irrtums nur die subjektive Auffassung des Erblassers, nicht wie bei Verkehrsgeschäften zugleich auch der objektive Maßstab der allgemeinen verständigen Ansicht, oder mit anderen Worten: wenn feststeht, daß der Erblasser die auf Irrtum über ihren Inhalt oder auf Verirrung beruhende Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde, so wird die Anfechtung selbst dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Nichtgewolltsein der tatsächlich abgegebenen Erklärung lediglich auf launenhaften Eigensinn des Erblassers zurückzuführen ist. Eine weitere Abweichung gegenüber § 119 besteht darin, daß eine der Vorschrift des Abs. 2 daselbst entsprechende Bestimmung in den § 2078 nicht aufgenommen worden ist. Der bezeichnete Abs. 2 enthält eine für Verkehrsgeschäfte überaus wichtige Erweiterung der Anfechtbarkeit auf Fälle, in denen vom Standpunkte rein psychologischer Beurteilung lediglich ein Irrtum im Beweggrund als vorhanden erachtet werden könnte. Bei letztwilligen Verfügungen spielt jedoch diese (übrigens in sich wieder scharf begrenzte) Erweiterung deshalb keine besondere Rolle, weil ihre Anfechtbarkeit, im Gegensatze zu den für Verkehrsgeschäfte maßgebenden Grundsätzen, nach Abs. 2 von § 2078 schon durch jeden für den Erblasser bestimmend gewesenen Irrtum im Beweggrund begründet ist. Wesentlich verschieden von der Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung nach § 2078 Abs. 1 ist der Fall, wo der in der Verfügung zum Ausdruck gelangte Wille des Erblassers ungeachtet der Mangelhaftigkeit der Fassung, der irrigen Bezeichnung der bedachten Person, des zugedachten Gegenstandes mit den Mitteln der Auslegung herausgestellt werden kann (s. hierüber Vorbm. Nr. 3 S. 337). Vgl. im übrigen die Vorbm. zum Titel „Willenserklärung" zu Nr. II und die Erl. zu § 119 (Bd. I S. 209 f., 213 ff.).

2. Der Abs. 2 umfaßt den sog. **Irrtum im Beweggrunde** (vgl. dazu Bd. I S. 209, 214), und den Fall des **psychischen Zwanges.**

a) In den Fällen der ersteren Art ist zur Anfechtbarkeit erforderlich, daß der Erblasser durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes zu der Verfügung bestimmt worden ist. Hierin liegt folgendes:

α) Der Erblasser muß von einer der wirklichen Sachlage nicht entsprechenden Vorstellung beherrscht gewesen sein, deren Inhalt positiver oder negativer Art sein kann. Der vorgestellte Sachverhalt kann derart sein, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung der Vergangenheit, der Gegenwart oder der Zukunft angehörte. Für den letzteren Fall begründet es keinen Unterschied, ob die Entscheidung über den Eintritt oder Nichteintritt des erwarteten Ereignisses vor oder nach dem Erbfall erfolgt.

β) Die irrige Annahme oder Erwartung muß für den Erblasser bestimmend gewesen sein, es muß zwischen ihr und der angefochtenen Verfügung ein ursächlicher Zusammenhang bestehen

(vgl. RG. 50 S. 240, Rspr. 12 S. 372). Nicht notwendig ist, daß die irrige Vorstellung der alleinige Grund für die Verfügung gewesen ist, wie die Motive (V S. 48) und Endemann (III § 49 bei Anm. 11, 12) annehmen. Es genügt, daß der Erblasser ohne jene Vorstellung die Verfügung nicht getroffen haben würde, wenn auch andere (zutreffende) Vorstellungen mitbestimmend gewesen sind (vgl. auch RG. 59 S. 33). Daß die irrige Vorstellung des Erblassers aus der letztwilligen Verfügung selbst zu entnehmen ist, wird nicht erfordert. Der E. I hatte abweichend vom bisherigen Rechte dieses Erfordernis aufgestellt, weil ohne dasselbe der Anfechtung letztwilliger Verfügungen zu weiter Raum eröffnet werde (M. V S. 50). Die zweite Kommission hat jedoch die Einschränkung als entbehrlich und nachteilig beseitigt. Man nahm an, wenn der Erblasser einen Umstand in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich als für ihn maßgebend bezeichne, so werde er meist eine Bedingung beabsichtigen, deren Ausfall nicht Anfechtbarkeit, sondern Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge habe. Vielfach werde aber der Erblasser bestimmte für ihn wesentliche Umstände, insbesondere Familienverhältnisse, als ganz selbstverständlich voraussetzen und daher in keiner Weise erwähnen. Daß die Anfechtung in solchen Fällen ausgeschlossen sein sollte, erscheine willkürlich und unbillig. Die für die praktische Rechtsanwendung notwendige Einschränkung der Vorschrift liege in der Schwierigkeit des Beweises, daß eine nicht ausgesprochene Vorstellung für den Erblasser wirklich bestimmend gewesen sei.

Ob die irrige Vorstellung bei dem Erblasser durch Täuschung hervorgerufen worden ist, ist ohne Einfluß. Da jeder Irrtum, der den Erblasser zu einer letztwilligen Verfügung bestimmt hat, deren Anfechtbarkeit begründet, hat der Fall der arglistigen Täuschung (vgl. § 123) hier keine besondere Bedeutung, weshalb er im Abs. 2 mit Stillschweigen übergangen ist (s. jedoch § 2339 Abs. 1 Nr. 3; vgl. auch § 826).

b) Daß ein gegen den Erblasser widerrechtlich verübter psychischer Zwang die Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung begründet, sofern er für deren Errichtung bestimmend gewesen ist, entspricht der allgemeinen Vorschrift des § 123 Abs. 1; vgl., insbesondere wegen des Begriffs der widerrechtlichen Drohung, die dortige Erl. 3 (s. auch Planck in der Festschrift für Regelsberger 1901 S. 151ff.; Kipp bei W. I Zus. zu § 80, III Zus. zu § 548). Von wem die Drohung ausgegangen, ist gleichgültig. Hat sie der Bedachte selbst verübt, so gilt jedoch die Besonderheit, daß neben der Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung auch Erbunwürdigkeit des Bedachten eintritt (§ 2339 Abs. 1 Nr. 3, vgl. § 2341 gegenüber § 2080). In einem Falle, wo die Pflegerin des hinfälligen, dem Tode nahen Erblassers erklärt hatte, daß sie, wenn das Testament nicht mit dem von ihr verlangten Inhalte errichtet werde, fortgehe und den Erblasser seiner Hilflosigkeit überlasse, hat das RG. (vgl. DJZ. 1903 S. 55) widerrechtliche Drohung (die nur widerrechtliche Willensbestimmung durch das Mittel der Drohung voraussetzt und daher auch vorliegen kann, wenn die angedrohte Handlung selbst nicht rechtswidrig ist) mit Recht angenommen.

3. Schranken des Anfechtungsrechtes. Liegt einer der in den Abs. 1, 2 bezeichneten Anfechtungsgründe vor, so ist deswegen nicht notwendig das ganze Testament, vielmehr nur die von dem Irrtum oder Zwange betroffene einzelne Verfügung anfechtbar (vgl. § 2085). Auch diese aber unterliegt nur in dem Umfange der Anfechtung, in welchem sie auf dem Einflusse des Irrtums oder Zwanges beruht. Letzteres trat im E. I nicht klar hervor, die Motive (V S. 52, 53, 57) scheinen sogar davon auszugehen, daß die Verfügung notwendig ihrem ganzen Umfange nach anfechtbar sei. Die zweite Kommission hat den engeren Umfang der Anfechtbarkeit dadurch klargestellt, daß sie im Abs. 1 und Abs. 2 statt des Wortes „wenn" das Wort „soweit" einstellte (P. II Bd. 5 S. 62; vgl. Erl. 6 zu § 123). Eine Folge hiervon ist auch, daß eine Person, die nach § 2080 Abs. 1, 2 an sich anfechtungsberechtigt sein würde, die sie benachteiligende Verfügung dann nicht anfechten kann, wenn feststeht, daß der Erblasser sie unter allen Umständen hat zurücksetzen, also den in der anfechtbaren Verfügung Bedachten immer noch lieber als sie hat begünstigen wollen. Zur Erläuterung des Wortes „soweit" mag noch folgender Beispielsfall vorgelegt werden: Hat der Erblasser die von ihm vorgenommene Erbeinsetzung entgegen seiner wiederholt geäußerten Absicht erweisenermaßen nur deshalb unbedingt und nicht unter einer bestimmten aufschiebenden Bedingung getroffen, weil ihm die unrichtige Mitteilung gemacht worden war, daß das Ereignis, auf dessen Eintritt die Bedingung gestellt werden sollte, bereits eingetreten sei, so wird die Anfechtung ausgeschlossen sein, wenn das bezeichnete Ereignis zwar nach der Testamentserrichtung aber doch noch vor dem Erbfall eingetreten ist, und wird, wenn zur Zeit des Erbfalls noch ungewiß ist, ob das Ereignis noch eintreten werde, die Anfechtung

nur zur Folge haben, daß der Anfall der Erbschaft an den Eingesetzten aufgeschoben bleibt, solange das Ereignis noch nicht eingetreten ist, und nur dann völlig ausgeschlossen sein, wenn die Erfüllung der vom Erblasser ins Auge gefaßten Bedingung als vereitelt angesehen werden muß. Vgl. ferner RG. bei Gruch. 48 S. 982, wo dargelegt ist, daß jede einzelne Bestimmung des wegen Irrtums angefochtenen Testaments, das der Erblasser ohne den Irrtum voraussichtlich überhaupt nicht errichtet haben würde, insbesondere die Bestellung eines Testamentsvollstreckers der richterlichen Beurteilung nach § 2078 unterliegt.

Ist der Erblasser durch eine mangelhafte Willensbestimmung der im § 2078 bezeichneten Art von der Aufnahme einer Verfügung in das von ihm hinterlassene Testament, die er sonst erweislich getroffen haben würde, lediglich *abgehalten worden*, so kann der aus diesem Grunde nicht Bedachte, im Wege der Anfechtung grundsätzlich nicht den Erfolg erzielen, daß er nunmehr als bedacht zu gelten hätte (vgl. OLG. Stuttgart in DJZ. 1905 S. 751 = RSpr. 12 S. 372; OLG. Köln im Recht 1906 S. 804). Ist der Übergangene jedoch der nächste gesetzliche Erbe, so kann ihm, wenn und soweit die im Testament enthaltenen Anordnungen auf der mangelhaften Willensbestimmung des Erblassers beruhen, möglicherweise durch Anfechtung geholfen werden. Interessant ist der der vorerwähnten Entscheidung des OLG. Stuttgart zugrunde liegende Fall. Der Erblasser hatte seine drei Geschwister auf bestimmte Bruchteile als Erben eingesetzt und weiter bestimmt, an Stelle der Geschwister sollen, wenn sie vor ihm sterben, deren Nachkommen treten, mit der Ausnahme, daß im Falle des früheren Todes der Schwester M. deren Tochter K., „welche ihre Tante beerbt hat, ganz ausgeschlossen sein soll". Die zuletzt erwähnte Annahme des Erblassers beruhte jedoch insofern auf ihm gemachten unrichtigen Angaben, als die Tante in Wahrheit nichts hinterlassen hatte und der K. daher auch von dieser kein Vermögensvorteil zugegangen war. Die K. focht deshalb die sie betreffende Bestimmung des Testaments ihres Onkels an, wurde aber mit ihrer gegen ihre an die Stelle der vorverstorbenen M. getretenen sechs Geschwister gerichteten Klage auf Feststellung, daß sie in Ansehung des für die M. ausgesetzten Bruchteils der Erbschaft zu einem gleichen Teile wie ihre Geschwister erbberechtigt sei, abgewiesen. Die klar und scharf gedachte Begründung dieser Entscheidung geht wesentlich dahin, daß die Anfechtung hier bedeutungslos sei, weil sie den von der Anfechtenden angestrebten positiven Erfolg keinesfalls haben könne. Man wird aber doch den Zweifel nicht unterdrücken können, ob in so gearteten Fällen unter der, im entschiedenen Falle, wie es scheint, nicht völlig zutreffenden Voraussetzung, daß die Kausalität feststeht, nicht doch vielleicht im Wege der Anfechtung Abhilfe geschaffen werden kann. Sicherlich dann, wenn man sich die Sachlage so denkt, daß die den Ausschluß eines Abkömmlings der M. von der Ersatzberufung enthaltende Anordnung erst in einem Nachtragstestamente erfolgt ist. Dann würde die wirksame Anfechtung des Nachtragstestamentes die volle Wirksamkeit des Haupttestaments herausstellen. Selbst wenn aber jene Ausschließung in dem die Hauptanordnungen enthaltenden Testamente selbst steht, bleibt zu erwägen, ob die mit der Anfechtung der Ausschließungsbestimmung verbundene Wirkung nicht darin sollte gefunden werden können, daß das Testament nunmehr so zu beurteilen ist, wie wenn es die erwähnte Klausel nicht enthielte. Bei solcher Behandlung würde dann die vom Erblasser zugunsten der Abkömmlinge seiner Geschwister generell ausgesprochene Ersatzberufung auch der K. zustatten kommen.

4. Abs. 3. Für die Fälle des Abs. 1 würde sich in Ermangelung einer besonderen Vorschrift aus § 122 der Satz ergeben, daß der Erbe jedem anderen, der durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der angefochtenen letztwilligen Verfügung einen Schaden erleidet (sei es der Bedachte selbst, sei es ein Dritter, der mit ihm ein Rechtsgeschäft schließt) *ersatzpflichtig* wäre. Dieser Folgerung, die möglicherweise auch auf die Fälle des Abs. 2 (Irrtum im Beweggrund) ausgedehnt werden könnte, tritt der Abs. 3 entgegen. Eine Haftung des Erben auf Schadensersatz wegen des vielleicht nicht einmal schuldhaften Irrtums des Erblassers würde unbillig erscheinen. Übrigens folgt aus der schlechthin ausgesprochenen Ausschließung des § 122, daß eine Ersatzpflicht des Erben auch dann nicht besteht, wenn eine letztwillige Verfügung nach § 118 nichtig sein sollte (s. die Erl. zu §§ 2078—2083 Nr. 2a).

5. Hat der Erblasser eine Bestimmung der im § 332 bezeichneten Art „in" *einer letztwilligen Verfügung* getroffen (vgl. dazu Erl. 7 zu § 1939), so bestimmt sich deren Anfechtbarkeit sicherlich nach § 2078. Die Anfechtung kann also auch wegen eines Irrtums im Beweggrunde nach § 2078 Abs. 2 erfolgen. Die Person des Anfechtungsberechtigten richtet sich nach § 2080. War also z. B. in dem zwischen dem Erblasser und einer Lebensversicherungsgesellschaft geschlossenen Vertrage vorbehaltlich einer vom Erblasser einseitig zu treffenden anderweiten Be-

§. 2079. Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichttheilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichttheilsberechtigt geworden ist. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntniß der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde.

---

stimmung festgesetzt, daß die Versicherungsgesellschaft nach dem Tode des Versprechensempfängers eine bestimmte Summe an den A zu leisten habe, und bezeichnet der Versprechensempfänger später, veranlaßt durch die irrige Nachricht, daß A bereits gestorben sei, in einer letztwilligen Verfügung den B als den Bezugsberechtigten, so wird der zur Zeit des Erbfalls noch lebende A anfechtungsberechtigt sein. Schwierigkeiten zweifacher Art ergeben sich jedoch, wenn der Versprechensempfänger die vorbehaltene Bestimmung unter sonst gleichen Verhältnissen mittels einseitiger Erklärung unter Lebenden getroffen hat. Die Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung von Rechtsgeschäften unter Lebenden führt hier nicht zu befriedigenden Ergebnissen. Denn auf Grund derselben wäre ein Anfechtungsrecht des A (dafern er nicht zugleich der Erbe des Versprechensempfängers ist) überhaupt nicht zu gewinnen und könnte überdies der bloße Irrtum im Beweggrund (abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle des § 123) keinen Anfechtungsgrund bilden. Es ergibt sich deshalb die an dieser Stelle nicht zu erledigende Frage, ob nicht auch in einem Falle dieser Art die Vorschriften über die Anfechtung von Verfügungen von Todes wegen zur entsprechenden Anwendung zu bringen sind; dafür Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 358; Strohal I § 41 Anm. 5.

§ 2079.

E. I § 1782; II § 1952 rev. § 2056; III § 2054. P. I S. 9043 ff., 11329 f., 11345 f., 11440 f.; M. V S. 50 ff. P. II Bd. 5 S. 52 ff.

1. Der § 2079 betrifft die im bisherigen Rechte sehr verschieden gelöste und vielfach streitige Frage nach der Rechtsstellung des **unabsichtlich übergangenen Pflichtteilsberechtigten**. Das BGB. geht mit den bisherigen Rechten von dem Gedanken aus, daß ein solcher Pflichtteilsberechtigter nicht auf den Pflichtteil beschränkt sein darf, weil dies dem wahren Willen des Erblassers nicht entsprechen würde. Der Übergangene soll denjenigen Teil des Nachlasses erhalten, welcher ihm nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung zukommt. Um dieses Ziel zu erreichen, würden an sich verschiedene Wege offen gestanden haben. Es ist jedoch sowohl der Gedanke eines obligatorischen Pflichtteilsanspruchs auf Höhe des vollen gesetzlichen Erbteils als auch die Gewährung eines Noterbenrechts abgelehnt worden, weil beide den Grundsätzen des BGB. zuwiderlaufen und auch im praktischen Ergebnisse nicht zu durchweg befriedigenden Folgen führen würden. Da andererseits die völlige Nichtigkeit des Testaments als ein über das Ziel hinausschießendes Mittel erschien, so ergab sich als der geeignetste Weg die Gewährung eines Anfechtungsrechts aus dem Gesichtspunkte des Irrtums im Beweggrund. Im E. I ging die gedankenmäßige Anschließung der Vorschrift (§ 1782) an die Vorschriften über die Anfechtung des Testaments wegen Irrtums im Beweggrunde (§ 1781) so weit, daß der § 1782 geradezu als ein Unterfall des § 1781 behandelt und bezeichnet wurde (M. V S. 50). Die zweite Kommission hat der Vorschrift einen mehr selbständigen Charakter gegeben, ohne jedoch an ihrer rechtlichen Natur etwas zu ändern. Anfechtungsgrund ist auch im Falle des § 2079 eine für den Inhalt der vom Erblasser getroffenen Anordnung bestimmend gewesene irrige Annahme (des Nichtvorhandenseins des übergangenen Pflichtteilsberechtigten) oder Erwartung (des Nichtanwachsens eines neuen Pflichtteilsberechtigten). Doch ist die Anfechtung in den Fällen des § 2079 gegenüber den lediglich nach § 2078 Abs. 2 zu behandelnden Fällen erheblich erleichtert. Denn während der Anfechtende in diesen Fällen nicht nur die irrige Vorstellung des Erblassers, sondern außerdem auch noch beweisen muß, daß der Erblasser seine Verfügung ohne jene Vorstellung nicht getroffen haben würde, kommt § 2079 dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten, hinsichtlich dessen nur feststeht, daß sein Vorhandensein dem Erblasser bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, oder daß er erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist, durch die **Wahrscheinlichkeitsannahme** (Vermutung) zu Hilfe, daß der Erblasser, dafern er den bezeichneten Umstand gekannt oder vorausgesehen und vorausbedacht hätte, so wie er tatsächlich verfügt hat, nicht verfügt haben würde. Während ferner § 2078 Abs. 2 den Umfang der Zu-

lässigkeit und damit zugleich der Wirkung der Anfechtung durch die Aufstellung des auch nach dieser Richtung maßgebenden Erfordernisses der Kausalität des Irrtums für den Inhalt der unter dessen Einfluß getroffenen Verfügung positiv begrenzt, greift die auf § 2079, nach dessen Inhalt das Vorhandensein der Kausalität in aller Regel anzunehmen ist, sich stützende Anfechtung nur insoweit nicht durch, als besondere Umstände die Wahrscheinlichkeitsannahme des Gesetzes ausschließen (vgl. auch Strohal I § 41 bei Anm. 11, 12). Ist die Kausalität also zweifelhaft, so trifft, wie aus der auf wohlüberlegter Absicht beruhenden Verschiedenheit der Fassung deutlich hervorgeht, in den lediglich nach § 2078 Abs. 2 zu beurteilenden Fällen den Anfechtenden (s. auch RG. 50 S. 240), in den Fällen des § 2079 dagegen den Gegner des Anfechtenden die Beweislast (vgl. auch RG. 59 S. 63, wo dies zutreffend hervorgehoben wird). Beantragt der in einem öffentlichen, aber nach § 2079 anfechtbaren Testament eingesetzte Erbe unter Vorlegung des Testaments und des Eröffnungsprotokolls (GBO. § 36) seine Eintragung im Grundbuch als Rechtsnachfolger des Erblassers, so hat das Grundbuchamt guten Grund, auf Vorlegung eines Erbscheins zu bestehen (vgl. KG. 29 S. A 159 = RJA. 5 S. 206).

2. Über die **einzelnen Voraussetzungen** der Anfechtung nach § 2079 ist noch zu sagen:

a) Ein Pflichtteilsberechtigter muß in der vom Erblasser errichteten letztwilligen Verfügung **übergangen** sein. Pflichtteilsberechtigte sind nach §§ 2303, 2309 die Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte des Erblassers. Im Sinne des § 2079 übergangen ist ein Pflichtteilsberechtigter vor allem dann, wenn der Erblasser über seinen ganzen Nachlaß durch Erbeinsetzung verfügt hat, ohne dabei den in Frage kommenden Pflichtteilsberechtigten als Erben oder als Vermächtnisnehmer zu bedenken. Eine Übergehung im Sinne des Gesetzes kann übrigens auch dann vorliegen, wenn der Erblasser in dem Testamente nur über einen Teil des Nachlasses verfügt hat, so daß hinsichtlich des übrigen Teiles die gesetzliche Erbfolge eintritt (§ 2088 Abs. 2), an der auch der Pflichtteilsberechtigte teilnimmt, oder wenn in dem Testament überhaupt nur Vermächtnisse angeordnet sind, so daß die gesetzliche Erbfolge unberührt bleibt. Hat der Erblasser z. B. unter den in § 2079 bezeichneten Verhältnissen in Ansehung der Hälfte seines Nachlasses einen extraneus als Erben eingesetzt und es in Ansehung der anderen Hälfte bei der gesetzlichen Erbfolge belassen, zu der, abgesehen von dem später hervortretenden pflichtteilsberechtigten Enkel nur Geschwister oder Geschwisterkinder des Erblassers berufen sein würden, so wird auch hier zugunsten des Enkels die früher erwähnte Wahrscheinlichkeitsannahme durchgreifen, und dasselbe muß gelten, wenn das Testament auch nur Vermächtnis- oder Auflageanordnungen enthält, die aber über das normale Maß hinausgehen, welches ein des Umstandes, daß er einen pflichtteilsberechtigten Abkömmling hinterlasse, sich bewußter Erblasser einzuhalten pflegt. Die Annahme, daß ein Pflichtteilsberechtigter im Sinne des § 2079 übergangen ist, wird selbst dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser den ihm zur Zeit der Testamentserrichtung zwar persönlich aber nicht in der Eigenschaft, vermöge deren er pflichtteilsberechtigt ist, bekannten Pflichtteilsberechtigten in seinem Testamente bedacht hat (anders allerdings die von Formalistik nicht frei zu sprechende Begründung der RGE. 50 S. 239). Man denke nur an den Fall, daß der Erblasser, nachdem er vom Tode seines einzigen Kindes, nicht aber auch von dem Vorhandensein eines entfernteren Abkömmlings Kenntnis erlangt hatte, in seinem Testamente einen Fremden als Alleinerben eingesetzt und seinen tatsächlich vorhandenen entfernteren Abkömmling, der ihm als solcher nicht bekannt war, aus Erkenntlichkeit für einen geleisteten Dienst mit einem verhältnismäßig geringen Vermächtnis bedacht hat. Auch hier muß dem Pflichtteilsberechtigten die Wahrscheinlichkeitsannahme, daß der Erblasser so nicht verfügt haben würde, wie er verfügt hat, wenn ihm der Pflichtteilsberechtigte als solcher bekannt gewesen wäre (vgl. auch Strohal I § 41 Anm. 12 a. E.), zustatten kommen.

b) Die Übergehung des Pflichtteilsberechtigten muß mit einer bei der Testamentserrichtung vorhanden gewesenen **irrigen oder doch unzureichenden Vorstellung** des Erblassers hinsichtlich des Vorhandenseins des (zur Zeit des Erbfalls) Pflichtteilsberechtigten zusammentreffen. Diese Voraussetzung ist nach § 2079 Satz 1 zunächst gegeben, wenn dem Erblasser das Vorhandensein des Pflichtteilsberechtigten bei der Errichtung der Verfügung „nicht bekannt war", sei es, daß er von dessen Existenz überhaupt nichts erfahren, sei es, daß er ihn irrtümlich für tot gehalten hat (vgl. dazu E. I § 1782 und M. V S. 53). Auf einen hierher gehörenden Fall bezieht sich RG. v. 18. Februar 1907 in JW. 1907 S. 203 ff. Die Erblasserin hatte hier ihr Testament in dessen § 1 mit den Worten eingeleitet: „Da mein Ehemann vor 25 Jahren nach Amerika ausgewandert und voraussichtlich nicht mehr am Leben ist,

so ernenne ich zu meinen Erben meine Kinder . . ." Der in Wahrheit noch lebende Ehemann focht das ihn übergehende Testament von Amerika aus durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht an, kehrte dann nach Deutschland zurück und starb bald darauf. Darüber, ob die auf § 2079 sich stützende Anfechtung begründet war, ergab sich Streit. Sowohl die erste Instanz als auch das Berufungsgericht verneinten die Frage, wesentlich aus dem Grunde, weil der Erblasserin eine sichere und deutliche Vorstellung von dem bereits erfolgten Tode ihres Mannes gefehlt habe, sie daher mit der Möglichkeit, daß ihr Gatte noch lebe, rechnen mußte, und bei dieser Sachlage nur die Schlußfolgerung möglich sei, daß die Erblasserin ihren Mann nicht habe bedenken wollen. Das RG. hob auf und wies zurück: Denn es sei *rechtsirrtümlich*, wenn zur Anfechtung nach § 2079 durch einen übergangenen Pflichtteilsberechtigten, von dessen früherer Existenz die Erblasserin gewußt habe, gefordert werde, daß diese von dem vermeintlichen Tode des Pflichtteilsberechtigten eine bestimmte und deutliche Vorstellung gehabt haben müsse. *Es genüge vielmehr*, daß die Erblasserin ihren Ehegatten als einen *voraussichtlich nicht mehr Lebenden angesehen* und sich ihn daher (so dürfte sich die Auffassung des RG. vielleicht kurz formulieren lassen) nicht (wenigstens nicht mit hinreichender Bestimmtheit) als einen noch Lebenden vorgestellt habe; die Voraussetzung des § 2079, daß dem Verfügenden das Vorhandensein des Pflichtteilsberechtigten bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, treffe somit zu. Im übrigen wurde dem Berufungsgericht zur nochmaligen Prüfung überlassen, ob bei richtiger Auslegung des § 2079 und bei richtiger Würdigung des § 1 des Testaments für die Annahme, daß die Erblasserin ihren Ehemann auch für den Fall, daß er noch leben sollte, von der Erbfolge *ausgeschlossen* wissen wollte, überhaupt noch Raum sei.

Die schon in der Ausführung unter a a. E. gestreifte Frage, ob § 2079 auch auf Fälle zu beziehen ist, in denen der Erblasser zwar das Dasein des Pflichtteilsberechtigten, nicht aber *dessen Eigenschaft* (dessen „rechtliche Qualität") *als eines solchen* gekannt hat, weil er über einen hierfür wesentlichen Umstand sich in Unkenntnis oder im Irrtum befand, wird mit Rücksicht auf den Grund und Zweck der Vorschrift des § 2079 zu bejahen sein (so auch *Schiffner*, Pflichtteil S. 5 Anm. 4). Vgl. aber doch auch den letzten Absatz dieser Ausführung.

Dem Falle der auf Unkenntnis des Erblassers von dem Vorhandensein des Pflichtteilsberechtigten beruhenden Übergehung desselben stellt das Gesetz die weiteren Fälle gleich, daß der übergangene Pflichtteilsberechtigte erst *nach der Testamentserrichtung zum Dasein oder zu der rechtlichen Stellung eines Pflichtteilsberechtigten gelangt*. Wird der Pflichtteilsberechtigte erst nach der Testamentserrichtung geboren, so steht der Umstand, daß er schon vor diesem Zeitpunkt erzeugt war, seinem Anfechtungsrecht an sich nicht entgegen, doch wird bei Kenntnis des Erblassers von der Schwangerschaft in der Regel Satz 2 zutreffen. Die nachträgliche Begründung der Pflichtteilsberechtigung für eine zur Zeit der Testamentserrichtung bereits lebende Person kann auf einem Willensakte des Erblassers beruhen (Legitimation, §§ 1719, 1736; Annahme an Kindesstatt, § 1757; Eheschließung) oder auch auf anderen Umständen (z. B. Heilung der Nichtigkeit einer Ehe des Erblassers und, wegen des Einflusses auf die Stellung der aus der Ehe hervorgegangenen Kinder, auch der Ehe eines Abkömmlings des Erblassers nach § 1324 Abs. 2; Legitimation der unehelichen Kinder eines Abkömmlings des Erblassers nach § 1719). Auf Fälle der Anfechtung eines Testaments durch den infolge nachträglicher Eheschließung mit dem Erblasser pflichtteilsberechtigt gewordenen Ehegatten beziehen sich RG. 50 S. 238, 59 S. 60 (Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch den zweiten Ehegatten des zuletzt verstorbenen Teiles; einen solchen Fall behandelt auch Rspr. 11 S. 257). Vgl. auch RG. 62 S. 13.

Einige Schwierigkeiten ergeben sich bei der Beurteilung derjenigen Fälle, in welchen ein im Testament Übergangener, dessen Vorhandensein und dessen mit eventueller Pflichtteilsberechtigung (§§ 2302, 2309) verbundene familienrechtliche Stellung dem Erblasser bei der Testamentserrichtung bekannt war, *erst durch Nachrücken in concreto pflichtteilsberechtigt* geworden ist. Dabei ist es wieder möglich, daß der Erblasser einen entfernteren Abkömmling oder seine Eltern bei der Testamentserrichtung deshalb als in concreto nicht pflichtteilsberechtigt ansah, weil er von dem bereits erfolgten Wegfall des näheren Verwandten keine Kenntnis hatte, oder aber, daß der Erblasser den erst nach der Testamentserrichtung erfolgenden Wegfall des näheren Verwandten nicht in Betracht gezogen hatte. In allen Fällen dieser Art ist große Vorsicht geboten. Zunächst *darf nicht übersehen werden*, daß hierbei unter Umständen § 2069 (vgl. übrigens auch §§ 2066—2068) eingreift. So verhält es sich dann, wenn der Erblasser seinen näheren Abkömmling bedacht, die Abkömmlinge dieses Abkömmlings dagegen

unerwähnt gelassen hat. Soweit hier die entfernteren Abkömmlinge bei Wegfall des bedachten näheren Abkömmlings nach § 2069 als bedacht anzusehen sind, entfällt die Annahme, daß sie im Sinne des § 2079 übergangen seien. Wie verhält es sich aber dann, wenn die Sachlage so beschaffen ist, daß die Vorschrift des § 2069 zugunsten des tatsächlich übergangenen entfernteren pflichtteilsberechtigten Verwandten nicht durchgreifen kann? Also z. B., wenn der Erblasser einen Fremden als Alleinerben eingesetzt und seinen einzigen, der Spielleidenschaft ergebenen Sohn auf den Pflichtteilsanspruch beschränkt, das Kind dieses Sohnes aber, obschon ihm dessen Vorhandensein bekannt war, mit Stillschweigen übergangen hat. Kann das bezeichnete Kind, wenn dessen auf den Pflichtteil beschränkter Vater noch vor dem Erbfall gestorben ist, das Testament des Erblassers nach § 2079 deswegen anfechten, weil der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung nicht wußte, daß nicht sein Sohn, sondern dessen Kind in concreto pflichtteilsberechtigt sein werde, und diese Gestaltung auch nicht in besondere Erwägung gezogen hatte? Man wird sich auf Grund der Erwägung, daß das Gesetz die Anfechtung des Pflichtteilsberechtigten, dessen pflichtteilsrechtliche Stellung dem Erblasser nicht zum vollen Bewußtsein gekommen war, durch Befreiung von dem bei der Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrund nach § 2078 Abs. 2 oft sehr schwierigen Beweise der Kausalität des Irrtums, erleichtern will, der grundsätzlichen Bejahung kaum entziehen können. Allein darin, daß § 2079 für anwendbar erklärt wird, liegt doch zugleich auch der Hinweis auf die der Anfechtung nach Satz 1 durch Satz 2 gezogene Schranke. Diese kann aber ganz besonders in den Fällen der bezeichneten Art von entscheidender Bedeutung sein. Man vergegenwärtige sich z. B., daß ein Erblasser, der sowohl von dem Vorhandensein eines pflichtteilsberechtigten Abkömmlings als auch von dem seiner eventuell pflichtteilsberechtigten Eltern Kenntnis hat, einen Fremden als Erben einsetzt und die genannten Verwandten vollständig übergeht. Daß der absichtlich übergangene Abkömmling, dafern ihm nicht ein Anfechtungsrecht nach § 2078 zukommt, sich mit dem Pflichtteilsanspruch begnügen muß, ist klar. Kommen aber zur Zeit des Erbfalls, weil der Abkömmling inzwischen gestorben ist, die Eltern des Erblassers als Pflichtteilsberechtigte in Betracht, so wird in aller Regel anzunehmen sein, daß der Erblasser den von ihm als Erben eingesetzten Fremden auch seinen Eltern schlechthin vorgezogen hat und somit seine Verfügung auch getroffen haben würde, wenn er den vor dem Erbfall eingetretenen Wegfall des Abkömmlings vorausgesehen hätte.

c) Die Annahme, daß ein im Testamente nicht bedachter Pflichtteilsberechtigter im Sinne des § 2079 übergangen sei, ist von vornherein, also ohne daß erst Satz 2 von § 2079 herangezogen zu werden brauchte, **ausgeschlossen**, wenn sich die Nichtbedenkung desselben schon nach dem Inhalte des Testaments als eine **absichtliche** darstellt. So verhält es sich z. B., wenn der Erblasser hinsichtlich der eventuellen Abkömmlinge eines Kindes, dem er den Pflichtteil zur Strafe entzogen hat, bestimmt, daß sie an der Erbfolge keinesfalls Teil haben sollen (daß der Pflichtteilsanspruch dieser Abkömmlinge hierdurch nicht berührt wird, ist selbstverständlich). Das gleiche muß von dem Falle gesagt werden, wo der von seiner zweiten Frau überlebte Erblasser, in seinem noch vor der zweiten Eheschließung errichteten Testamente zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Bedenkung derjenigen, welche demnächst seine zweite Frau werden soll, für nicht entsprechend halte, von deren Zartgefühl vielmehr erwarte, daß sie auch ihren Pflichtteilsanspruch nicht werde geltend machen.

d) Notwendige Voraussetzung der Anfechtung ist, daß der **übergangene Pflichtteilsberechtigte zur Zeit des Erbfalls vorhanden** ist. Existenz im Mutterleibe genügt, unter der Voraussetzung, daß der bereits Erzeugte lebend geboren wird (§ 1923 Abs. 2). Ist der Übergangene vor dem Erbfalle weggefallen (§ 1923 Abs. 1, §§ 1938, 2346, 2349), so würde er auch ohne die Übergehung im Testamente nicht zur Erbfolge gelangen. Eine Vererbung des in der Person des Übergangenen noch nicht begründet gewesenen Anfechtungsrechtes ist selbstverständlich ausgeschlossen. Wohl aber ist es möglich, daß infolge des Wegfalls eines übergangenen Pflichtteilsberechtigten nunmehr ein anderer Pflichtteilsberechtigter als im Sinne des § 2079 übergangen anzusehen ist und demgemäß ein selbständiges Anfechtungsrecht hat; so z. B., wenn der vom Erblasser irrtümlich für bereits verstorben gehaltene und deshalb übergangene Sohn nach der Testamentserrichtung gestorben ist und jetzt dessen Kinder, von deren Vorhandensein der Erblasser nichts wußte und die im Testamente somit gleichfalls unberücksichtigt geblieben sind, als die in concreto Pflichtteilsberechtigten in Frage kommen.

e) **Negative Voraussetzung** der wirksamen Anfechtung nach § 2079 ist endlich, daß sie nicht nach Maßgabe von **Satz 2** als ausgeschlossen zu erachten ist (vgl. darüber bereits Erl. 1, ferner die obige Ausführung unter b und Erl. 3).

3. Das praktische Ergebnis der auf § 2079 gestützten Anfechtung kann ein sehr verschiedenes sein. Den Ausgangspunkt für die Entscheidung dieser Frage muß die schon in Erl. 1 hervorgehobene Wahrscheinlichkeitsannahme des § 2079 bilden. Soweit diese nicht durch besondere Gründe ausgeschlossen ist (vgl. Satz 2), hat die ordnungsmäßig vorgenommene Anfechtung des Pflichtteilsberechtigten die Nichtigkeit des ganzen Testaments zur Folge. Die Worte „eine letztwillige Verfügung" sind hier nicht im Sinne einer Einzelverfügung, sondern im Sinne von Testament zu verstehen (vgl. § 1937 und die dortige Erl. 2). Demgemäß wird in Fällen dieser Art die gesetzliche Erbfolge nicht nur für den anfechtenden Pflichtteilsberechtigten, sondern auch für die neben ihm berufenen gesetzlichen Erben eröffnet, und werden nicht nur die im Testament enthaltenen Erbeinsetzungen hinfällig, sondern auch die Vermächtnisse und Auflagen (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 56 f.). Bezüglich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung aller Verfügungen des Testaments durch Abgabe einer einheitlichen Anfechtungserklärung möglich ist, vgl. Erl. 5 zu § 2081.

So bedeutsam diese weitreichende Wirkung der nach § 2079 stattfindenden Anfechtung im Verhältnis zu der bei der Anfechtung nach § 2078 eintretenden aber auch zu sein scheint, so schafft doch wieder Satz 2 von § 2079 dadurch eine wesentliche Ausgleichung des Unterschieds, daß er die Anfechtung (und damit auch die Wirkung der Anfechtungserklärung) ausschließt, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde. Von praktischer Erheblichkeit bleibt somit nur die nach § 2079 im Gegensatz zu § 2078 in der bereits in Erl. 1 a. E. dargelegten Weise zugunsten des anfechtenden Pflichtteilsberechtigten eintretende Verschiebung der Beweislast; und selbst dieser Unterschied verschwindet, soweit sich in den Fällen des § 2079 schon aus der vom Erblasser gewählten Fassung oder aus dem spezifischen Inhalt einer Verfügung (man denke z. B. an den übergangenen Pflichtteilsberechtigten völlig unberührt lassende familienrechtliche Anordnungen oder an die einen andern Pflichtteilsberechtigten betreffende Entziehung des Pflichtteils nach §§ 2333—2336, oder Beschränkung des Pflichtteilsrechtes nach § 2338, an die Aufhebung einer solchen vorher erfolgt gewesenen Entziehung oder Beschränkung) oder aus der Erfahrung des Lebens (übliche Vermächtnisse zugunsten des Gesindes des Erblassers) ohne weitere Beweisführung mit Sicherheit ergibt, daß der Erblasser die Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen haben würde.

Am einfachsten gestaltet sich die Anwendung des § 2079 in denjenigen Fällen, wo der übergangene Pflichtteilsberechtigte bei eintretender gesetzlicher Erbfolge als Alleinerbe in Betracht kommt. Schwieriger wird die Entscheidung, wenn das nicht zutrifft. Es sollen deshalb zur Erläuterung des Gesagten noch einige Beispielsfälle dieser Art herangezogen werden. Steht der nach § 2079 anfechtungsberechtigte Abkömmling einer vor dem Erbfall verstorbenen Tochter des Erblassers einem Testamente gegenüber, laut dessen ein Sohn des Erblassers zu $^2/_3$ und ein Fremder zu $^1/_3$ als Erben eingesetzt sind, so wird das Testament gemäß der Regel des § 2079 seinem ganzen Inhalte nach anfechtbar sein. Denkt man sich aber, daß der Erblasser seinen Sohn als mit recht erheblichen Vermächtnissen beschwerten Alleinerben eingesetzt hat, so wird der übergangene Abkömmling nach Maßgabe der Wahrscheinlichkeitsannahme des § 2079 Satz 1 nicht nur die Erbeinsetzung, sondern auch die Vermächtnisanordnungen anfechten können und zwar die letzteren (soweit nicht eine Einschränkung nach Satz 2 einzutreten hat) mit dem Erfolge, daß sie weder ihn noch den Sohn des Erblassers (und zwar auch nicht mit dem etwa auf die Hälfte herabgesetzten Betrage) belasten, ja man wird, soweit nicht Satz 2 entgegensteht, mit Rücksicht auf § 2085 a. E. sogar sagen können, daß hier die wirksame Anfechtung der Erbeinsetzung die Unwirksamkeit der Vermächtnisanordnungen bereits mit sich bringt. Wesentlich verschieden von den bisher erörterten Fällen ist folgende Gestaltung: Im Testamente eines Erblassers, dessen nächste Verwandten Geschwister und Geschwisterkinder sind, ist ein Fremder als Alleinerbe eingesetzt. Dieses Testament wird von der im Sinne des § 2079 übergangenen späteren Ehegattin und jetzigen Witwe des Erblassers angefochten. Hier ist schon aus dem Inhalte des Testaments ersichtlich, daß der Erblasser den eingesetzten fremden Erben seinen Geschwistern und Geschwisterkindern jedenfalls vorzog. Da die genannten Verwandten nicht pflichtteilsberechtigt sind, können sich auch aus dem Tragen der Pflichtteilslast keine Schwierigkeiten ergeben. Demgemäß wird die übergangene Ehegattin des Erblassers, selbst wenn sonstige besondere Umstände nicht vorliegen, die Einsetzung des Fremden als Erben nur mit dem Erfolge anfechten können, daß sie in Ansehung desjenigen Bruchteils der Erbschaft, der auf sie bei Vorhandensein von Verwandten zweiter Ordnung als gesetzlicher Erbteil entfiele, d. i. in Ansehung der Hälfte (§ 1931)

§. 2080. Zur Anfechtung ist derjenige berechtigt, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zu Statten kommen würde.

Bezieht sich in den Fällen des §. 2078 der Irrthum nur auf eine bestimmte Person und ist diese anfechtungsberechtigt oder würde sie anfechtungsberechtigt sein, wenn sie zur Zeit des Erbfalls gelebt hätte, so ist ein Anderer zur Anfechtung nicht berechtigt.

Im Falle des §. 2079 steht das Anfechtungsrecht nur dem Pflichttheilsberechtigten zu.

---

neben dem testamentarischen Erben zur gesetzlichen Erbfolge gelangt (vgl. auch Strohal I § 41 Anm. 12 Ziff. 4).

Eigenartig ist der Fall, wenn dem nach § 2079 anfechtbaren Testamente ein durch dieses aufgehobenes Testament vorangegangen war, in dem der in Frage kommende Pflichtteilsberechtigte ebenfalls übergangen ist. Eine Anfechtung des späteren Testaments, die nur zum Erfolge hätte, daß das frühere Testament als nicht aufgehoben gilt, wäre hier sinnlos. Abhilfe ist auf doppeltem Wege möglich, entweder so, daß neben dem späteren auch das frühere Testament angefochten wird, oder so, daß die Aufhebungswirkung des späteren Testaments als durch dessen Anfechtung nicht berührt behandelt wird.

4. Das Anfechtungsrecht nach § 2079 (neben dem übrigens für einen anderen ein Anfechtungsrecht nach § 2078 immerhin begründet sein kann) steht **nur dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten** zu; bezüglich der Vererbung des zur Zeit des Erbfalls begründeten Anfechtungsrechtes vgl. Erl. 1d, 2b zu § 2080. Der Pflichtteilsanspruch des Übergangenen (§§ 2303, 2317) wird durch das Anfechtungsrecht, solange es unausgeübt bleibt, nicht berührt; doch kann in der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs unter Umständen eine die spätere Anfechtung ausschließende Bestätigung des Testaments im Sinne des § 144 gelegen sein (vgl. Erl. 2by zu §§ 2078—2083 auf S. 385).

5. Über einen Fall des **Übergangsrechtes**, wo die Anwendung des § 2079 durch die Vorschrift des EG. Art. 214 Abs. 2 ausgeschlossen wird, vgl. RG. 62 S. 13. Einen anderen Fall des Übergangsrechtes behandelt RG. bei Gruch. 50 S. 108 (eine von der vor 1900 verstorbenen ersten Ehegattin des Erblassers errichtete letztwillige Verfügung, auf Grund deren dieser Erbe geworden ist, kann von den der zweiten Ehe entsprossenen pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen auch nicht auf dem Wege angefochten werden, daß sie die letztwillige Verfügung des Erblassers zu Falle bringen). Darüber, daß das nach märkischem Provinzialrecht (vgl. PrAG. Art. 46 §§ 2, 3) dem überlebenden Ehegatten zustehende Recht nicht pflichtteilsrechtlicher Natur ist, vgl. Rspr. 8 S. 266, 267.

§ 2080.

E. I § 1784; II § 1953 rev. § 2057; III § 2055. P. I S. 9061 ff., 12261 f.; M. V S. 55 ff. P. II Bb. 5 S. 59 ff.

1. **Anfechtungsberechtigte Personen.** Zur Anfechtung einer letztwilligen Verfügung ist, abweichend von den allgemeinen Vorschriften (§§ 119 ff.) und von den Vorschriften über den Erbvertrag (§ 2281 Abs. 1), nicht der Erblasser selbst berechtigt, weil die Verfügung ihre Wirkung erst nach dem Tode des Erblassers äußert und dieser bei der jederzeitigen Möglichkeit des Widerrufs (§ 2253) des Anfechtungsrechts auch gar nicht bedarf. Vielmehr wird im § 2080 Abs. 1 die Berechtigung zur Anfechtung demjenigen beigelegt, welchem die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde. Hierzu ist zu bemerken:

a) Der **Vorteil**, den die Beseitigung der letztwilligen Verfügung für den Anfechtungsberechtigten mit sich bringt, muß von rechtlicher Natur, kann im übrigen aber sehr verschiedenartig sein. Er kann darin bestehen, daß der Berechtigte ohne die Verfügung Erbe (kraft Gesetzes, kraft früherer Berufung oder einer Ersatzberufung), Alleinerbe oder Erbe zu einem größeren Anteile sein würde, daß ihm ohne die (widerrufende) Verfügung ein Vermächtnis oder das Amt eines Testamentsvollstreckers zustehen würde. Andererseits reicht auch aus, daß der Berechtigte mit dem Wegfalle der Verfügung von einer Beschränkung (Nacherbeinsetzung, Testamentsvollstreckung, Teilungsanordnung) oder einer Beschwerung (Vermächtnis, Auflage) befreit wird. Der rechtliche Vorteil, um den es sich handelt, braucht nicht erbrechtlicher, kann vielmehr insbesondere auch

familienrechtlicher Natur sein, z. B. wenn die eheliche oder elterliche Verwaltung und Nutznießung, die unbeschränkte elterliche Gewalt der Mutter, die gesetzliche Berufung zur Vormundschaft, die Handlungsfreiheit des Vormundes ꝛc. in Frage steht (vgl. §§ 1369, 1440, 1486, 1638, 1639, § 1651 Abs. 1 Nr. 2, § 1687 Nr. 1, § 1777 Abs. 3 in Verbindung mit § 1776 Abs. 1 Nr. 3, 4, § 1782, § 1797 Abs. 3, §§ 1803, 1856, § 1868 in Verbindung mit § 1866 Nr. 3, §§ 1909, 1917). Dies war übrigens, wenn auch in beschränkterem Umfange, schon nach dem E. I der Fall, was gegenüber Frommhold (Anm. 2a) und Wilke (Anm. 2) hervorzuheben ist (s. M. V S. 56 f.).

b) Voraussetzung ist, daß die Aufhebung der letztwilligen Verfügung dem Anfechtungsberechtigten unmittelbar zustatten kommen würde. Durch die Aufnahme des Wortes „unmittelbar" stellt sich die Bestimmung des § 2080 Abs. 1 in zweifellosen Gegensatz zu § 2341, wonach in dem daselbst bezeichneten Falle jeder anfechtungsberechtigt ist, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines anderen, zustatten kommt. Wie weit dieser Gegensatz reicht, bedarf genauerer Feststellung.

α) Hat der Erblasser durch eine anfechtbare letztwillige Verfügung, z. B. schlechthin die gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausgeschlossen, so ist, wenn vorläufig von dem Falle der Ausschlagung durch den nächsten gesetzlichen Erben und von dem der Erbunwürdigkeit desselben abgesehen wird, nur dieser nächste gesetzliche Erbe anfechtungsberechtigt. Die entfernteren gesetzlichen Erben sind zur Anfechtung nicht legitimiert und können daher hier im Gegensatz zu dem Falle des § 2341 durch die Erklärung der Anfechtung nicht bewirken, daß die Erbschaft dem nächsten gesetzlichen Erben anfällt. Erfolgt die rechtzeitige Anfechtung dagegen durch den nächsten gesetzlichen Erben, so liegt darin normalerweise zugleich pro herede gestio. Trifft dies im konkreten Falle nicht zu und schlägt der anfechtende Erbe hinterher aus, oder ficht er die pro herede gestio mit Erfolg an, so muß nunmehr die gegen die anfechtbare Verfügung des Erblassers gerichtet gewesene Anfechtung mit Rücksicht auf § 1953 Abs. 1, § 1957 Abs. 1 als nicht erfolgt gelten (teilweise anders die früheren Auflagen; vgl. aber Strohal I § 41 Anm. 17). Nach § 1946 ist es übrigens auch als möglich zu betrachten, daß der nächste gesetzliche Erbe, der mit der Sache nichts zu tun haben will, die ihm eventuell (im Falle der Anfechtung) anfallende Erbschaft ohne weiteres ausschlägt. Liegt eine wirksame Ausschlagung des nächsten gesetzlichen Erben vor, so fragt es sich, ob jetzt nicht wegen der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung der an die Stelle des Ausschlagenden tretende weitere gesetzliche Erbe als derjenige, welchem die Aufhebung der anfechtbaren letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, und somit als anfechtungsberechtigt zu gelten hat. Nach dem Wortlaut des § 2080 Abs. 1 erscheint die Entscheidung als zweifelhaft. Überwiegende sachliche Gründe sprechen jedoch hinsichtlich der durch die Sondervorschriften des § 2080 Abs. 2, 3 unberührt bleibenden Fälle für die Bejahung der Frage. Denn nur auf diesem Wege ist, wie die weitere Erörterung noch herausstellen wird, eine in sich geschlossene Auslegung des § 2080 Abs. 1 möglich. Aus P. II Bd. 5 S. 60 ergibt sich, daß die im E. I § 1784 Satz 1 als anfechtungsberechtigt bezeichneten Personen auch nach BGB. § 2080 Abs. 1 (unbeschadet der in den Abs. 2, 3 gemachten Einschränkungen) anfechtungsberechtigt sein sollten. Nach der bezeichneten Bestimmung würde aber in dem vorausgesetzten Falle der weitere gesetzliche Erbe zweifellos anfechtungsberechtigt gewesen sein, weil er, „wenn die letztwillige Verfügung nicht errichtet worden wäre, als Erbe . . berufen sein würde." Die Einfügung des Wortes „unmittelbar" in § 2080 Abs. 1 bezweckte keine grundsätzliche Änderung der entsprechenden Bestimmung des E. I, sondern sollte nur in möglichst kurzer Fassung zum Ausdruck bringen, daß das Anfechtungsrecht nur diejenigen Personen schütze, welche bei unbeeinflußter Willensentscheidung des Erblassers nicht beeinträchtigt worden wären (P. II Bd. 5 S. 61), und somit solchen Personen nicht zusteht, welchen der Erfolg der Anfechtung nicht unmittelbar zustatten kommt. Bei der hier vorausgesetzten Sachlage stellt sich aber gerade infolge der wirksamen Ausschlagung des näheren gesetzlichen Erben der entferntere gesetzliche Erbe als durch die anfechtbare letztwillige Verfügung beeinträchtigt heraus und kommt der Erfolg der Anfechtung ihm unmittelbar zustatten. Ist der nach § 2080 Abs. 1 an sich zur Anfechtung berechtigte Erbe erbunwürdig, so muß, unter der Voraussetzung, daß gegen ihn die Erbunwürdigkeitserklärung durchgesetzt wird (§ 2342), in einem Falle der bezeichneten Art das Anfechtungsrecht bezüglich der letztwilligen Verfügung demjenigen beigelegt werden, welcher, abgesehen von dem Erbunwürdigen (und abgesehen natürlich auch von der anfechtbaren Verfügung) als Erbe in Betracht kommt. Dies ist zur Vermeidung von Mißständen unbedingt geboten und rechtfertigt sich durch die rückwirkende Kraft der Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2344). Vgl. zu diesem Punkte Küntzel bei Gruch. 41 S. 824 f. und Strohal I § 60 Nr. III.

β) Wurde ein Testament, laut dessen A als Vorerbe und B als Nacherbe eingesetzt ist, vom Erblasser durch ein zweites, aber anfechtbares Testament aufgehoben, so kommt dem B, soweit dessen Nacherbfolge durch das zweite Testament beeinträchtigt ist, ein selbständiges Anfechtungsrecht zu.

γ) Ist ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer durch eine anfechtbare letztwillige Verfügung mit einem Vermächtnis oder mit einer Auflage beschwert, so ist grundsätzlich derjenige anfechtungsberechtigt, welcher sich nach Lage der Umstände (vgl. §§ 2161, 2192) als der Beschwerte wirklich herausstellt. Schlägt also der als Erbe oder als Hauptvermächtnisnehmer zunächst in Betracht Kommende aus, oder wird gegen ihn mit Erfolg die Erbunwürdigkeit geltend gemacht, so wird (soweit sich nicht aus § 2082 Abs. 2, 3 ein anderes ergibt) der in die Stelle des Ausschlagenden, Erbunwürdigen als Beschwerter Einrückende als anfechtungsberechtigt anzusehen sein.

δ) Ist der Inhalt der anfechtbaren Verfügung so beschaffen, daß vermöge desselben nur eine individuell bereits feststehende Person beeinträchtigt sein kann, so kann auch nur sie (bzw. ihr Erbe, auf den das Anfechtungsrecht nach Maßgabe des unter d Bemerkten übergeht), niemals ein anderer anfechtungsberechtigt sein. So verhält es sich z. B., wenn der Erblasser die rechtsgültig getroffene Verfügung, laut deren er den A als Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht hat, in einer zweiten anfechtbaren Verfügung lediglich aufhebt.

ε) Über die aus Abs. 2 und 3 sich ergebende Einschränkung des Anfechtungsrechtes vgl. Erl. 2.

ζ) Von mehreren nach Abs. 1 Anfechtungsberechtigten ist jeder selbständig zur Anfechtung befugt (M. V S. 57). Ist der Erfolg der Anfechtung so beschaffen, daß er zugunsten des Anfechtenden nur eintreten kann, wenn er auch den anderen Anfechtungsberechtigten zustatten kommt, so wirkt die Anfechtung des einen auch für die anderen. Über die Ausübung eines vom Anfechtungsberechtigten vererbten und auf eine Erbenmehrheit übergegangenen Anfechtungsrechtes vgl. Erl. 7 zu § 2039.

η) Das in der Person eines Nachlaßbeteiligten zur Zeit des Erbfalls begründet gewesene Anfechtungsrecht, geht auf dessen Erben über. Seine Übertragung unter Lebenden muß als ausgeschlossen erachtet werden. Da die Anfechtung nicht durch den Anfechtungsberechtigten persönlich erklärt zu werden braucht, so kann dieser aber zu ihrer Vornahme allerdings einen anderen ermächtigen. Eine solche Ermächtigung kann insbesondere auch in Verbindung mit der Einräumung einer Rechtsstellung stattfinden, vermöge deren der Erfolg der Anfechtung dem Ermächtigten praktisch zustatten kommt, so z. B. wenn diesem die dem Anfechtungsberechtigten infolge der Anfechtung anfallende Erbschaft verkauft (§ 2371), oder der unter der gleichen Voraussetzung anfallende Erbteil vielleicht auch schon übertragen ist (§ 2033 Abs. 1), oder wenn ihm die Vermächtnisforderung aus einer in anfechtbarer Weise aufgehobenen Vermächtnisverfügung abgetreten ist, oder wenn dem Erbschaftskäufer die Ausübung des dem Erbschaftsverkäufer hinsichtlich einer ihm auferlegten Beschwerung zustehenden Anfechtungsrechtes überlassen wird. Daß es sich in allen diesen Fällen nicht um eine wahre Übertragung des Anfechtungsrechtes handelt, tritt besonders nach folgenden Richtungen hervor: der Beginn und Lauf der Anfechtungsfrist (§ 2082) richtet sich immer nach der Person des Anfechtungsberechtigten (bzw. dessen Erben), nicht nach der Person desjenigen, welchem die Ausübung des Anfechtungsrechtes überlassen worden ist; dadurch ferner, daß die Anfechtung nicht von dem Anfechtungsberechtigten selbst erklärt wird, sondern von dem durch diesen hierzu Ermächtigten, wird an dem unmittelbaren Eintritt der Rechtsfolgen der Anfechtung in der Person des Anfechtungsberechtigten nichts geändert (so wird z. B., wenn der Erbschaftskäufer auf Grund der ihm erteilten Ermächtigung die dem Erbrecht des Erbschaftsverkäufers entgegenstehende Erbeinsetzung anficht, nicht jener, sondern dieser Erbe). Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des nach § 2080 Anfechtungsberechtigten gehört das Anfechtungsrecht nicht zur Masse. Denn da nach KO. § 9 die Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft, sowie eines vor diesem Zeitpunkte angefallenen Vermächtnisses nur dem Gemeinschuldner zusteht (vgl. dazu Erl. 6 zu § 1953, Erl. 2 zu § 1954), so kann zur Masse um so weniger ein erbrechtliches Anfechtungsrecht gehören, durch dessen Ausübung erst bewirkt werden soll, daß eine Erbschaft oder ein Vermächtnis als dem Gemeinschuldner angefallen zu gelten hat. Aus KO. § 9 in Verbindung mit CPO. §§ 851, 852 (aus dessen Bestimmung sich eine wichtige Folgerung für den Fall ergibt, wo der Pflichtteilsanspruch dem Pflichtteilsberechtigten erst infolge der Anfechtung einer anfechtbaren Pflichtteilsentziehung zukommt), 857 ist der weitere Schluß zu ziehen, daß das auf § 2080 beruhende

§. 2081. Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird, erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte.

Anfechtungsrecht der Pfändung nicht unterworfen ist. Ganz abwegig ist der Gedanke, daß der einzelne Gläubiger des Anfechtungsberechtigten schon ohne weiteres zur Ausübung des Anfechtungsrechtes berufen sein könnte. Hat jedoch der Anfechtungsberechtigte die Ausübung des ihm zustehenden Anfechtungsrechtes in Verbindung mit einem pfändbaren Gegenstande, dessen volle Verwertung die Ausübung des Anfechtungsrechtes zur Voraussetzung hat, überlassen, so wird sich die Pfändung dieses Gegenstandes auch auf die überlassene Ausübung des Anfechtungsrechts erstrecken.

2. Der in Abs. 1 begrenzte Kreis der Anfechtungsberechtigten wird in den Abs. 2, 3 für die praktisch wichtigsten Fälle noch weiter eingeschränkt.

a) Wenn sich in den Fällen des § 2078 (Abs. 1 und Abs. 2) der Irrtum des Erblassers nur auf eine bestimmte Person bezieht und diese nach § 2080 Abs. 1 anfechtungsberechtigt ist oder es sein würde, falls sie den Erbfall erlebt hätte, so ist nach Abs. 2, abgesehen von dem Falle, daß das für jene Person bereits entstandene Anfechtungsrecht auf deren Erben übergegangen ist, kein anderer anfechtungsberechtigt. Hat der Erblasser z. B., nachdem er in seinem ersten Testamente den A als Erben eingesetzt hatte, mit Rücksicht auf eine von ihm für richtig gehaltene Zeitungsnachricht, daß A gestorben sei, ein zweites Testament errichtet und in diesem den B als Erben eingesetzt, und stellt sich jene Nachricht hinterher als unrichtig heraus, so kann nur der A als Anfechtungsberechtigter in Betracht kommen. Ist also der A noch vor dem Erbfall gestorben, so ist niemand anfechtungsberechtigt: Selbstverständlich nicht dessen Erben, da auf sie ein in der Person des A nicht mehr zur Entstehung gelangtes Recht (§ 1923) durch Erbgang nicht übergehen konnte. Aber auch demjenigen, welcher, wenn das auf einem Irrtum im Beweggrund beruhende zweite Testament nicht errichtet wäre, bei der vorausgesetzten Sachlage als nächster gesetzlicher Erbe berufen sein würde, ist — und darin liegt die wesentliche Bedeutung der Vorschrift des § 2080 Abs. 2 — die Möglichkeit der Anfechtbarkeit versagt, so daß also das zweite Testament unter den obwaltenden Umständen unanfechtbar ist. Zu demselben Ergebnis gelangt man bei der Annahme, daß A zwar den Erbfall erlebt hat, daß aber die von ihm versuchte Anfechtung wegen der gegen ihn geltend gemachten Erbunwürdigkeit ohne Erfolg blieb. Im Gegensatze zu dem oben Erl. 1 b α Ausgeführten kommt hier ungeachtet der Erbunwürdigkeit des A das Anfechtungsrecht eines anderen nicht in Frage. Diese Behandlung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Erblasser, indem er, geleitet durch den vorerwähnten Irrtum, an Stelle des A den B als Erben einsetzte, in unanfechtbarer Weise zum Ausdruck gebracht hat, daß er den B vor jedem anderen als dem A zum Erben haben wolle (vgl. auch Erl. 3 zu § 2078). Für den Fall der Drohung konnte eine dem Abs. 2 entsprechende Vorschrift nicht aufgestellt werden. Denn es ist klar, daß sich die Person des Anfechtungsberechtigten hier nicht nach dem Inhalt der Drohung, sondern nur nach dem Inhalt der unter dem Einfluß der Drohung getroffenen letztwilligen Verfügung bestimmen kann. Wird durch diesen aber nur eine bestimmte Person nachteilig betroffen, so ergibt sich die entsprechende Beschränkung des Anfechtungsrechtes bereits aus Abs. 1 (vgl. auch Erl. 1 b δ).

b) Im Falle des § 2079 steht nach Abs. 3 das Anfechtungsrecht nur dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten (bzw. dessen Erben nach Erl. 1 d) nicht auch denjenigen Personen zu, welchen etwa die Aufhebung der letztwilligen Verfügung neben ihm oder bei seinem Wegfall zustatten kommen würde (Erl. 4 zu § 2079).

3. Über die Anwendbarkeit des § 2080 in dem Falle, daß der Erblasser eine Bestimmung der im § 332 bezeichneten Art in einer letztwilligen Verfügung getroffen hat, vgl. Erl. 5 zu § 2078.

§ 2081.

E. II § 1954 rev. § 2058; III § 2056. P. II Bd. 5 S. 66 ff., 70 ff.; Bd. 6 S. 344.

1. **Erklärung der Anfechtung.** Der E. I enthielt keine besonderen Vorschriften darüber, wie die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung zu erfolgen habe. Es sollten die allgemeinen Grundsätze über die Anfechtung von Willenserklärungen gelten (§ 113, jetzt § 143; vgl. M. V S. 57, 59). Im BGB. ist gemäß den Beschlüssen der zweiten Kommission die Anfechtungs-

Das Nachlaßgericht soll die Anfechtungserklärung demjenigen mittheilen, welchem die angefochtene Verfügung unmittelbar zu Statten kommt. Es hat die Einsicht der Erklärung Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

Die Vorschrift des Abs. 1 gilt auch für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Recht für einen Anderen nicht begründet wird, insbesondere für die Anfechtung einer Auflage.

---

erklärung wenigstens für die wichtigsten Fälle besonders geregelt, und zwar ist im Anschluß an die Vorschriften der §§ 1342, 1597, 1599, 1955 Abgabe der Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte vorgeschrieben. Der Umstand, daß in den in Betracht kommenden Fällen vielfach die Gesamtnachfolge in Frage gestellt ist und daß somit weitere Kreise durch die Anfechtung berührt werden, sowie der nicht selten auftretende Zweifel, wer bei einer letztwilligen Verfügung als der Anfechtungsgegner anzusehen ist, lassen einen festen und offenkundigen Anfechtungsakt als geboten erscheinen.

2. Die Abgabe der Anfechtungserklärung gegenüber dem **Nachlaßgerichte** wird erfordert:

a) nach Abs. 1 bezüglich einer letztwilligen Verfügung, durch die

α) ein Erbe (Ersatzerbe, Nacherbe) eingesetzt wird (§§ 1937, 2087, 2096, 2100);

β) ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen wird (§ 1938);

γ) ein Testamentsvollstrecker ernannt wird (§ 2197, aber auch letztwillige Verfügungen nach § 2198 Abs. 1 Satz 1, § 2199 Abs. 1, 2, § 2200; mit Strohal I § 41 S. 305, dem Dernburg V § 46 Anm. 8 beistimmt, dürften auch Anordnungen über den Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers, z. B. §§ 2207 ff., einzubeziehen sein);

δ) eine letztwillige Verfügung der zu α—γ bezeichneten Art aufgehoben wird (§§ 2253 ff.; vgl. die Erl. zu §§ 2078—2083 Nr. 2 b α);

b) nach Abs. 3 bezüglich einer letztwilligen Verfügung, durch die „ein Recht für einen anderen nicht begründet wird". Bliebe es bezüglich solcher Verfügungen bei den allgemeinen Vorschriften des § 143 (s. u. Erl. 4), so würde, da ein Anfechtungsgegner fehlt, im Gesetz eine Lücke entstehen. Besonders hervorgehoben ist der Fall der Auflage, deren wesentliches Merkmal nach § 1940 gerade darin besteht, daß demjenigen, welchem der Vorteil zustatten kommen soll, ein selbständiges Recht auf letzteren nicht zusteht. Diejenigen Personen, welche nach § 2194 die Vollziehung der Auflage verlangen können, zu Anfechtungsgegnern zu bestimmen oder gar die Bestellung eines Pflegers (§ 1913) zur Entgegennahme der Anfechtungserklärung zu erfordern, ist nicht für angemessen erachtet worden. Unter den Abs. 3 fällt ferner die Anfechtung der Entziehung des Pflichtteils (§ 2336), da durch eine letztwillige Verfügung solcher Art kein Recht für einen anderen begründet, vielmehr nur die Befreiung von der Pflichtteilslast herbeigeführt wird. Das gleiche gilt von der Aufhebung der Entziehung, denn durch sie wird nicht der Pflichtteilsanspruch begründet, sondern nur der im Gesetze begründete Anspruch hergestellt. Nicht minder gilt Abs. 3 für die Aufhebung einer Auflage. Dagegen wird die Vorschrift nicht auf die Aufhebung eines Vermächtnisses zu beziehen sein. Eine letztwillige Verfügung dieses Inhalts wird zwar dem Wortlaute nach gleichfalls von dem Abs. 3 betroffen, es ist jedoch, insbesondere nach Abs. 1, als Absicht des Gesetzes anzusehen, daß für die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung dieselbe Form der Anfechtung gelten soll, wie für die Verfügung selbst. Vgl. zu vorstehenden Fragen die im Ergebnis übereinstimmenden Ausführungen von Strohal I § 41 bei Anm. 22—24. Endlich ist nach Abs. 3 auch die Anfechtung letztwilliger Verfügungen, die familienrechtliche Anordnungen oder die Aufhebung von solchen enthalten, zu beurteilen (s. Erl. 1 a zu § 2080; P. II Bd. 5 S. 71; Wilke will die Anfechtung letztwilliger Verfügungen gemäß §§ 1369, 1440, 1486, 1638 mit Unrecht nach § 143 beurteilt wissen).

Durch die Erhebung der auf Durchsetzung des angestrebten Anfechtungserfolges gerichteten Klage wird die Erklärung der Anfechtung gegenüber dem Nachlaßgericht nicht überflüssig gemacht.

3. Für die Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht ist, abweichend von §§ 1945, 1955, eine besondere Form nicht erfordert. Wird die Erklärung nicht vor dem Gericht abgegeben, so wird sie wirksam, sobald sie diesem zugeht (§ 130 Abs. 1, 3). Für die Fälle des Abs. 1 wird im Abs. 2 die Ordnungsvorschrift gegeben, daß das Gericht die Anfechtungserklärung (abschriftlich oder inhaltlich) demjenigen mitteilen soll, welchem die angefochtene Verfügung

§. 2082. Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§. 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind.

---

unmittelbar zustatten kommt (vgl. Erl. 1a, b zu § 2080), und die Einsicht der Erklärung jedem zu gestatten hat, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht (vgl. § 1953 Abs. 3, § 1957 Abs. 2, Erl. 3 zu § 1953, Erl. 1, 2 zu § 2010).

4. In den durch Abs. 1, 3 **nicht betroffenen Fällen**, z. B. bei der Anordnung oder Aufhebung eines Vermächtnisses, bei einer Teilungsanordnung ꝛc., erfolgt die Anfechtung der letztwilligen Verfügung gemäß § 143 Abs. 1 durch formlose Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Dies aber ist nach § 143 Abs. 4 Satz 1 jeder, der auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Die Erklärung der Anfechtung gegenüber dem Gerichte nach § 143 Abs. 4 Satz 2 ist ausgeschlossen, weil das Testament, auch wenn es vor einem Richter errichtet wird (§ 2231 Nr. 1), nicht eine dem Gerichte gegenüber abgegebene Erklärung darstellt. Wird die Erklärung in Abwesenheit des Anfechtungsgegners abgegeben, so muß sie ihm gemäß § 130 Abs. 1 zugehen. Wegen des Falles, daß mehrere Anfechtungsgegner vorhanden sind, s. Erl. 4 zu § 143.

5. Sind mehrere oder alle Anordnungen eines Testaments anfechtbar, so ist die Möglichkeit einer einheitlichen Anfechtung keineswegs immer gegeben. Es muß vielmehr also unterschieden werden: fallen die anfechtbaren Anordnungen sämtlich unter die im § 2081 Abs. 1 und 3 bezeichneten Gruppen, so können sie zweifellos einheitlich durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht angefochten werden. Trifft die erwähnte Voraussetzung für keine der anfechtbaren Verfügungen zu, so muß, soweit nicht die in § 2085 a. E. bezeichnete Annahme durchgreift, jede einzelne von ihnen nach Maßgabe des in Erl. 4 Gesagten angefochten werden. Gehören die anfechtbaren Verfügungen teils zu denjenigen, deren Anfechtung nach § 2081 zu erfolgen hat, teils zu den durch § 2081 nicht betroffenen, so macht die durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgende Anfechtung jener Verfügungen die besondere Anfechtung dieser nur insoweit entbehrlich, als sie mit den angefochtenen Verfügungen in dem in § 2085 bezeichneten Zusammenhang stehen. Vgl. Strohal I § 41 S. 307.

§ 2082.

G. I § 1785; II § 1955 verb. § 2059; III § 2057. E. I S. 9066 ff., 9727, 9730 ff., 11420, 12247; M. V S. 57 ff. P. II Bd. 5 S. 68 f.; Bd. 6 S. 396.

1. Entsprechend den allgemeinen Vorschriften der §§ 121, 124 wird im § 2082 auch die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung an eine **doppelte Ausschlußfrist** gebunden. Die Anfechtung ist nur wirksam, wenn sie erfolgt:

a) innerhalb eines Jahres seit erlangter Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde (Abs. 1, 2) und

b) spätestens innerhalb dreißig Jahren seit dem Erbfalle.

Diese Fristen gelten (vorbehaltlich des § 2083) für jede Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, gleichviel auf welchem Anfechtungsgrunde sie beruht und ob sie durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgt. Für die Berechnung der Fristen sind § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 maßgebend. Die gleichen Fristen gelten nach § 2340 Abs. 2, § 2345 für die Anfechtung eines Erwerbes von Todes wegen auf Grund der Erbunwürdigkeit.

2. Über die **einjährige Frist** ist folgendes zu bemerken: Unter der nach Abs. 2 Satz 1 für den Beginn der Frist maßgebenden Kenntnis von dem Anfechtungsgrund ist die Kenntnis derjenigen Tatsachen zu verstehen, welche einerseits die Anfechtbarkeit der Verfügung und andererseits das Anfechtungsrecht der betreffenden Person begründen. Kenntnis von dem Inhalte der Verfügung und von dem Eintritte des Erbfalls ist daher stets notwendige Voraussetzung. Den Beweis für den Zeitpunkt der Kenntniserlangung hat der Anfechtungsgegner zu

§. 2083. Ist eine letztwillige Verfügung, durch die eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, anfechtbar, so kann der Beschwerte die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach §. 2082 ausgeschlossen ist.

---

führen, den Beweis dagegen, daß die Anfechtung innerhalb eines Jahres seit dem fraglichen Zeitpunkt erfolgt ist, der Anfechtungsberechtigte (s. Erl. 4 zu § 121, Erl. 1 zu § 124). Nicht ausdrücklich entschieden ist, ob die Frist vor der Eröffnung der letztwilligen Verfügung, soweit nicht eine solche überhaupt ausgeschlossen ist (vgl. §§ 2255, 2256), beginnen kann. Die Frage wird mit den Motiven (V S. 58) und Böhm (S. 206) zu verneinen sein; dafür spricht sachlich, daß in den meisten Fällen eine sichere Kenntnis von dem Inhalte des Testaments vor dessen Eröffnung nicht vorhanden sein wird, und die auf dieser Erwägung beruhende ausdrückliche Bestimmung des § 1944 Abs. 2 Satz 2 (vgl. Erl. 5 zu § 1944) über den Beginn der Ausschlagungsfrist. Unzutreffend ist jedoch die eben berufene Ausführung der M. insofern, als sie eine wirksame Anfechtung vor der Verkündung der anfechtbaren Verfügung für juristisch unmöglich erklärt, so daß also eine nach dem Erbfall, aber vor der Verkündung der Verfügung erklärte Anfechtung nach der Verkündung wiederholt werden müßte.

Auf den Lauf der einjährigen Ausschlußfrist finden nach Abs. 2 Satz 2 einzelne für die Verjährung geltende Vorschriften entsprechende Anwendung. Die Frist wird gehemmt (§ 205) durch Stillstand der Rechtspflege oder sonstige höhere Gewalt innerhalb der letzten sechs Monate der Frist (§ 203; abweichend von § 124 Abs. 2 ist im § 2082 mit Rücksicht auf § 2081 auch der Abs. 1 des § 203 für entsprechend anwendbar erklärt). Zugunsten einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person, die ohne gesetzlichen Vertreter ist, wird die Vollendung der Frist nach Maßgabe des § 206 Abs. 1 hinausgeschoben.

Gehört das Anfechtungsrecht zu einem Nachlaß (Erl. 1 d zu § 2080) oder ist die Anfechtung in den durch § 2081 nicht getroffenen Fällen gegenüber dem Erben des Anfechtungsgegners zu erklären, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem im § 207 bezeichneten Zeitpunkte.

3. Die **dreißigjährige Frist**, die ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Anfechtungsberechtigten mit dem Erbfalle beginnt, ist notwendig, um die Unzuträglichkeiten auszuschließen, die mit der Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, insbesondere einer Erbeinsetzung, nach noch längerer Zeit verbunden sein würden (vgl. außer § 121 Abs. 2, § 124 Abs. 3 auch § 195 und §§ 2109, 2161). Nach dem E. I sollte die Frist von der Verkündung der letztwilligen Verfügung an laufen. Die zweite Kommission hat diesen Zeitpunkt durch den des Erbfalls ersetzt, um für die Frist einen für alle Fälle passenden, klaren und festen Ausgangspunkt zu gewinnen und nach dem Ablaufe der Zeit völlig sichere Verhältnisse zu schaffen. Die schon an sich wenig schwer wiegende Besorgnis, daß eine letztwillige Verfügung dreißig Jahre lang verheimlicht werden könnte, um sie gegen die Anfechtung zu sichern (vgl. besonders Meischeider S. 166 Anm. 7, aber auch P. II Bd. 5 S. 69) erledigt sich für alle Fälle, in denen das Recht aus der Verfügung sogleich mit dem Erbfalle zur Entstehung kommt, dadurch, daß mit den dreißig Jahren auch die Verjährung der Ansprüche aus der Verfügung vollendet ist.

§ 2083.

E. II § 1956 rev. § 2060; III § 2058. M. II Bd. 5 S. 70.

1. Leistungsverweigerungsrecht nach Versäumung der Anfechtungsfrist. Gegenüber einer letztwilligen Verfügung, durch welche die Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, kann die Anfechtung bzw. die mit ihr eingetretene Nichtigkeit der Verfügung nach allgemeinen Grundsätzen auch im Wege der Verteidigung gegenüber dem erhobenen Anspruch geltend gemacht werden. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde jedoch hierzu notwendig sein, daß die Anfechtung innerhalb der Fristen des § 2082 erfolgt ist. Daraus aber würde eine erhebliche Gefahr des Verlustes des Anfechtungsrechts durch Fristversäumung erwachsen, wenn die Geltendmachung des Anspruchs bzw. der Verbindlichkeit von dem Berechtigten, sei es zufällig, sei es arglistigerweise, verzögert wird, bis die Frist verstrichen ist. Daß der Anfechtungsberechtigte, solange er nicht auf die Leistung in Anspruch genommen wird, seinerseits mit der Anfechtung vorgehen soll, erscheint unbillig und würde vielfach nicht verstanden werden. Im Anschluß an die verwandten Vorschriften des §§ 821, 853 schreibt daher der § 2083 vor, daß in Fällen der fraglichen Art der anfechtungsberechtigte Beschwerte die Leistung verweigern kann, auch

§. 2084. Läßt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.

§. 2085. Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur

---

wenn die Anfechtung der letztwilligen Verfügung wegen Ablaufs der Fristen des § 2082 ausgeschlossen ist. Dem Beschwerten wird eine peremptorische Einrede gegeben. Einer besonderen Anfechtungserklärung bedarf es nicht; die Weigerung braucht weder im Falle des § 2081 Abs. 3 dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt zu werden noch muß sie in den von § 2081 nicht betroffenen Fällen dem Gegner zugehen (§ 130 Abs. 1, vgl. Erl. 4 zu § 2081).

2. Durch die Vorschrift des § 2083 sind hauptsächlich die Fälle der anfechtbaren Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage getroffen. Doch dürfte ihre Anwendung auf analoge Fälle, obschon man daran bei der Abfassung des § 2083 kaum gedacht hat, nicht ausgeschlossen sein (zurückhaltender die früheren Auflagen). Verlangt ein Erbe z. B. von seinem Miterben nach durchgeführter Auseinandersetzung auf Grund einer bei dieser nicht berücksichtigten anfechtbaren letztwilligen Anordnung, laut deren dem Miterben die Verpflichtung zur Ausgleichung eines Vorempfangs auferlegt ist, die Herauszahlung desjenigen Betrags, um welchen der Miterbe bei der Auseinandersetzung weniger hätte erhalten sollen, als er tatsächlich erhalten hat, so wird der Bedachte doch wohl die Leistung nach § 2083 verweigern können, selbst wenn das Recht zur Anfechtung durch Zeitablauf erloschen ist. Durch § 2083 unberührt bleibt der Fall einer anfechtbaren Erbeinsetzung, insbesondere auch der einer anfechtbaren Einsetzung eines Nacherben, denn die dem Vorerben nach § 2130 obliegende Herausgabepflicht ist nur eine Folge davon, daß der Nacherbe mit dem Zeitpunkte des Falles der Nacherbfolge (§ 2139) Erbe geworden ist und der Vorerbe aufgehört hat es zu sein (vgl. Strohal I § 41 Anm. 33).

3. Der § 2083 findet nach § 2345 auch Anwendung, wenn die wegen Erbunwürdigkeit des Vermächtnisnehmers oder des Pflichtteilsberechtigten an sich zulässige Anfechtung der diesem zustehenden Ansprüche wegen Ablaufs der Anfechtungsfrist ausgeschlossen ist.

§ 2084.

E. I § 1778; II § 1957 rev. § 2061; III § 2059. P. I S. 9029, 11454 f.; M. V S. 43 ff. P. II Bd. 5 S. 43 f.

Wohlwollende Auslegung des Testaments. Die Vorschrift des § 2084 ist im Grunde schon in dem § 133 enthalten, sie ist jedoch nach dem Vorgange des bisherigen Rechtes (Dernburg Pand. III § 78 Anm. 10, ALR. I 12 § 519, sächs. GB. § 2158) aufgenommen worden, weil der Satz für das Erbrecht von besonderer praktischer Bedeutung ist. Es ist nicht vorgeschrieben (vgl. auch Rspr. 6 S. 72; RG. vom 12. Juni 1903 im Recht 1903 S. 399), daß eine letztwillige Verfügung im Zweifel zugunsten des Erben oder des sonstigen Bedachten ausgelegt werden soll (so ALR. I 12 § 520, sächs. GB., § 2159, vgl. auch M. V S. 43), vielmehr wird, wie in der zweiten Kommission klargestellt wurde, durch den § 2084 nur bestimmt, daß wenn einerseits eine Auslegung möglich ist, nach der die letztwillige Verfügung hinfällig werden würde, und andererseits eine zweite Auslegung, nach der sie aufrecht erhalten werden kann, der letzteren Auslegung der Vorzug zu geben ist. Welchen Nachlaßbeteiligten das Ergebnis zustatten kommt, ist gleichgültig. Die Vorschrift verfolgt mithin denselben Zweck, wie die neben ihr bestehende, an engere Voraussetzungen gebundene, aber in ihren Wirkungen weitergehende Vorschrift des § 140 über die sog. Konversion. Einen Anwendungsfall des § 2084 enthält die vorerwähnte RGE., die mit Recht hervorhebt, daß in der, einer vermächtnisweisen Zuwendung von Nutzungen beigefügten Bestimmung, das Recht des Vermächtnisnehmers auf den Bezug der Nutzungen solle erlöschen, sobald dieselben von dessen Gläubigern gepfändet werden, nicht nur eine unzulässige Verfügungsbeschränkung sondern, dafern die Auslegung dieser Annahme nicht entgegensteht, auch eine wirksame auflösende Bedingung erblickt werden könne. Über das Verhältnis des § 2084 zu § 2070 s. die Erl. 1 zu § 2070. Vgl. im übrigen die Erl. zu § 133 und die Vorbm. 4 zu gegenwärtigem Titel S. 338.

§ 2085.

E. I § 1787; II § 1958 rev. § 2062; III § 2060. P. I S. 9035 ff.; M. V S. 60. P. II Bd. 5 S. 69.

Mantey, Zur Anwendung des § 2085 und des § 2255 im Recht 1906 S. 555.

Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.

§. 2086. Ist einer letztwilligen Verfügung der Vorbehalt einer Ergänzung beigefügt, die Ergänzung aber unterblieben, so ist die Verfügung wirksam, sofern nicht anzunehmen ist, daß die Wirksamkeit von der Ergänzung abhängig sein sollte.

Die einzelnen Verfügungen eines Testaments stehen nicht notwendig untereinander in so engem Zusammenhange, daß die eine nicht ohne die andere als gewollt anzusehen wäre. **Als Regel** ist vielmehr die **Selbständigkeit der einzelnen letztwilligen Verfügungen anzusehen.** Ist oder wird daher eine einzelne Verfügung unwirksam (in dem S. 356, dargelegten weiten Sinne), so tritt, wie § 2085 vorschreibt, die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur dann und soweit ein, als anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Den Beweis für das Vorliegen dieses Ausnahmefalls hat derjenige zu erbringen, welcher sich auf die Unwirksamkeit einer der anderen Verfügungen beruft. In dieser den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Behandlung der Testamente liegt eine **Abweichung von den Grundsätzen für Rechtsgeschäfte unter Lebenden,** bei denen nach § 139 eine Vermutung für die innere Einheitlichkeit der äußerlich zusammengefaßten Bestimmungen besteht. Besondere Anwendungsfälle des § 2085 enthalten die §§ 2161, 2195, welche die Unabhängigkeit der Vermächtnisanordnung von dem Erwerbe des Beschwerten bzw. der unter einer Auflage gemachten Zuwendung von der Wirksamkeit der Auflage als Regel hinstellen. Für die römische Kodizillarklausel besteht demgemäß nach dem BGB. wie schon nach preuß. Rechte kein Bedürfnis. In sachlichem Zusammenhange mit § 2085 stehen auch die Vorschriften des § 2078 („soweit"; dazu RG. bei Gruch. 48 S. 982 ff.), des § 2258 („insoweit") und des § 2086. Wegen der korrespektiven Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten s. § 2270. Für letztwillige Verfügungen, die in mehreren, zu verschiedenen Zeiten errichteten Testamenten enthalten sind, versteht sich die Unabhängigkeit derselben voneinander als Regel von selbst. Natürlich können aber auch solche Verfügungen zueinander in dem Verhältnisse stehen, daß die eine (spätere) nicht ohne die andere (frühere) gewollt ist. Vgl. über einen Anwendungsfall des § 2085 auch noch RG. v. 5. März 1906 Bd. 63 S. 23: Einer in einem eigenhändigen Testament ausgesprochenen Erbeinsetzung war eine zum Teile von fremder Hand geschriebene Vermächtnisanordnung beigefügt. Das RG. erkannte, daß die Wirksamkeit der Erbeinsetzung durch die Nichtigkeit der Vermächtnisverfügung nicht berührt werde.

§ 2086.

E. I § 1767; II § 1959 rev. § 2063; III § 2061. P. I S. 8979 ff.; M. V S. 31 f. P. II Bd. 5 S. 21.

Für Verträge ist im § 154 die Auslegungsregel gegeben, daß, solange nicht die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen ist. Fügt daher eine Partei ihrer Erklärung den Vorbehalt einer Ergänzung hinzu, so hat dies in der Regel die Wirkung, die Vollendung des Vertragsschlusses hinauszuschieben. Für letztwillige Verfügungen stellt § 2086 eine der wesentlichen Verschiedenheit der Sachlage (vgl. Dernburg V § 42 Anm. 19) entsprechende Auslegungsregel des entgegengesetzten Inhalts auf. Der **Vorbehalt einer Ergänzung** soll hier in der Regel dahin aufgefaßt werden, daß der Erblasser dasjenige, was er zur Zeit der Testamentserrichtung über seinen Nachlaß bestimmen wollte, erschöpfend kundgegeben und nur auf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit hingewiesen habe, daß er sich noch zu weiteren Anordnungen veranlaßt sehen könnte (M. V S. 31). Selbst wenn dies aber im konkreten Falle nicht vollständig zutreffen sollte, bleibt noch immer zu berücksichtigen, daß die Nichtvornahme einer vom Erblasser vorbehaltenen weiteren Verfügung die Wirksamkeit der für sich betrachtet bereits in sich fertigen Verfügung nicht in höherem Maße beeinträchtigen kann, als dies nach § 2085 bei unwirksamer Vornahme der weiteren Verfügung der Fall sein würde. Demgemäß ist die getroffene Verfügung regelmäßig wirksam, auch wenn die wirksame Vornahme der vorbehaltenen Ergänzung unterbleibt (vgl. auch KG. in Rspr. 9 S. 394, wo ausgesprochen ist, daß ein eigenhändiges Testament nicht deshalb allein unwirksam ist, weil es unausgefüllt gebliebene Lücken enthält). Nur wenn aus besonderen Gründen anzunehmen ist, daß nach der Absicht des Erblassers die Wirksamkeit der Verfügung von der Ergänzung abhängig sein sollte, wofür der Gegner des Bedachten beweispflichtig ist, hat das Unterbleiben der Ergänzung die

Zweiter Titel.
Erbeinsetzung.

Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge. Wird die vorbehaltene Ergänzung vorgenommen, so ist sie und damit zutreffenden Falles auch die ursprüngliche Verfügung nur wirksam, wenn die Ergänzung in gehöriger Testamentsform erfolgt. Formlose Nachzettel sind dem BGB. unbekannt und daher ist auch ein auf solche bezüglicher Vorbehalt, wie ihn die ältere gemeinrechtliche Praxis und das preuß. Recht zuließen (Dernburg III § 75 a. E., preuß. Priv.R. III § 118), bedeutungslos. Soweit sich eine letztwillige Erklärung deswegen als unfertig darstellt, weil ihr inhaltlich ein wesentliches Moment fehlt (ist also z. B. bei einer Zuwendung in einem eigenhändigen Testament der Raum für die Bezeichnung des Bedachten zur späteren Ausfüllung offen gelassen), so kann ihr, dafern die hier unbedingt notwendige Ergänzung unterblieben ist, ungeachtet der Bestimmung des § 2086, Wirksamkeit selbst dann nicht zukommen, wenn sich etwa aus vom Erblasser dritten Personen gegenüber gemachten Äußerungen entnehmen läßt, in welcher Weise der Erblasser seine lückenhafte letztwillige Erklärung zu ergänzen entschlossen war (vgl. Dernburg V § 42 bei Anm. 16, 17). Wegen der im Falle der nachträglichen Ausfüllung einer solchen Lücke beim eigenhändigen Testament rücksichtlich des Orts- und Zeitdatums sich ergebenden Fragen vgl. Erl. II zu § 2131. Hat der Erblasser zur Ergänzung einer in dem vorhin bezeichneten Sinne unfertigen letztwilligen Verfügung in dieser selbst auf eine andere Urkunde verwiesen (sog. testamentum mysticum), so muß auch die einen wesentlichen Teil der Verfügung enthaltende Ergänzungsurkunde den vom Gesetz an letztwillige Verfügungen gestellten Anforderungen entsprechen. Wesentlich verschieden hiervon ist jedoch der Fall, wo in der sich als fertig darstellenden letztwilligen Verfügung lediglich zu deren Erläuterung und zur genaueren Feststellung des Inhalts des Erklärten auf eine andere Urkunde verwiesen ist, wenn also der Erblasser etwa den im Vorwort zu den von ihm jüngst veröffentlichten Reisebriefen bezeichneten Reisegenossen bedenkt oder wenn er jemandem die in seinem Bücherkatalog unter varia verzeichneten Bücher vermacht. Hier wird die Wirksamkeit der Verfügung selbstverständlich nicht daran scheitern können, daß das Vorwort, der Bücherkatalog nicht die Form von Testamentsurkunden haben.

Zweiter Titel.

1. Zu den Vorschriften dieses Titels sind außer dem § 1937 (§§ 1941, 2278, 2279) die allgemeinen Vorschriften des ersten Titels (§§ 2064ff.) zu vergleichen. Wegen der materiellen Erfordernisse der **Erbeinsetzung**, insbesondere hinsichtlich der Bestimmtheit und Selbständigkeit des letzten Willens s. die Erl. zu den §§ 2064, 2065. Wie in der Erl. 3a zu § 2065 ausgeführt worden, ist die Bestimmung des Erben durch einen Dritten, also auch die Auswahl unter mehreren vom Erblasser Benannten, schlechthin ausgeschlossen. Über die im gem. Rechte streitige Frage, wie eine letztwillige Verfügung zu behandeln ist, durch die der Erblasser ohne jede nähere Bestimmung von zwei Personen die eine oder die andere als Erben einsetzt (alternative Erbeinsetzung), enthält sich das BGB. nach dem Vorgang anderer neuerer Gesetzeswerke einer Entscheidung. Der E. I (§ 1769 Abs. 1, M. V S. 33) bestimmte im Anschluß an das röm. Recht (l. 4 Cod. 6. 38), daß die mehreren Personen als zu Miterben eingesetzt gelten sollen, weil nur eine geringe Umdeutung des Willens des Erblassers vorliege, wenn die disjunktive Erbeinsetzung als konjunktive ausgelegt werde. Diese Vorschrift ist von der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 24) gestrichen worden, weil der fragliche röm. Rechtssatz, dessen Verbindlichkeit selbst für das gem. Recht bestritten ist, der inneren Begründung entbehre. Die Behandlung der alternativen Erbeinsetzung, die übrigens praktisch wohl selten vorkommen wird, ist damit völlig freigegeben. Wie schon bisher angenommen wurde, wird in einer solchen Verfügung oft die Berufung eines Ersatzerben zu erblicken sein. Es kann aber auch die Auslegung zutreffen, daß die Benennung der zweiten Person eine Verbesserung bzw. Rückgängigmachung der zunächst ausgesprochenen Erbeinsetzung darstellt. Ja, es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die Auslegung unter Verwendung des im § 2073 sich ausprägenden Gedankens (vgl. Kipp bei W. III Zus. zu § 547 Ziff. 3) zu einer Entscheidung im Sinne der vorerwähnten Bestimmung des E. I, oder wohl auch zur Umdeutung in ein alternatives Vermächtnis und damit wieder zur Anwendung der auf Erbeinsetzungen nicht übertragbaren Vorschrift des § 2152 führt (vgl. Strohal I § 26 Anm. 37). Läßt sich durch die unter Berücksichtigung der Bestimmung des § 2084 vorzunehmende Auslegung nach keiner Richtung hin ein annehmbares Ergebnis gewinnen, so erweist

§. 2087. Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchtheil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist.

Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist.

---

sich die alternative Erbeinsetzung als unwirksam. Vgl. noch Meischeider S. 192 ff. Betreffs der alternativen Vermächtnisanordnung s. die §§ 2151, 2152.

2. Grundsätzliches. Das BGB. hat weder den Rechtssatz nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest noch den Satz semel heres semper heres aufgenommen. Die Erbeinsetzung kann sich auf einen Teil des Nachlasses beschränken und sie kann wirksam unter Beifügung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung erfolgen. Vgl. im übrigen bezüglich der bedingten und befristeten Erbeinsetzung die Erl. zu § 1922 Nr. 2b und zu §§ 2074—2076 Nr. 1.

3. Die Anordnung des Titels ist folgende: Nachdem im § 2087 Vorschriften darüber gegeben sind, wann in einer letztwilligen Verfügung eine Erbeinsetzung zu erblicken ist, wird in den §§ 2088—2095 die Berufung mehrerer Erben behandelt, und zwar betrifft § 2088 den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge neben der testamentarischen, die §§ 2089—2093 beziehen sich auf die Bruchteile mehrerer eingesetzter Erben, die §§ 2094, 2095 aber regeln das unter solchen Erben bestehende Anwachsungsrecht. Die §§ 2096—2099 enthalten Vorschriften über die Einsetzung eines Ersatzerben.

§ 2087.

E. I § 1788; II § 1960 rev. § 2064; III § 2061. M. I S. 3986 ff., 9072 ff., 12233; M. V S. 61. P. II Bd. 5 S. 72 f.; Bd. 6 S. 347 f.

Gerber, Erbeinsetzung oder Vermächtnis in BayerRpflZ. 1 S. 24.

1. Der Begriff des Erben als des Gesamtnachfolgers in das Vermögen eines Verstorbenen ist bereits im § 1922 klargestellt, ebenso ist die Zulässigkeit der Bestimmung des Erben durch letztwillige Verfügung des Erblassers schon im § 1937 ausgesprochen. Wenn nunmehr im § 2087 noch Vorschriften darüber gegeben werden, wann in einer letztwilligen Verfügung eine Erbeinsetzung zu erblicken ist, so liegt die wesentliche Bedeutung des Paragraphen in dem negativen Satze, daß es für die Beurteilung der Frage, ob eine Erbeinsetzung vorliegt, auf den Wortlaut der Verfügung, insbesondere auf den Gebrauch des Wortes „Erbe" nicht ankommt. Dieser Satz würde vielleicht schon aus der allgemeinen Vorschrift des § 133 zu entnehmen sein, es ist jedoch bei der praktischen Wichtigkeit der Frage für zweckmäßig erachtet worden, nach dem Vorgang anderer Gesetzeswerke (preuß. ALR. I 12 §§ 4, 256—258, cod. civ. art. 1002, sächs. GB. § 2166) ihn besonders auszusprechen. Daneben enthält aber der § 2087 über die Frage, wann nach dem sachlichen Inhalte der Verfügung eine Erbeinsetzung anzunehmen ist, auch positive Vorschriften, die neben der Begriffsbestimmung des § 1922 deswegen von Bedeutung sind, weil das dort in den Vordergrund gestellte abstrakte Moment der Gesamtnachfolge in letztwilligen Verfügungen nicht hervorzutreten pflegt. In dieser Beziehung ist im Abs. 1 der Dispositivsatz aufgestellt, daß als Erbeinsetzung, also als Anordnung einer Gesamtnachfolge, jede Verfügung anzusehen ist, durch die der Erblasser dem Bedachten sein Vermögen oder einen Bruchteil desselben zugewendet hat. Daran ist im Abs. 2 die Auslegungsregel geknüpft, daß eine Erbeinsetzung im Zweifel nicht anzunehmen ist, wenn dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet sind.

2. Erbeinsetzung oder Vermächtnis? Nach den dargelegten Grundsätzen ist jede letztwillige Verfügung daraufhin zu prüfen, ob in ihr eine Erbeinsetzung oder eine letztwillige Verfügung von anderer rechtlicher Beschaffenheit, insbesondere ein Vermächtnis, zu erblicken ist. Es ist nicht der Ausdruck oder der nächste Sinn der gebrauchten Worte, sondern der aus dem ganzen Testamente zu ermittelnde Wille des Erblassers und der danach zu bestimmende sachliche Inhalt der Verfügung entscheidend. So kann

a) eine Erbeinsetzung vorliegen, obwohl dem Bedachten scheinbar nur einzelne Gegenstände zugewendet sind. Dies ist einmal dann der Fall, wenn das Vermögen des Erblassers im wesentlichen aus einem einzigen größeren Gegenstande, z. B. einem Bauernhofe besteht und deshalb die Verfügung über diesen Gegenstand („Ich vermache meinen Hof dem X") im Sinne des Erblassers eine Verfügung über das ganze Vermögen bedeutet. Vgl. auch das Beispiel bei Boschan I S. 227 (ein Altsitzer, dessen Vermögen, abgesehen von einigen Kleidungsstücken von

§. 2088. Hat der Erblasser nur einen Erben eingesetzt und die Einsetzung auf einen Bruchtheil der Erbschaft beschränkt, so tritt in Ansehung des übrigen Theiles die gesetzliche Erbfolge ein.

---

geringem Werte, nur aus einer Hypothek besteht, wendet diese einem anderen letztwillig zu). Ähnlich verhält es sich, wenn der Erblasser seinen Nachlaß unter mehrere Bedachte nicht nach Bruchteilen, sondern in der Weise verteilt hat, daß etwa der eine das bewegliche, der andere das unbewegliche Vermögen erhalten soll oder so, daß jedem einzelnen Bedachten bestimmte Gegenstände oder eine bestimmte Summe von dem angeschlagenen Werte des gesamten Nachlasses zugewiesen werden. Da der Wille des Erblassers auch in diesen Fällen dahin gehen wird, daß die bedachten Personen alles erhalten sollen, worüber er nicht anderweitig besonders verfügt hat, so sind die Bedachten als Erben anzusehen. Im übrigen ist es Frage der Auslegung, ob sie zu gleichen Erbteilen berufen sein und das etwa Überschießende von den ihnen zugewiesenen Gegenständen als Vermächtnis zu Lasten ihrer Miterben erhalten sollen oder ob in der Zuweisung der einzelnen Gegenstände außer einer Teilungsanordnung (§ 2048) auch eine mittelbare Bestimmung der Erbteile zu erblicken ist. Vgl. aus der Praxis: Rspr. 2 S. 233; 3 S. 115, 380; 7 S. 367; 9 S. 398. Erbeinsetzung ist regelmäßig auch anzunehmen, wenn der Erblasser von der irrigen Voraussetzung ausging, daß die von ihm einzelnen Personen zugewiesenen Nachlaßgegenstände den Nachlaß erschöpfen (KG. in Rspr. 8 S. 290). In der Zuwendung einer bestimmten Summe ist im Zweifel keine Erbeinsetzung zu erblicken (KG. in Rspr. 9 S. 395). Liegen nur Vermächtnisanordnungen vor, so tritt gesetzliche Erbfolge ein (Rspr. 2 S. 468). Ist in einem Ehe- und Erbvertrag bestimmt, daß der überlebende Ehegatte das Gesamtvermögen erhalten und den Kindern aus dem Gesamtgute bestimmte Teile zu gewähren habe, so ist nur zugunsten des Ehegatten Erbeinsetzung anzunehmen und sind die Kinder somit nur als Vermächtnisnehmer zu behandeln (BayerObLG. im Recht 1904 S. 194).

b) Andererseits kann sich die letztwillige Verfügung rechtlich als Vermächtnis darstellen, obgleich der Erblasser dem Bedachten einen Bruchteil seines Vermögens zugewendet hat. Dies ist der Fall bei dem sog. Quotenvermächtnis (legatum partitionis), dessen Zulässigkeit auch nach dem BGB. nicht zu bezweifeln ist, da die weite Fassung des § 1939 es unbedenklich in sich begreift (wegen des gem. und preuß. Rechtes s. Dernburg III § 119 Anm. 6, preuß. PrivR. III § 128 Anm. 4, 7, vgl. auch M. V S. 84). Der Bedachte hat hier nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben auf Herausgabe einer Summe, die dem ihm zugewendeten Bruchteile des Reinbestandes des Nachlasses entspricht. Die ganze Erbschaft des Testators kann nach dem BGB. nicht Gegenstand eines Vermächtnisses sein, da das röm. Universalfideikommiß unter den Begriff der Erbeinsetzung (Einsetzung eines Nacherben, §§ 2100 ff.) gebracht ist. Dagegen kann die dem Erblasser angefallene Erbschaft eines Dritten von dem Erblasser im Wege des Vermächtnisses weitergegeben werden. Eine Verfügung dieses Inhalts begründet, wenngleich sie eine Rechtsgesamtheit zum Gegenstande hat, keine Gesamtnachfolge, vielmehr ist sie als ein Vermächtnis aller zu dieser Erbschaft gehörenden Nachlaßgegenstände mit der Auflage der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aufzufassen. Das Verhältnis zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer ist nach Analogie des Erbschaftskaufs zu behandeln (vgl. den gestrichenen § 1858 des E. I und dazu M. V S. 162, P. II Bd. 5 S. 178). Für die Zuwendung des Pflichtteils stellt § 2304 die Auslegungsregel auf, daß sie im Zweifel nicht als Erbeinsetzung auf die Pflichtteilsquote (sondern nur als besondere Zubilligung des Pflichtteilsanspruchs, § 2317) anzusehen ist.

3. Aus dem vorstehenden ergibt sich, daß nach dem BGB. wie nach anderen neueren Rechten die im röm. Rechte vielbestrittene Frage nach der Zulässigkeit und Wirkung der Erbeinsetzung auf Einzelobjekte (heredis institutio ex re certa) ohne Bedeutung ist. Je nach dem Inhalte der letztwilligen Verfügung ist der Bedachte als Vermächtnisnehmer anzusehen oder es ist von mehreren mit einzelnen Gegenständen Bedachten einer in Wahrheit Erbe, die übrigen aber sind Vermächtnisnehmer oder endlich es sind alle Bedachten Erben und die Zuwendung der einzelnen Gegenstände hat die eine oder die andere der oben (Erl. 2a) dargelegten Bedeutungen (vgl. Meischeider S. 188 ff.; Dernburg V § 47 a. E.).

§ 2088.

E. I § 1790; II § 1961 rev. § 2065; III § 2063. P. I S. 9061 ff.; M. V S. 63 f. P. II Bd. 5 S. 73 f.

Hörle im Recht 1904 S. 370.

Das Gleiche gilt, wenn der Erblasser mehrere Erben unter Beschränkung eines jeden auf einen Bruchtheil eingesetzt hat und die Bruchtheile das Ganze nicht erschöpfen.

---

1. **Möglichkeit der bruchteilsmäßigen Beschränkung der testamentarischen Erbfolge.** Das röm. Erbrecht war beherrscht von dem Grundsatze der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung. Der im Testament eingesetzte Erbe war notwendig auf die ganze Erbschaft berufen und deswegen waren die gesetzlichen Erben ausgeschlossen, wenn der Erblasser auch nur über einen Teil der Erbschaft letztwillig verfügt hatte (nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest). Daß dieser Satz auch nach der römischen Auffassung nicht auf logischer Notwendigkeit beruhte, zeigt sich darin, daß er infolge der Anfechtung des Testaments durchbrochen werden konnte und für das Soldatentestament überhaupt nicht galt. Der deutschen Rechtsanschauung war der Satz fremd, er wurde daher im gem. Rechte auf die Erbverträge nicht ausgedehnt und auch bezüglich der Testamente in seiner Wirkung dadurch abgeschwächt, daß man bei einer auf einen Teil des Nachlasses beschränkten Erbeinsetzung entweder ein Universalfideikommiß zugunsten der gesetzlichen Erben oder geradezu eine stillschweigende Erbeinsetzung derselben annahm (Windscheid III § 537, Dernburg III § 57). Die neuere Gesetzgebung (preuß. ALR. I 12 § 45, cod. civ. art. 895, 1011, 1013, sächs. GB. §§ 2011, 2014, 2174, 2176) hat den Satz aufgegeben und das BGB. ist ihr darin gefolgt.

2. Daß das BGB. ein **Nebeneinanderbestehen der gesetzlichen und der gewillkürten** (testamentarischen oder vertragsmäßigen) **Erbfolge** zuläßt, ergibt sich schon aus § 1951. Dieses Nebeneinanderbestehen kann auf ausdrücklicher Anordnung des Erblassers beruhen, wenn dieser über einen Teil der Erbschaft letztwillig verfügt und daneben besonders erklärt, daß es im übrigen bei der gesetzlichen Erbfolge verbleiben soll (worin unter Umständen freilich auch eine Einsetzung der gesetzlichen Erben erblickt werden kann, § 2066). Nach den Vorschriften des § 2088 tritt aber in gewissen Fällen die gesetzliche Erbfolge neben der testamentarischen auch ohne einen unmittelbar hierauf gerichteten Willen des Erblassers ein. Voraussetzung ist, daß der Erblasser durch die Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft verfügt und dabei den Willen zum Ausdrucke gebracht hat, daß die eingesetzten Erben als solche auf die ihnen zugewiesenen Bruchteile beschränkt sein sollen, so daß ihr Recht in dem Bruchteile seine Begrenzung und Erschöpfung findet. Der Gedanke ist im § 2088 für den Fall der Einsetzung nur eines Erben (Abs. 1) und für den Fall der Einsetzung mehrerer Erben (Abs. 2) getrennt ausgesprochen, dies beruht jedoch, wie die Motive zu der entsprechend gefaßten Vorschrift des E. I anerkennen, lediglich auf redaktionellen Erwägungen. Übrigens ist die Fassung des Abs. 2 zu eng, insofern sie die Voraussetzung aufstellt, daß der Erblasser einen jeden der mehreren Erben auf einen Bruchteil beschränkt haben müsse. Die gesetzliche Erbfolge tritt neben der testamentarischen auch dann ein, wenn der Erblasser die mehreren eingesetzten Erben zusammen auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt hat. Lautet z. B. die letztwillige Verfügung: „A, B und C sollen zusammen die eine Hälfte meines Nachlasses erhalten", so fällt die andere Hälfte sicherlich den gesetzlichen Erben an, obwohl jeder der drei Eingesetzten nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers nicht auf das ihm gemäß § 2091 zustehende Sechstel beschränkt sein, vielmehr bei dem Wegfall eines Miteingesetzten im Wege der Anwachsung eventuell auch mehr bis zur vollen Hälfte der Erbschaft erhalten soll (§ 2094 Abs. 2, vgl. dort Erl. 4 b). Fehlt es dagegen im Falle des Abs. 2 ganz an der Voraussetzung, daß die eingesetzten Erben auf ihre Bruchteile beschränkt sein sollen, so treten nicht die gesetzlichen Erben ein, vielmehr kommt § 2089 zur Anwendung.

3. Bei der nach § 2088 in Ansehung des vom Erblasser unvergeben gebliebenen Teiles des Nachlasses eintretenden gesetzlichen Erbfolge ergibt sich, wenn der auf einen Bruchteil eingesetzte Erbe zugleich auch zu den gesetzlichen Erben gehört, die Frage, ob dieser Erbe neben seinem testamentarischen Erbrecht auch sein gesetzliches Erbrecht geltend machen kann. Sie läßt eine absolute Beantwortung (die Hörle a. a. O. vergeblich versucht) nicht zu. Die Auslegung kann zu sehr verschiedenen Ergebnissen führen. Die Absicht des Erblassers kann dahin gehen, daß der von ihm auf einen Bruchteil der Erbschaft eingesetzte gesetzliche Erbe unter allen Umständen nicht mehr erhalten soll als den bezeichneten Bruchteil. Wird dies als der Wille des Erblassers ermittelt, so ist für den in solcher Weise Eingesetzten nicht nur die Geltendmachung des gesetzlichen Erbrechts neben dem testamentarischen ausgeschlossen, sondern würde er selbst im Falle der Ausschlagung des testamentarischen Erbteils zufolge der vom Erblasser bestimmten Beschränkung (vgl. § 1938) auch als gesetzlicher Erbe zu keinem höheren als dem

§. 2089. Sollen die eingesetzten Erben nach dem Willen des Erblassers die alleinigen Erben sein, so tritt, wenn jeder von ihnen auf einen Bruchtheil der Erbschaft eingesetzt ist und die Bruchtheile das Ganze nicht erschöpfen, eine verhältnißmäßige Erhöhung der Bruchtheile ein.

---

testamentarisch festgesetzten Bruchteile der Erbschaft berufen sein. Die Auslegung kann aber auch lediglich ergeben, daß der auf einen Bruchteil eingesetzte gesetzliche Erbe bei der konkreten Sachlage von der in Ansehung des unvergebenen Teiles der Erbschaft eintretenden gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein soll. Kommen z. B. nur zwei Brüder des Erblassers als nächste gesetzliche Erben in Betracht und liegt ein Testament vor, laut dessen der eine Bruder auf zwei Drittel des Nachlasses als Erbe eingesetzt, während über das dritte Drittel nicht verfügt ist, so wird allerdings anzunehmen sein, daß der seinen testamentarischen Erbteil annehmende Bruder nicht auch noch neben dem nicht eingesetzten Bruder an der hinsichtlich eines Drittels des Nachlasses stattfindenden gesetzlichen Erbfolge teilnimmt. Auf einen Fall solcher Art bezieht sich Rspr. 2 S. 114 und die bestätigende RGE. v. 20. Juni 1901 in JW. 30 S. 645. Vgl. auch KG. in Rspr. 11 S. 234, wo die Anordnung des Erblassers: er setze seine Ehefrau insoweit zur alleinigen Erbin ein, als das Gesetz dies erlaubt, dahin ausgelegt worden ist, daß er nur über diejenige Quote des Nachlasses hat verfügen wollen, welche er seiner Frau ohne Verletzung des Pflichtteils der Kinder zuwenden konnte, so daß es also in Ansehung der durch die Verfügung nicht berührten Quote nach § 2088 zur gesetzlichen Erbfolge kommt; zugleich ist klar, daß hierbei die Annahme eines der Ehefrau neben ihrem testamentarischen Erbrecht etwa noch zukommenden gesetzlichen Erbrechts völlig ausgeschlossen ist. Die Sachlage kann aber auch wesentlich anders geartet sein. Nimmt man in dem vorhin erwähnten Beispielsfalle, wo der Erblasser einen seiner zwei Brüder auf zwei Drittel des Nachlasses als Erben eingesetzt hat, an, daß der nicht eingesetzte Bruder ohne Hinterlassung von Abkömmlingen nachträglich weggefallen ist und daß somit als nächster gesetzlicher Erbe der zweiten Ordnung nur der eingesetzte Bruder des Erblassers in Frage kommt, so ist völlig unerfindlich, warum dieser nicht neben seinem testamentarischen Erbteil auch noch das weitere Drittel des Nachlasses als gesetzlicher Erbe erhalten soll. Im Falle der Ausschlagung des testamentarischen Erbteils würde dem Ausschlagenden bei der hier vorausgesetzten Sachlage zweifellos die ganze Erbschaft kraft Gesetzes anfallen. Welchen Sinn sollte es aber dann haben, dem in Ansehung eines Bruchteils Eingesetzten die gesetzliche Erbfolge in Ansehung des restlichen Bruchteils der Erbschaft zu versagen, wenn er den testamentarischen Erbteil annimmt, und ihn, der doch vom Erblasser im Verhältnis zu dem nichteingesetzten Bruder begünstigt werden wollte, im Verhältnis zu Verwandten entfernterer Ordnungen, ja selbst im Verhältnis zum Fiskus schlechter zu stellen, als er gestellt sein würde, wenn seine testamentarische Einsetzung ganz unterblieben wäre.

§ 2089.

E. I § 1794; II § 1964 verb. § 2066; III § 2064. P. I S. 9084 ff., 11421; M. V S. 65 f. P. II Bd. 5 S. 74.

1. Erhöhung der Bruchteile. Hat der Erblasser mehrere Erben eingesetzt und sollen diese nach seinem ersichtlichen Willen die alleinigen Erben sein, so ist die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen. Es muß deswegen, wenn der Erblasser jedem Erben einen Bruchteil zugewiesen hat, die Bruchteile aber das Ganze nicht erschöpfen, notwendig noch eine quotenmäßige Verteilung des Restes unter die Miterben stattfinden. Das BGB. bestimmt für diesen Fall entsprechend dem gem. und preuß. Rechte, daß nicht etwa Kopfteilung, sondern Teilung nach Maßgabe der vom Erblasser festgesetzten Bruchteile eintritt, so daß diese sich verhältnismäßig erhöhen. Es ist mithin rechnerisch so zu verfahren, daß die mehreren Bruchteile nötigenfalls zunächst auf einen einheitlichen Nenner gebracht und daß dann nach dem Verhältnisse der Zähler der so entstandenen Brüche die neuen Bruchteile bestimmt werden. Ist z. B. A auf $^1/_3$, B auf $^1/_5$ und C auf $^1/_6$ eingesetzt, so sind die Bruchteile $^{10}/_{30}$, $^6/_{30}$, $^5/_{30}$ in die größeren Bruchteile $^{10}/_{21}$, $^6/_{21}$, $^5/_{21}$ zu verwandeln. Diese Erhöhung der Bruchteile kann natürlich die in den §§ 1935, 2095 bestimmte Wirkung nicht haben, da diejenige Quote, um welche sich die einzelnen Bruchteile erhöhen, nicht die Bedeutung eines durch Wegfall eines Erben frei werdenden Erbteils hatte (vgl. aber doch Erl. 2 b a. E. zu § 2094).

2. Die in den §§ 2089—2093 aufgestellten Vorschriften über die im Falle der Einsetzung mehrerer Erben zu bildenden Erbschaftsbruchteile finden nach § 2157 bei einem Vermächtnisse, durch das mehreren derselbe Gegenstand zugewendet wird, entsprechende Anwendung.

§. 2090. Ist jeder der eingesetzten Erben auf einen Bruchtheil der Erbschaft eingesetzt und übersteigen die Bruchtheile das Ganze, so tritt eine verhältnißmäßige Minderung der Bruchtheile ein.

§. 2091. Sind mehrere Erben eingesetzt, ohne daß die Erbtheile bestimmt sind, so sind sie zu gleichen Theilen eingesetzt, soweit sich nicht aus den §§. 2066 bis 2069 ein Anderes ergiebt.

---

§ 2090.

E. I § 1793; II § 1963 rev. § 2067; III § 2065. P. I S. 9091 ff., 11421; M. V S. 65. P. II Bd. 5 S. 74.

Minderung der Bruchteile. Die Vorschrift des § 2090, die sich bereits im gem. und im sächs. Rechte findet, soll verhüten, daß eine letztwillige Verfügung der fraglichen Art als in sich widerspruchsvoll und daher nichtig behandelt wird. Sie ist nur eine Dispositivvorschrift. Ist ein anderer Wille des Erblassers zu ermitteln, so gilt dieser. Möglich ist insbesondere, daß die im Testament an späterer Stelle erfolgte Einsetzung von Erben zu bestimmten Bruchteilen als teilweise Rückgängigmachung der vorher ausgesprochenen Einsetzung eines Erben auf das Ganze oder auf einen gewissen Erbteil aufzufassen ist. Da indes das Testament sich als einheitlicher Rechtsakt darstellt, bedarf es zu einer solchen Annahme immerhin sicherer Anhaltspunkte (vgl. Dernburg, preuß. PrivR. III § 129 Nr. 2). Die Minderung ist rechnerisch in der Weise zu bewerkstelligen, daß die mehreren Bruchteile zunächst nötigenfalls auf einen einheitlichen Nenner gebracht werden, worauf durch Zusammenrechnung der Zähler der maßgebende neue Nenner gewonnen wird. Sind z. B. A, B und C auf $^1/_2$, $^1/_3$ und $^1/_4 = {}^6/_{12}$, $^4/_{12}$, $^3/_{12}$ eingesetzt, so erhalten sie $^6/_{13}$, $^4/_{13}$, $^3/_{13}$ der Erbschaft. — Wegen des Falles, daß außer den Erben, deren Bruchteile das Ganze bereits übersteigen, noch andere Erben ohne Bruchteile eingesetzt sind, s. Erl. 2 zu § 2092.

§ 2091.

E. I § 1792; II § 1962 rev. § 2068; III § 2066. P. I S. 9084 ff., 11348; M. V S. 64 f. P. II Bd. 5 S. 74.

Die gesetzliche **Vermutung für die Gleichheit der Erbteile** entspricht dem anzunehmenden Willen des Erblassers, ferner dem für die Gemeinschaft allgemein geltenden Grundsatze der Gleichteilung (§§ 742, 2032, vgl. §§ 420, 426, 430, 706, 722), endlich auch allen bisherigen Rechten. Die Vorschrift ist ein Dispositivsatz, nicht (wie Wilke annimmt) eine Auslegungsregel. Zu beachten ist jedoch, daß die Voraussetzung, der Erblasser dürfe keine Bestimmung über die Erbteile getroffen haben, nicht nur bei einer ausdrücklichen Anordnung über diesen Punkt, sondern auch dann entfällt, wenn sich aus der gesamten letztwilligen Verfügung ein bestimmter Wille des Erblassers hinsichtlich des Maßstabs der Erbeinsetzung entnehmen läßt (vgl. auch Rspr. 5 S. 343). Die Annahme eines solchen Willens aber kann sich auch auf eine gesetzliche Auslegungsregel stützen. In dieser Beziehung verweist der § 2091 selbst auf die Auslegungsregeln der §§ 2066 bis 2069, nach denen bei der Erbeinsetzung der „gesetzlichen Erben", der „Verwandten" oder „nächsten Verwandten", der „Kinder" oder eines einzelnen weggefallenen Abkömmlings des Erblassers hinsichtlich der berufenen Personen und des Verhältnisses ihrer Erbteile im Zweifel die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolgeordnung entscheiden. In Fällen dieser Art ist daher, soweit nicht im einzelnen Falle die betreffende Auslegungsregel für unzutreffend zu erachten ist, der § 2091 mangels seiner Voraussetzung nicht anwendbar. Ob in dem Anschluß an die gesetzliche Erbfolgeordnung noch weiter zu gehen ist, ob z. B. bei der Einsetzung der Enkel des Erblassers diese als nach Stämmen berufen anzusehen sind und demgemäß auch hier eine stillschweigende Bezugnahme auf die gesetzliche Erbfolge und damit eine den § 2091 ausschließende Bestimmung der Erbteile anzunehmen ist, läßt sich nur für den einzelnen Fall nach Lage der Umstände entscheiden (vgl. die Vorbm. zum Titel 1 Nr. 4 a. E., S. 338). Lautet die Anordnung etwa: „meine Frau und meine Kinder sollen meine Erben sein", so wird in Übereinstimmung mit der früheren preußischen Praxis und mit Dernburg V § 49 bei Anm. 7 auch auf Grund des BGB. anzunehmen sein, daß sich die Anteile der Erben nach den für die gesetzliche Erbfolge maßgebenden Grundsätzen bestimmen. Hat der Erblasser die gesetzlichen Erben dagegen im Testament einzeln unter ihrem Namen aufgeführt, ohne dabei eine der gesetzlichen Erbfolge entsprechende Gruppenbildung zum Ausdruck zu bringen, so spricht dies dafür, daß er von ihrer Eigenschaft als gesetzliche Erben hat absehen und Kopfteilung eintreten lassen wollen. Wegen des Einflusses der Verbindung von Erben bei der Erbeinsetzung s. Erl. 1 zu § 2093, wegen der

§. 2092. Sind von mehreren Erben die einen auf Bruchtheile, die anderen ohne Bruchtheile eingesetzt, so erhalten die letzteren den frei gebliebenen Theil der Erbschaft.

Erschöpfen die bestimmten Bruchtheile die Erbschaft, so tritt eine verhältnißmäßige Minderung der Bruchtheile in der Weise ein, daß jeder der ohne Bruchtheile eingesetzten Erben so viel erhält wie der mit dem geringsten Bruchtheile bedachte Erbe.

§. 2093. Sind einige von mehreren Erben auf einen und denselben Bruchtheil der Erbschaft eingesetzt (gemeinschaftlicher Erbtheil), so finden in Ansehung des gemeinschaftlichen Erbtheils die Vorschriften der §§. 2089 bis 2092 entsprechende Anwendung.

---

mittelbaren Bestimmung der Erbteile durch Zuweisung von Nachlaßgegenständen s. Erl. 2a zu § 2087. Hat der Erblasser sich die Bestimmung der Erbteile vorbehalten, so wird, wenn die Ausführung unterbleibt, gemäß § 2086 hierdurch die Wirksamkeit der Erbeinsetzung und die Geltung des § 2091 in der Regel nicht berührt.

§ 2092.

E. I § 1795; II § 1965 rev. § 2069; III § 2067. P. I S. 9084 ff., 9093 ff., 11348, 12233; M. V S. 66 ff. P. II Bd. 5 S. 74 f.

Zusammentreffen von **unbestimmt** (ohne Bruchteilsbestimmung) **mit bestimmt eingesetzten Erben.**

1. Hat der Erblasser einen oder mehrere Erben auf **bestimmte Bruchteile**, einen oder mehrere andere Erben, aber **ohne Bestimmung von Bruchteilen** eingesetzt, so erhalten die letzteren nach Abs. 1 den nach Abzug der bestimmten Bruchteile noch **verbleibenden Teil der Erbschaft**. Die Vorschrift entspricht der Natur der Sache und findet sich auch in den bisherigen Rechten. Sind mehrere Erben ohne Bruchteile eingesetzt, so teilen sie sich gemäß § 2091 in den Rest der Regel nach zu gleichen Teilen. Vgl. übrigens noch die Erl. zu § 2094 Nr. 4a a. E.

2. Wird in dem vorausgesetzten Falle die Erbschaft durch die vom Erblasser bestimmten Bruchteile **bereits erschöpft (oder gar überstiegen)**, so muß, um Anteile für die übrigen Erben zu gewinnen, eine **Minderung** jener Erbteile eintreten. Diese Minderung wird **nach** Abs. 2 in der Weise durchgeführt, daß für jeden ohne bestimmten Bruchteil eingesetzten Erben soviel ausgeworfen wird, wie für den mit dem geringsten Bruchteile bedachten Erben und daß demnächst sämtliche Bruchteile nach Maßgabe des § 2090 verhältnismäßig herabgesetzt werden. Sind die vom Erblasser bestimmten Erbteile alle gleich groß, so ist für jeden ohne Bruchteil eingesetzten Erben ein Kopfteil anzusetzen. Dieses Verfahren entspricht dem bisherigen preuß. und sächs. Rechte, während im gem. Rechte zufolge der im römischen Rechte üblich gewesenen Berechnungsweise die Behandlung eintrat, daß den auf bestimmte Bruchteile eingesetzten Erben die Hälfte oder unter Umständen noch mehr von ihren Erbteilen zugunsten der übrigen Erben entzogen wurde (ex asse fit dupondium, tripondium; Dernburg III § 86 Nr. 2o). Auch die Lösung des BGB. ist positiver Natur, sie führt aber doch zu angemesseneren Ergebnissen als die des gem. Rechtes. Die Vorschrift, die sich als Dispositivsatz darstellt, verhütet, daß eine Erbeinsetzung der fraglichen Art als widersinnig und daher nichtig behandelt wird. Für den Fall, daß die ohne Anteilbestimmung eingesetzten Erben ausdrücklich nur auf den Rest berufen sind, gilt der Abs. 2 nicht, vielmehr unterliegt es hier freier Beurteilung, ob die Einsetzung, wenn sie überhaupt ernst zu nehmen ist, als Ersatzberufung oder in sonstiger Weise aufrecht erhalten werden kann.

§ 2093.

E. I § 1796; II § 1966 rev. § 2070; III § 2068. P. I S. 9096 ff.; M. V S. 68 f. P. II Bd. 5 S. 75.

1. Ein **gemeinschaftlicher Erbteil** liegt vor, wenn der Erblasser mehrere Erben zu einer Gruppe zusammenfaßt und sie neben einem oder mehreren anderweit bedachten Erben auf einen und denselben Bruchteil der Erbschaft einsetzt. Natürlich können auch mehrere solche Gruppen nebeneinander und innerhalb einer Gruppe noch Untergruppen gebildet sein. Darüber, wann

§. 2094. Sind mehrere Erben in der Weise eingesetzt, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen, und fällt einer der Erben vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls weg, so wächst dessen Erbtheil den übrigen Erben nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile an. Sind einige der Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein.

Ist durch die Erbeinsetzung nur über einen Theil der Erbschaft verfügt und findet in Ansehung des übrigen Theiles die gesetzliche Erbfolge statt, so tritt die Anwachsung unter den eingesetzten Erben nur ein, soweit sie auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind.

Der Erblasser kann die Anwachsung ausschließen.

---

eine Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil anzunehmen ist, enthält sich das BGB. besonderer Vorschriften. Die römischen Sätze über die Verbindung mehrerer Erben (re, re et verbis, verbis tantum coniuncti, Dernburg III § 86 Nr. 1), die bei der deutschen Redeweise der inneren Begründung entbehren, haben, wie dies auch schon für das gem. Recht anerkannt wurde, nur noch insofern Bedeutung, als einer rein sprachlichen Verbindung keine Rechtswirkung zukommt. Der Umstand, daß zwei oder mehrere Erben neben anderen in gesonderten Sätzen Eingesetzten in einem und demselben Satze zu Erben ernannt sind (z. B. A und B sollen meine Erben sein, desgleichen der C) gestattet für sich allein noch nicht den Schluß, daß die solchergestalt Verbundenen auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sein sollen. Ebensowenig ist dies der Fall bei der Zusammenfassung mehrerer unter einer Gesamtbezeichnung, z. B. meine Brüder. Dagegen wird, wenn die Erben unter Ziffern aufgeführt sind, aus der Aufführung mehrerer unter derselben Ziffer in der Regel die Absicht des Erblassers, sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil zu berufen, zu folgern sein. Hat der Erblasser den A in Ansehung der Hälfte der Erbschaft, den B und C dagegen ohne weitere Anteilsbestimmung in Ansehung der anderen Hälfte als Erben eingesetzt, so werden B und C als auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt anzusehen sein (Strohal I § 26 Anm. 14; Dernburg V § 491 Nr. II 3). Wegen der Frage, ob bzw. wann in den Fällen des § 2092 Abs. 1 und des § 2088 Abs. 2, Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil anzunehmen ist, vgl. einerseits Erl. 4a zu § 2094, andererseits Erl. 2 zu § 2088, Erl. 4b zu § 2094.

2. Die **Wirkung** der Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil wird in § 2093 dahin bestimmt, daß die in den §§ 2089—2093 wegen des Teilungsverhältnisses gegebenen Vorschriften auf die zu der engeren Gruppe verbundenen Erben entsprechende Anwendung finden. Demgemäß tritt, wenn die den einzelnen Beteiligten zugewiesenen Unterbruchteile den gemeinschaftlichen Erbteil nicht erschöpfen, eine verhältnismäßige Erhöhung ein; wenn sie ihn übersteigen, eine verhältnismäßige Minderung. Die Vermutung spricht für Gleichheit der Unterbruchteile. Sind nur einigen Beteiligten bestimmte Unterbruchteile zugewiesen, so erhalten die übrigen den Rest des gemeinschaftlichen Erbteils; wenn aber die bestimmten Bruchteile letzteren bereits erschöpfen oder übersteigen, so tritt eine Minderung der Unterbruchteile in der Weise ein, daß jeder ohne festen Bruchteil Eingesetzte soviel erhält wie der mindestbedachte Beteiligte. Die Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil hat ferner nach § 2094 (Abs. 1 Satz 2, Abs. 2) Bedeutung für das Anwachsungsrecht und sie begründet nach § 2098 Abs. 2 ein Vorzugsrecht bei gegenseitiger Ersatzberufung der Miterben.

§ 2094.

E. I § 1797, § 1798 Satz 1; II § 1967 rev. § 2071; III § 2069. P. I E. 10460 ff., 10468 ff., 11348, 12233; M. V E. 69 ff. P. II Bd. 5 E. 75 f.

1. Im röm. Recht beruhte das **Anwachsungsrecht** (ius accrescendi), d. h. der Satz, daß der Erbteil eines Miterben sich bei dem Wegfall eines anderen Miterben infolge des Miterbenverhältnisses erhöht, auf Rechtsnotwendigkeit. Denn, da gewillkürte und gesetzliche Erbfolge nicht nebeneinander bestehen konnten, mußte der Anteil eines wegfallenden Testamentserben, wenn ihm kein Ersatzerbe bestellt war, notwendig den übrigen im Testament eingesetzten Erben anwachsen, von denen grundsätzlich jeder auf die ganze Erbschaft berufen war (Dernburg Pand. III § 91). Diese Auffassung ist den neueren Rechten, die den Grundsatz nemo pro parte etc. aufgegeben haben, und somit auch dem BGB. fremd. Es verwendet den technischen Begriff der „Anwachsung" nur bei der gewillkürten Erbfolge und bei dem hier

noch nicht zu erörternden Falle der Vermachung desselben Gegenstandes an mehrere Personen (vgl. §§ 2158, 2159). In dem entsprechenden Falle der gesetzlichen Erbfolge spricht das BGB. nicht von „Anwachsung", sondern von einer infolge des Wegfalls eines anderen Erben sich ergebenden „Erhöhung" des ursprünglichen gesetzlichen Erbteils (§ 1935). Doch gelten für diese Erhöhung teilweise dieselben Grundsätze wie für die Anwachsung (vgl. außer § 1935 auch § 2007 Satz 2). Bei der testamentarischen Erbfolge (bezüglich der erbvertragsmäßigen vgl. § 2279) tritt die Anwachsung nicht kraft zwingenden, sondern kraft dispositiven, den vermutlichen Willen des Erblassers zur Geltung bringenden (Strohal I § 26 bei Anm. 11; anders Dernburg V § 50 Nr. II) Rechtssatzes ein. Der Erblasser kann den Eintritt der Anwachsung daher ausschließen (vgl. Abs. 3 und dazu Erl. 5). Die Behauptung Dernburgs a. a. O., daß das Anwachsungsrecht unter den testamentarischen Erben auch nach BGB. dann „mit zwingender Gewalt", selbst gegen den Willen des Erblassers eintrete, wenn dieser einerseits für einen wegfallenden testamentarischen Erben keinen Ersatzerben ernannt und andererseits die gesetzlichen Erben schlechthin ausgeschlossen hat, ist nicht haltbar. Denn in dem von Dernburg vorausgesetzten Falle fällt der erledigte Erbteil nach § 2088 in Verbindung mit § 1936 dem Fiskus an, dessen gesetzliches Erbrecht der Erblasser nicht auszuschließen vermag (vgl. § 1938 und die dortige Erl. 1, sowie Erl. 2 zu § 1942).

2. Die (positiven) **Voraussetzungen** für den Eintritt der Anwachsung bestehen:

a) zunächst in der Einsetzung mehrerer Erben in der Weise, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen. Ob diese Voraussetzung (vgl. § 2089) zutrifft, ist durch freie Auslegung des Testaments festzustellen. Im übrigen ist es ohne Bedeutung, ob die Erben ohne Bruchteile eingesetzt sind (§ 2091) oder auf Bruchteile, die das Ganze nicht erschöpfen (§ 2089), es erschöpfen bzw. übersteigen (§ 2090), oder ob nur einigen Erben bestimmte Bruchteile zugewiesen sind, andern aber nicht (§ 2092). Wegen des letztgedachten Falles s. u. Nr. 4a a. E.

b) Weitere Voraussetzung ist der Wegfall eines der solcher Art eingesetzten Erben, sei es vor dem Erbfalle durch Tod (§ 1923) oder Erbverzicht (§ 2352), sei es nach dem Erbfalle durch Ausschlagung (§ 1953), Erbunwürdigkeit (§ 2344), Versterben vor dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung (§ 2074) oder durch Verweigerung der staatlichen Genehmigung zum Erwerbe von Todes wegen seitens einer juristischen Person oder eines Religiosen (EG. Art. 86, 87; vgl. KG. 31 S. A 59 = RJA. 7 S. 97). Ist im Falle der Einsetzung mehrerer Erben eine der Erbeinsetzungen nichtig oder anfechtbar und wirksam angefochten, und ist zugleich ersichtlich, daß der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge neben der testamentarischen ausgeschlossen sein soll, so kann man vielleicht darüber zweifelhaft sein, ob ein Fall der Anwachsung nach § 2094 überhaupt vorliegt und nicht vielmehr zu sagen ist, daß einfach dieselbe Beurteilung einzutreten hat, wie wenn die nichtige bzw. anfechtbare Erbeinsetzung niemals vorhanden gewesen wäre, so daß ev. § 2089 zur Anwendung kommt. Doch dürfte immerhin die Anwendung des § 2094 näher liegen als die des § 2089. Selbst wenn man aber mit Kipp bei Windscheid III Zus. 2b zu § 608 in letzterem Sinne entscheiden wollte, so würde man doch im Falle der Belastung des sich als nicht wirksam vergeben herausstellenden Erbteils mit wirksam bleibenden Vermächtnissen und Auflagen in entsprechender Anwendung des § 2095 dasjenige, was von diesem Erbteil den wirksam eingesetzten Erben zugewiesen wird, rücksichtlich der bezeichneten Beschwerungen als besonderen Erbteil behandeln müssen. Über den Fall, daß die der Einsetzung eines Miterben beigefügte auflösende Bedingung erst nach dem Erbfall eintritt, vgl. Erl. 4 zu § 2104.

3. Die **Anwachsung besteht darin,** daß sich infolge des Freiwerdens des einen Erbteils die Teile der übrigen Erben um jenen Erbteil vergrößern, und zwar nach dem Verhältnis ihrer bisherigen Größe gegen das Ganze. Diese Rechtsfolge tritt kraft Gesetzes ein und gilt in den Fällen, in welchen der Miterbe erst nach dem Erbfalle weggefallen ist, vermöge des nach den oben genannten Vorschriften der §§ 1953, 2344 (vgl. auch bezüglich des Falles, wo die Einsetzung des zunächst Berufenen anfechtbar ist und vom Anwachsungsberechtigten angefochten wird, § 142 Abs. 1) bestehenden Grundsatzes der Rückziehung als schon mit dem Erbfall eingetreten. Hieraus folgt, daß die Anwachsung durch den inzwischen eingetretenen Tod eines der übrigen Erben nicht vereitelt wird; sie tritt dann, in Übereinstimmung mit dem röm. Rechte (portio portioni adcrescit), zugunsten der Erbeserben ein (M. V S. 492). Der anwachsende Erbteil entbehrt, soweit nicht die Ausnahmevorschriften der §§ 2007, 2095 Besonderes bestimmen, der rechtlichen Selbständigkeit. Hat ein Miterbe somit seinen ursprünglichen Erbteil angenommen, so kann er den anwachsenden Erbteil nicht mehr ausschlagen und hat er den ursprünglichen Erbteil ausgeschlagen, so kann ihm die Anwachsung nicht mehr zustatten kommen

(vgl. Erl. 1 zu § 1951). Ist der anwachsende Erbteil mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so hat der Anwachsungsberechtigte nach Maßgabe der §§ 2161, 2192 in Verbindung mit § 2095 grundsätzlich auch diese Beschwerungen zu tragen (cum onere accrescit).

4. Der Umstand, daß einige der in dem Testament eingesetzten Erben auf einen **gemeinschaftlichen Erbteil** (§ 2093) berufen sind, ist für die Anwachsung in zweifacher Weise von Bedeutung:

a) Unter den auf den gemeinschaftlichen Erbteil Eingesetzten besteht ein engeres Anwachsungsrecht. Wird einer der Unterbruchteile, die von dem Erblasser bestimmt oder nach §§ 2091, 2093 zu bemessen sind, frei, so wächst er zunächst den übrigen an dem gemeinschaftlichen Erbteile Beteiligten an (Abs. 1 Satz 2). Erst wenn diese sämtlich wegfallen, tritt die Anwachsung zugunsten der anderen Erben ein. Natürlich nehmen die auf den gemeinschaftlichen Erbteil Berufenen an dem allgemeinen Anwachsungsrechte teil, sofern nicht etwa sämtliche Erben zu bestimmten Gruppen verbunden sind und daher ein Anwachsungsrecht zunächst überhaupt nur innerhalb jeder Gruppe besteht. Hat der Erblasser die Erben teils auf Bruchteile teils ohne Bruchteile eingesetzt, so wird bezüglich der letzteren, die nach § 2092 Abs. 1 den freigebliebenen Teil der Erbschaft erhalten, in der Regel anzunehmen sein, daß sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil berufen sind und somit nach dem Willen des Erblassers untereinander in einem engeren Anwachsungsverbande stehen (zurückhaltender Dernburg V § 49 bei Anm. 10). Bezüglich der auf bestimmte Erbteile Eingesetzten ist dagegen eine solche Verbindung nicht anzunehmen (vgl. M. V S. 72).

b) Hat der Erblasser nur in Ansehung eines Teiles des Nachlasses durch Erbeinsetzung verfügt, und kommt es somit in Ansehung des übrigen Teiles zur gesetzlichen Erbfolge (§ 2088 Abs. 2), so tritt unter den eingesetzten Erben Anwachsung nur ein, soweit sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind (**Abs. 2**). Hierbei ist zunächst an den Fall gedacht, daß außer den auf den gemeinschaftlichen Erbteil Eingesetzten noch andere testamentarisch berufene Erben vorhanden sind. Es entsteht jedoch die Frage, ob Berufung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil nicht auch dann angenommen werden kann, wenn unter den eingesetzten Erben kein besonderer engerer Kreis gebildet ist, sie vielmehr nur insgesamt den gesetzlichen Erben gegenübergestellt sind, oder wenn nur zwei Erben testamentarisch berufen sind, so daß von der Bildung eines engeren Verbandes unter den eingesetzten Erben überhaupt nicht die Rede sein kann. Die Möglichkeit einer derartigen Verbindung der eingesetzten Erben, aus der sich ein Anwachsungsrecht unter ihnen ergibt, ist anzuerkennen, doch muß der entsprechende Wille des Erblassers deutlich ausgedrückt sein (vgl. Erl. 2 zu § 2088, Künzel bei Gruch. 41 S. 587 f., Hellmann Krit. Viert. 39 S. 219, Endemann III § 35 Anm. 16, Strohal I S. 154). In dem von Strohal vorgelegten Beispielsfalle, wo der Erblasser es hinsichtlich der einen Hälfte der Erbschaft bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden läßt, hinsichtlich der anderen Hälfte dagegen verfügt, daß A $^1/_2$ davon, aber auch nicht mehr, und B das übrige erhalten soll, wird anzunehmen sein, daß die Hälfte, in Ansehung deren durch Erbeinsetzung verfügt ist, zugunsten des B als ein ihm mit dem A gemeinschaftlicher Erbteil zu gelten hat, während eine entsprechende Annahme zugunsten des A durch die unzweideutige Erklärung des Erblassers ausgeschlossen ist. Überhaupt nicht gegeben ist der Tatbestand des § 2094 Abs. 2, wenn in der im Testament enthaltenen Erwähnung der gesetzlichen Erben nach der Lage des Falles eine Erbeinsetzung derselben (§ 2066) zu erblicken ist.

5. **Ausschließbarkeit** der Anwachsung. Die Vorschrift des Abs. 3, daß der Erblasser die Anwachsung ausschließen kann, bestätigt den Charakter des Abs. 1 als eines bloßen Dispositivsatzes. Die Ausschließung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, es genügt, wenn sie sich aus dem Zusammenhange des Testaments mit gehöriger Deutlichkeit ergibt (Strohal I S. 153 f., vgl. für preuß. Recht Eccius IV § 272 Anm. 13; s. auch Rspr. 6 S. 72). In der Zuweisung von Bruchteilen an die eingesetzten Erben ist eine Ausschließung des Anwachsungsrechts noch nicht zu erblicken, da eine solche Anteilsbestimmung keineswegs notwendig die Bedeutung einer endgültigen Beschränkung der Erben auf jene Bruchteile, vielmehr in der Regel nur den Zweck hat, das Teilungsverhältnis festzusetzen. Für das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen ist im § 2158 Abs. 1 Satz 2 eine entsprechende Vorschrift ausdrücklich gegeben, bei der Erbeinsetzung ist der Satz mit Rücksicht auf die sonstigen Vorschriften des § 2094 für entbehrlich erachtet worden (M. V S. 72, P. II Bd. 5 S. 76). Dagegen wird eine mittelbare Ausschließung des Anwachsungsrechts für einen einzelnen Erben in der Regel anzunehmen sein, wenn dieser auf seinen Pflichtteil als Erbe eingesetzt ist (vgl. § 2304; dazu aber auch RG. v. 22. November 1906 in BayerRpflZ. 3 S. 64), da eine solche Erbeinsetzung meist eine Beschränkung auf den Pflicht-

§. 2095. Der durch Anwachsung einem Erben anfallende Erbtheil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbtheil.

---

teil bedeutet. Durch die Berufung eines Ersatzerben wird nach § 2099 die Anwachsung ausgeschlossen. Die gleiche Wirkung hat in der Regel die Einsetzung eines Nacherben, da sie nach § 2102 Abs. 1 im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält. Zu beachten ist ferner, daß nach § 2069 bei der Erbeinsetzung von Abkömmlingen des Erblassers eine gesetzliche Vermutung für die Ersatzberufung der Abkömmlinge eines wegfallenden Erben besteht. Die Ausschließung der Anwachsung kann auf einen einzelnen Miterben beschränkt werden, so daß dessen Erbteil bei dem Wegfall eines anderen Erben keinen Zuwachs erfährt, während, wenn er selbst wegfällt, sein Erbteil den anderen Erben anwächst. So in dem vorerwähnten Falle der Beschränkung auf den Pflichtteil oder wenn der Erblasser etwa bezüglich eines Miterben verfügt, daß dieser einen bestimmten Erbteil, aber auch nicht mehr, erhalten soll (Strohal I S. 154). Die Folge der Ausschließung ist, daß der frei werdende Erbteil den gesetzlichen Erben anfällt, bzw. wenn die Ausschließung nur zuungunsten eines einzelnen Miterben erfolgt ist und außer diesem und dem weggefallenen Erben noch andere Miterben vorhanden sind, nur den letzteren anwächst.

6. Der durch Anwachsung einem Erben anfallende Erbteil wird im Falle der Nacherbfolge von dem Rechte des Nacherben ergriffen (§ 2110 Abs. 1). Dagegen ist bei dem Erbschaftskauf ein nach dem Abschlusse des Vertrags dem Verkäufer durch Anwachsung anfallender Erbteil im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen (§ 2373). Wegen der Anwachsung bei vertragsmäßiger Erbfolge s. die Erl. zu § 2279 (M. V S. 320, 321), wegen der Anwachsung bei Vermächtnissen die §§ 2158, 2159.

7. Über einen der Anwachsung eines Erbteils im Sinne des § 2094 verwandten, aber von ihr doch zu unterscheidenden Fall vgl. Erl. 4 zu § 1952, ferner Strohal I § 26 Nr. V, II § 61d Nr. II und Dernburg V § 50 bei Anm. 6 (der, obschon mit Strohal sachlich übereinstimmend, doch auch diesen Fall, sowie den Fall des § 1935 unter den vom Gesetz enger begrenzten Begriff der „Anwachsung" bringen will).

§ 2095.

E. I § 1799; II § 1968 rev. § 2072; III § 2070. P. I S. 10460 f., 10465 f., 10468, 10476 f., 11423: M. V S. 73 f. P. II Bd. 5 S. 76; Bd. 6 S. 90.

Der anwachsende Erbteil als nur relativ besonderer Erbteil.

1. Wie schon in Erl. 3 zu § 2094 dargelegt ist, kann der Erbe, welcher seinen ursprünglichen Erbteil angenommen hat, einen ihm anwachsenden Erbteil nicht ausschlagen. Andererseits bleiben nach §§ 2161, 2192 die Vermächtnisse und Auflagen, mit denen der Erbteil des wegfallenden Erben beschwert ist, der Regel nach wirksam und müssen sie von dem Erben getragen werden, welchem der Erbteil anwächst. Hieraus würde sich wegen der grundsätzlichen Unselbständigkeit des anwachsenden Erbteils, wenn dieser mit solchen Lasten überschwert ist, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift die Möglichkeit ergeben, daß die Anwachsung dem Anwachsungsberechtigten nicht zum Vorteile, sondern zum Schaden gereicht. Aus dem bezeichneten Grunde könnte sich ferner nicht nur in dem eben hervorgehobenen Falle, sondern auch dann, wenn der ursprüngliche Erbteil mit Vermächtnissen und Auflagen überschwert ist, für die auf den nicht überschwerten Erbteil gewiesenen Vermächtnisnehmer und Auflagenempfänger, die Gefahr einer durch die Konkurrenz mit den gleichartigen Belastungen des überschwerten Erbteils eintretenden Beeinträchtigung ergeben. Diese Härten beseitigt der § 2095, der sich als ein auf Billigkeitsrücksichten beruhender Ausnahmesatz gegenüber der allgemeinen Gestaltung des Anwachsungsrechts (vgl. Erl. 3 zu § 2094) darstellt. Der ursprüngliche und der anwachsende Erbteil sollen trotz der grundsätzlich eingetretenen Vereinigung doch in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen der eine oder der andere beschwert ist, als besondere Erbteile gelten. Die praktische Bedeutung hiervon tritt besonders bei beschränkter Haftung des Erben hervor, wenn damit noch zusammentrifft, daß der ursprüngliche und der anwachsende Erbteil verschieden beschwert sind. Sie kann aber, soweit die Befriedigung aus dem abgesonderten Nachlaß in Frage steht, auch bei unbeschränkter Haftung des Erben zur Geltung kommen, so z. B. im Falle des Nachlaßkonkurses, wenn der eine der beiden Erbteile in höherem Maße über-

schwert ist als der andere. Die Anwendung der Vorschrift des § 2095 kann ferner unter Umständen selbst dann praktisch werden, wenn der ursprüngliche und der anwachsende Erbteil nicht verschieden, sondern lediglich mit denselben Vermächtnissen oder Auflagen beschwert sind. Den Beweis hierfür liefert nachstehender Beispielsfall: Eine dem A und dem B zu gleichen Anteilen angefallene Erbschaft ist nach Befriedigung der infolge erlassenen Privataufgebots angemeldeten (§ 2061) und sonst bekannt gewordenen Nachlaßgläubiger auf Grund des zwischen dem A und dem für den B aufgestellten Nachlaßpfleger rechtsgültig geschlossenen Auseinandersetzungsvertrags geteilt worden. Hinterher schlägt B aus und fällt auch dessen Erbteil kraft Anwachsungsrechtes dem A an. Erst jetzt meldet sich ein auf ein nachträglich aufgefundenes Testament sich stützender Vermächtnisbedachter mit einem verhältnismäßig erheblichen Vermächtnisanspruch. Die, wie vorausgesetzt werden soll, beschränkte Haftung (§ 1992) des A für diesen Vermächtnisanspruch gestaltet sich hier nach den §§ 2061, 2095 als eine anteilige in der Art, daß A hinsichtlich der einen Hälfte des Anspruchs nur mit denjenigen Gegenständen haftet, welche ihm auf seinen ursprünglichen Erbteil zugewiesen worden sind, hinsichtlich der anderen Hälfte dagegen wieder nur mit den vom bestellt gewesenen Nachlaßpfleger übernommenen Gegenständen. Hat nun der eine oder der andere Komplex von Gegenständen eine wesentliche Wertminderung erfahren und erleidet dadurch der Vermächtnisnehmer rücksichtlich der einen Hälfte seines Anspruchs einen Ausfall, so braucht der A ihn nicht aus dem Überschuß zu decken, welcher sich für ihn von dem durch die Wertverminderung nicht betroffenen Komplex von Gegenständen nach Abzug des entsprechenden Anteils der Vermächtnisschuld noch ergibt.

Über die im Zusammenhang mit § 2095 stehende Vorschrift des § 2007 Satz 2 vgl. Erl. 3 zu § 2007. Offen bleibt jedoch noch die Frage, ob einem Erben, der das Recht zur Beschränkung der Haftung hinsichtlich seines ursprünglichen Erbteils bereits eingebüßt hat und dieses Rechtes deshalb grundsätzlich auch in Ansehung des ihm später anwachsenden Erbteils nicht mehr teilhaftig ist, die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung bis auf weiteres, d. h. bis zum Eintritt eines besonderen sie ausschließenden Umstandes nicht wenigstens *gegenüber denjenigen Vermächtnis- und Auflagenansprüchen* zuzugestehen ist, welche *lediglich den anwachsenden Erbteil* belasten. Dies dürfte auf Grund des § 2095 in Verbindung mit § 2007 zu bejahen und wird entsprechend auch auf die verwandten Fälle des § 1935 zu übertragen sein. Vgl. zu § 2007 jetzt noch die bei Schluß der Korrektur erschienene Abhandlung von Niese im Arch. f. BR. 30 S. 197.

2. Soweit bei der gewillkürten Erbfolge unter den eingesetzten Abkömmlingen des Erblassers eine Verpflichtung zur **Ausgleichung wegen des Vorempfangenen** besteht (§ 2052), geht diese bei dem Wegfall eines Abkömmlings nach § 2051 Abs. 1, § 2052 auf den Abkömmling über, der durch Anwachsung an seine Stelle tritt. Auch hier würde bei vollständiger Vereinigung der beiden Erbteile die Möglichkeit bestehen, daß der Erbe durch die Anwachsung einen Schaden erlitte (§§ 2055, 2056). Aus diesem Grunde wird auch in Ansehung der Ausgleichungspflicht jeder der beiden Erbteile als besonderer Erbteil behandelt (M. V S. 378, 705, P. II Bd. 6 S. 90, vgl. im übrigen Erl. 1, 2 zu § 2051, Erl. 3 zu § 2052, Erl. 4 zu § 2056.

3. Der § 2095 bestimmt für die gewillkürte Erbfolge dasselbe, was nach § 1935 für die gesetzliche Erbfolge gilt. Nach dem Grunde und Zwecke der Vorschrift könnte man geneigt sein, ihr einen schlechthin zwingenden Charakter zuzuschreiben. Sie ist jedoch grundsätzlich nur eine *Dispositivnorm*. Es muß dem Erblasser unbenommen sein, einem bestimmten Vermächtnisse auch gegenüber den anderen als dem zunächst belasteten Erben und gegenüber den übrigen Vermächtnissen eine begünstigte Stellung einzuräumen. Ebenso kann ihm nicht die Befugnis abgesprochen werden, die Ausgleichung über das gesetzliche Maß hinaus in der Weise vorzuschreiben, daß sie von dem Erben, der die ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten hat, auch mit dem ihm anwachsenden Erbteil, und so, daß sie eventuell auch von einem anderen als dem durch den Vorempfang begünstigten Erben zu tragen ist. Denn der Erblasser bestimmt damit im Grunde nur, was die einzelnen Erben von dem Nachlaß erhalten sollen (vgl. Erl. 4f zu § 2050). Die Verfügungsmacht des Erblassers findet jedoch ihre Schranke durch die zwingenden Vorschriften, betreffend die Beschränkung der Haftung des Erben und, wenn der Anwachsungsberechtigte pflichtteilsberechtigt ist, auch durch die zu dessen Gunsten eingreifenden pflichtteilsrechtlichen Vorschriften (vgl. § 2306 Abs. 1, § 2318 Abs. 3).

4. Wegen der entsprechenden Anwendung des § 2095 im Falle der Ausübung des *gesetzlichen Vorkaufsrechts* der Miterben s. Erl. 2d zu § 2034; vgl. auch die entsprechende Vorschrift für die *Anwachsung bei Vermächtnissen* (§ 2159).

§. 2096. Der Erblasser kann für den Fall, daß ein Erbe vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls wegfällt, einen Anderen als Erben einsetzen (Ersatzerbe).

---

§ 2096.

E. I § 1800 Abs. 1; II § 1969 rev. § 2073; III § 2071. P. I S. 9100 ff.; M. V S. 74 f., 77 ff. P. II Bd. 5 S. 76.

1. Im § 2096 wird die Zulässigkeit und die Bedeutung der **Einsetzung eines Ersatzerben** festgestellt. Das BGB. versteht hierunter das Institut, das im bisherigen Rechte meist als gemeine oder Vulgarsubstitution (im Gegensatze zu der fideikommissarischen Substitution, der Einsetzung eines Nacherben im Sinne des BGB.), im sächs. GB. aber als Nacherbeinsetzung bezeichnet wurde. Der Ersatzerbe ist für den Fall als Erbe eingesetzt, daß ein anderer, zunächst berufener Erbe nicht Erbe wird. Die Ersatzberufung soll den Eintritt der testamentarischen Erbfolge und damit die Ausschließung der gesetzlichen Erben, insbesondere des Fiskus, sichern.

Die Fälle, für welche die Ersatzberufung gilt, faßte der E. I in der Formel zusammen, „daß die Einsetzung des zunächst eingesetzten Erben unwirksam ist oder unwirksam wird". Der § 2096 stellt entsprechend dem sonstigen Sprachgebrauch, insbesondere auch der Vorschrift des § 2094 über den Eintritt der Anwachsung, die Voraussetzung dahin auf, daß ein Erbe *vor oder nach dem Eintritte des Erbfalls wegfällt*. Eine sachliche Änderung liegt darin nicht. Hiernach sind die in Betracht kommenden Fälle zunächst dieselben, die in der Erl. 2 b zu § 2094 als Fälle der Anwachsung aufgeführt sind. Insbesondere gilt, was wegen der Abweichung vom bisherigen Rechte hervorzuheben ist, die Ersatzberufung auch für den Fall, daß die Einsetzung des Erben nichtig oder anfechtbar ist. Natürlich kann der Erblasser die Geltung der Ersatzberufung auf einzelne Fälle beschränken. Die *Einsetzung eines Ersatzerben* hat aber nicht (wie die Anwachsung) nur für die testamentarische Erbfolge Bedeutung, vielmehr kann ein Ersatzerbe auch *für einen wegfallenden gesetzlichen Erben* eingesetzt werden. Die Motive (V S. 74) verneinen dies zwar mit der Bemerkung, daß in den fraglichen Fällen stets eine gewöhnliche bedingte Erbeinsetzung vorliege, ausgenommen wenn die letztwillige Verfügung dahin auszulegen sei, daß der gesetzliche Erbe eingesetzt sein solle. Für das BGB. ist diese Annahme jedoch unzutreffend, da im § 2051 Abs. 2 die Möglichkeit der Einsetzung eines Ersatzerben für einen gesetzlichen Erben ausdrücklich anerkannt wird.

Die gesetzliche Annahme einer *stillschweigenden* Ersatzberufung liegt der Vorschrift des § 2069 zugrunde, welche zur Folge hat, daß die Abkömmlinge des weggefallenen bedachten Abkömmlinges im Zweifel auch einem ausdrücklich berufenen Ersatzerben vorgehen. Ferner ist nach der Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 in der Einsetzung als Nacherbe im Zweifel zugleich die Einsetzung als Ersatzerbe zu erblicken.

2. **Eigenart der in der Einsetzung eines Ersatzerben enthaltenen Bedingung.** Im bisherigen, insbesondere im gem. Rechte, wurde die Vulgarsubstitution als Erbeinsetzung unter einer gewillkürten aufschiebenden Bedingung behandelt und daraus die Folgerung gezogen, daß der Substitut den (erst nach dem Erbfall eintretenden) Wegfall des Erstberufenen erleben müsse, wenn die Ersatzberufung Wirksamkeit erlangen solle (Windscheid III § 557 Anm. 1, 2, Dernburg Pand. III § 88 Anm. 10; anders das preuß. ALR. I 12 § 462). Auch nach dem BGB. erscheint der Ersatzerbe als ein unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzter Erbe; aber diese *Bedingung hat das Eigentümliche*, daß sie zur Zeit des Erbfalls, also zu derjenigen Zeit, in welcher die letztwillige Verfügung wirksam wird, immer entweder bereits eingetreten ist oder, falls sie erst später eintritt, als in jenem Zeitpunkte bereits eingetreten fingiert wird. Das erstere trifft zu, wenn der zunächst berufene Erbe vor dem Erbfalle wegfällt, das letztere, wenn er nachher wegfällt. Denn nach den in allen Fällen, wo das Wirksamwerden einer Berufung zur Erbfolge zur Zeit des Erbfalls noch davon abhängig ist, daß ein zunächst Berufener nicht zum endgültigen Erwerbe gelangt — und zu ihnen gehört auch der bezeichnete Fall der Berufung eines Ersatzerben —, durchgreifenden Vorschriften der §§ 1953, 2344 ist das durch den nachträglichen Wegfall des zunächst Berufenen erledigte Schwebeverhältnis *nach rückwärts hin* so zu beurteilen, wie wenn dieser den *Erbfall nicht erlebt hätte*. Die für normale aufschiebende Bedingungen maßgebenden Rechtssätze finden somit auf die Einsetzung eines Ersatzerben keine Anwendung. Während § 158 den Gedanken der rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung ablehnt, tritt in dem hier in Frage kommenden Falle der Berufung eines Ersatzerben die vorerwähnte *Rückziehung* ein, während der unter einer regelmäßigen aufschiebenden und zur Zeit des Erbfalls noch unentschiedenen Bedingung Eingesetzte bei deren nachträglichem Ein-

tritte nur als Nacherbe in Betracht kommen kann (§ 2105), gilt der als Ersatzerbe Eingesetzte selbst dann als unmittelbarer Erbe, wenn der Wegfall des zunächst Berufenen erst nach dem Erbfall erfolgt ist, und während für den Fall einer unter einer regelmäßigen aufschiebenden Bedingung gemachten Zuwendung die Auslegungsregel des § 2074 maßgebend ist, braucht der als Ersatzerbe Eingesetzte grundsätzlich nur den Erbfall nicht auch den Wegfall des zunächst Berufenen zu erleben. Was insbesondere die zuletzt hervorgehobene Entscheidung betrifft, so ergibt sie sich als eine notwendige Folgerung daraus, daß der infolge des nachträglichen Wegfalls des zunächst Berufenen eintretende Anfall der Erbschaft an den Ersatzerben nach den §§ 1953, 2344 so, wie wenn jener Wegfall schon vor dem Erbfall erfolgt wäre und demnach als ein bereits mit dem Erbfall eingetretener zu behandeln ist. Hat der Ersatzerbe also den Erbfall erlebt, so geht, wenn er in der zwischen dem Erbfall und dem Wegfall des zunächst eingesetzten Erben liegenden Zeit stirbt, sein Recht nach dem BGB. grundsätzlich auf seine Erben über (vgl. auch Erl. 2 zu § 1953 und Erl. zu § 2074). Hinsichtlich dieses Ergebnisses besteht jetzt in allem wesentlichen Übereinstimmung; über die Konstruktionsfrage vgl. noch Strohal I § 25 bei Anm. 15, § 26 Nr. VI besonders Anm. 33; Dernburg V § 51 Nr. IV; sachlich anders Meischeider S. 215f. Ist die Einsetzung eines Ersatzerben nicht nur unter der schon in ihrem Wesen liegenden Bedingung (quae extrinsecus venit), sondern außerdem auch unter einer anderweiten regelmäßigen Bedingung getroffen, so ist insoweit § 2074 allerdings zur Anwendung zu bringen. Es ist sodann selbstverständlich als möglich zu erachten, daß der Erblasser geradezu das Erleben des Wegfalls des zunächst Berufenen durch den Ersatzerben zur Bedingung des Wirksamwerdens der Berufung des letzteren macht. Eine derartige Bestimmung braucht nicht ausdrücklich getroffen zu sein, sie kann auch aus dem Zusammenhang der letztwilligen Verfügung zu erschließen sein. Im Zweifel ist jedoch ein darauf gerichteter Wille des Erblassers nicht als vorhanden anzusehen.

3. Anwendung der **allgemeinen Grundsätze über die Erbeinsetzung.** Aus der Stellung der Vorschriften über den Ersatzerben im Titel „Erbeinsetzung" geht hervor, daß auf die Berufung eines Ersatzerben die bezeichneten Grundsätze Anwendung finden (M. V S. 74, 78). Insbesondere kann auch im Wege der Ersatzberufung nur Erbe werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt oder doch bereits erzeugt ist (§ 1923). Durch Auslegung des Testaments ist zu ermitteln, inwieweit die näheren Bestimmungen, unter denen der Erbe eingesetzt ist, auch für die Ersatzberufung gelten sollen. Die Beschwerung mit Vermächtnissen und Auflagen trifft nach §§ 2161, 2192 im Zweifel auch den Ersatzerben. Das gleiche ist für Teilungsanordnungen (§ 2048) anzunehmen. Dagegen ist eine Bedingung, unter der die Einsetzung des zunächst berufenen Erben erfolgt ist, in der Regel nicht auf die Berufung des Ersatzerben zu übertragen. Denn die Bedingung ist keine besondere Nebenbestimmung, auf die der Grundsatz des § 2085 angewendet werden könnte, sondern eine Modalität der Erbeinsetzung selbst. Der letzteren gegenüber aber stellt sich die Berufung des Ersatzerben als eine selbständige letztwillige Verfügung dar. Die Bedingung gilt daher für den Ersatzerben nur dann, wenn nach ihrem Inhalt anzunehmen ist, daß der Erblasser sie bei der Berufung des Ersatzerben stillschweigend wiederholt hat, insbesondere wenn dem zunächst berufenen Erben eine Handlung zugunsten eines Dritten auferlegt war, die mit gleicher Wirkung auch vom Ersatzerben vorgenommen werden kann (vgl. M. V S. 78, Dernburg, preuß. Priv.R. III § 155 a. E.). Ein dem erstberufenen Erben ausgesetztes Vorausvermächtnis (§ 2150) fällt dem Ersatzerben nur dann an, wenn einmal der Wegfall des Erstberufenen auch in Ansehung des Vermächtnisses eintritt und außerdem in der Einsetzung des Ersatzerben zugleich eine Zuwendung des Vermächtnisses nach § 2190 zu erblicken ist. Wegen der Stellung des Ersatzerben zu der unter den Miterben eintretenden Ausgleichung s. einerseits § 2051 Abs. 2 (Belastung des an die Stelle eines ausgleichungspflichtigen Abkömmlings tretenden Ersatzerben mit der Ausgleichungspflicht) andererseits die Erl. 2 zu § 2051, §§ 2052, 2053 (Teilnahme eines Ersatzerben, der selbst zu den nach §§ 2050, 2052 an der Ausgleichung beteiligten Abkömmlingen gehört).

4. Eine Ersatzberufung **mehrerer** ist in der Weise möglich, daß diese durch einheitliche Berufung nebeneinander an Stelle eines und desselben zunächst berufenen Erben eingesetzt werden (s. insbesondere den Fall des § 2098 Abs. 1). Die mehreren Ersatzerben können aber auch hintereinander eingesetzt sein, so daß jeder spätere erst nach dem Wegfalle seiner Vordermänner berufen ist. Daß hier der weitere Ersatzerbe auch dem zunächst berufenen Erben gegenüber die Stellung eines Ersatzerben hat, wenn der erste Ersatzerbe vor dem Erben wegfällt (substitutus substituto est substitutus instituto) oder mit anderen Worten, daß

§. 2097. Ist Jemand für den Fall, daß der zunächst berufene Erbe nicht Erbe sein kann, oder für den Fall, daß er nicht Erbe sein will, als Ersatzerbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er für beide Fälle eingesetzt ist.

§. 2098. Sind die Erben gegenseitig oder sind für einen von ihnen die übrigen als Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile als Ersatzerben eingesetzt sind.

Sind die Erben gegenseitig als Ersatzerben eingesetzt, so gehen Erben, die auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind, im Zweifel als Ersatzerben für diesen Erbtheil den anderen vor.

---

die Reihenfolge, in der die Vordermänner wegfallen, bedeutungslos ist, versteht sich von selbst und ist deswegen wie die Möglichkeit einer weiteren Ersatzberufung überhaupt (s. E. I § 1800 Abs. 2, P. II Bd. 5 S. 76, Bd. 6 S. 91) im BGB. nicht besonders ausgesprochen. Im bisherigen Rechte ist hieran meist der weitere Satz angeschlossen, daß wenn der erste Ersatzerbe zugleich zu einem anderen Erbteil unmittelbar berufener Erbe ist, die Berufung des zweiten Ersatzerben sich auch auf diesen Erbteil erstreckt, so daß ihm bei dem Wegfalle des ersten Ersatzerben beide Teile zufallen (substitutus substituto huic quoque censetur substitutus esse qua instituto). Dieser Satz, dem teilweise auch die Wendung gegeben wird, daß aus der feststehenden Ersatzberufung auf die Institutionsportion des anderen der Schluß auf eine Ersatzberufung zweiten Grades bezüglich der Substitutionsportion desselben Erben zu ziehen sei (Dernburg, preuß. PrivR. III § 155 Anm. 13), ist vom BGB. als innerlich unbegründet durch stillschweigende Übergehung abgelehnt worden. Die Motive (V S. 79) führen zutreffend aus, daß jene Entscheidung nicht einmal als Auslegungsregel richtig sein würde, daß vielmehr der Wille des Erblassers nach den Umständen des einzelnen Falles zu erforschen und, wenn dies einmal nicht zum Ziele führe, die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen, d. h. zuungunsten der beweisfälligen Partei zu treffen sei.

5. Wegen der Ersatzberufung bei Vermächtnissen s. § 2190, wegen der Beseitigung der Pupillarsubstitution die Erl. 2 zu § 2064.

§ 2097.

E. I § 1801; II § 1970 rev. § 2074; III § 2072. P. I S. 9109 f., 9108 f., 10444, 12234; M. V S. 75. P. II Bd. 5 S. 76.

1. Die Vorschrift enthält eine überwiegend schon im bisherigen Rechte anerkannte Auslegungsregel, die auf der für die Mehrzahl der Fälle zutreffenden Annahme beruht, daß der Erblasser sich nur im Ausdrucke vergriffen hat, wenn er nur das Nichtkönnen oder nur das Nichtwollen hervorhob.

2. Die §§ 2097—2099 finden nach § 2190 entsprechende Anwendung bei Vermächtnissen.

§ 2098.

E. I § 1803; II § 1971 rev. § 2075; III § 2073. P. I S. 9121 ff., 11349; M. V S. 76 f. P. II Bd. 5 S. 77.

1. Sind für einen Erben mehrere Ersatzerben nebeneinander berufen, so erhalten sie nach der Regel des § 2091 im Zweifel gleiche Unterteile des frei werdenden Erbteils. Im § 2098 Abs. 1 wird für zwei besondere Fälle eine Auslegungsregel abweichenden Inhalts aufgestellt. Wenn nämlich mehrere Erben eingesetzt und entweder

a) gegenseitig zu Ersatzerben bestellt sind (substitutio reciproca) oder

b) für einen bestimmten von ihnen alle übrigen zu Ersatzerben ernannt sind, so soll im Zweifel angenommen werden, daß die mehreren Ersatzerben als solche in demselben Verhältnisse berufen sind, in welchem ihre ursprünglichen Erbteile zueinander stehen. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Rechte und dem mutmaßlichen Willen des Erblassers. Sie findet keine Anwendung, wenn von den mehreren Erben nur einige für einen oder mehrere Miterben als Ersatzerben eingesetzt sind, und ebensowenig, wenn (in dem Falle zu a oder zu b) neben den Miterben noch ein Fremder als Ersatzerbe berufen ist. In dem letztgedachten Falle wird in der Regel die Kopfteilung der Absicht des Erblassers entsprechen, es kann jedoch auch die Auslegung berechtigt sein, daß für den Fremden ein Kopfteil auszuscheiden und der Rest unter die Miterben

§. 2099. Das Recht des Ersatzerben geht dem Anwachsungsrechte vor.

Dritter Titel.

Einsetzung eines Nacherben.

---

nach dem Verhältnis ihrer Erbteile zu verteilen ist, oder auch daß der frei gewordene Erbteil unter den Fremden und die Miterben nach dem gleichen Verhältnisse zu verteilen ist, wie die ganze Erbschaft unter den weggefallenen Erben und die Miterben verteilt war. Eine gesetzliche Auslegungsregel ist absichtlich nicht gegeben (M. V S. 77).

2. Sind unter den mehreren Erben einige auf einen gemeinschaftlichen Erbteil (§ 2093) eingesetzt, so gehen diese nach der im Abs. 2 aufgestellten weiteren Auslegungsregel bei gegenseitiger Ersatzberufung der Erben als Ersatzerben für diesen Erbteil im Zweifel den übrigen Erben vor. Es entspricht dies der Zusammenfassung der betreffenden Erben zu einem engeren Verbande.

3. **Einschränkung des Ausschlagungsrechtes.** In allen Fällen, in denen einer von mehreren Erben zu einem Erbteil unmittelbar, zu einem anderen aber als Ersatzerbe berufen ist, entsteht die Frage, ob er den einen Erbteil annehmen und den andern ausschlagen kann. Die Frage ist, ohne Unterschied, ob die beiden Erbteile gleichzeitig oder nacheinander anfallen, nach § 1951 Abs. 2 für die Regel zu verneinen, da die Berufung zu den beiden Erbteilen nach den dortigen Vorschriften meist auf demselben Grunde beruhen wird. Das Gegenteil gilt nur, wenn eine Verschiedenheit der Berufungsgründe vorliegt (Gesetz und Testament, Gesetz und Erbvertrag, Testament und Erbvertrag, mehrere vom Erblasser mit verschiedenen Personen geschlossene Erbverträge) oder wenn der Erblasser die Annahme des einen Erbteils bei Ausschlagung des anderen besonders gestattet hat (§ 1951 Abs. 3).

4. Die im Abs. 1 und Abs. 2 behandelte **gegenseitige Ersatzberufung** der Miterben führt im wesentlichen zu denselben Ergebnissen wie die Anwachsung, die nach der gesetzlichen Regel ohne die Ersatzberufung eintreten würde. Insbesondere gilt für beide Fälle, daß wenn ein Erbe vor dem Wegfalle des Miterben stirbt, der Vorteil aus diesem Wegfalle doch zugunsten seiner Erben eintritt (Erl. 3 zu § 2094, Erl. 2 zu § 2096). Die Verschiedenheit, die nach gem. Rechte in diesem Punkte zwischen der Anwachsung und der substitutio reciproca bestand, ist im BGB. wie schon im preuß. ALR. weggefallen (Dernburg III § 88 Anm. 10, § 91 Anm. 6, Strohal I § 26 bei Anm. 35). Ein Unterschied besteht jedoch einmal insofern, als der anwachsende Erbteil nach § 2095 nur in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen sowie der Ausgleichungspflicht, der durch die Ersatzberufung anfallende Erbteil dagegen auch rücksichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (vgl. Erl. 2 zu § 2007 und Erl. 6 zu § 2060) als besonderer Erbteil gilt, sodann aber auch in gewissem Maße bezüglich der Freiheit der Annahme oder Ausschlagung der einzelnen Erbteile (s. einerseits oben Nr. 3, andererseits Erl. 3 zu § 2094).

§ 2099.

E. I § 1798 Satz 2; II § 1972 rev. § 2076; III § 2074. P. I S. 10461 ff., 10475 f.; M. V S. 73. P. II Bd. 5 S. 76.

Die Vorschrift regelt das **Verhältnis der Ersatzerbeinsetzung zur Anwachsung** (§ 2094) in Übereinstimmung mit den meisten bisherigen Rechten. Ob sie auch dann zur Anwendung zu bringen ist, wenn für mehrere Erben ein und derselbe Ersatzerbe eingesetzt ist, muß durch Auslegung der letztwilligen Verfügung ermittelt werden. Möglicherweise soll in einem solchen Falle der Ersatzerbe erst eintreten, wenn die zunächst berufenen Erben sämtlich weggefallen sind (vgl. Dernburg preuß. Priv.R. III § 130 Anm. 10, § 155 bei Anm. 9, sächs. GB. § 2192). S. übrigens auch die Erl. 5 zu § 2094.

Dritter Titel.

Hachenburg, Studien zum Erbrecht, Heft 1: Die Einsetzung eines Nacherben (1896); Meischeider §§ 60—78; Rüger im Sächs. Arch. 9 S. 434 ff.; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901) S. 219 ff.; Herold in Lobes CBl. 4 S. 175; Meickel, Vorerbschaft und §§ 1471 ff., 1492 ff. im Recht 1905 S. 364 f.; Grosse, Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben (1905); Wäntig, Ver-

fügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge in DNotV. 6 S. 377ff. Weitere Literatur bei den einzelnen Paragraphen.

1. Das Institut der Nacherbfolge. Das röm. Recht, das den Grundsatz hatte: semel heres semper heres, ließ den Übergang einer Erbschaft auf zwei Personen nacheinander nur in der Form des Universalfideikommisses zu, eines Vermächtnisses, durch das dem Erben (Fiduziar) die Herausgabe der ganzen Erbschaft oder einer Quote derselben an einen anderen (Fideikommissar) aufgegeben wurde. In dem späteren röm. Rechte ist allerdings das Universalfideikommiß selbständig ausgebildet und die Stellung des Fideikommissars der eines Erben genähert, grundsätzlich aber blieb er Vermächtnisnehmer, was sich hauptsächlich in der Art des Erwerbes der Erbschaft zeigte. Über diese Rechtsauffassung ist auch das gem. Recht nicht hinausgekommen. Erst die neueren Gesetzeswerke haben eine wesentliche Fortbildung gebracht, indem sie mit der Regel semel heres semper heres völlig brachen und unter Anerkennung eines zeitlich beschränkten Erbrechts das Rechtsverhältnis so regelten, daß eine mehrmalige Gesamtnachfolge nach dem Erblasser stattfindet, indem der zunächst eintretende Erbe (Vorerbe) nach dem Ablauf einer gewissen Zeit aufhört, Erbe zu sein und ein anderer (Nacherbe) nunmehr Erbe wird (Nacherbfolge, fideikommissarische Substitution, Erbanwartschaft). Diesen Standpunkt hat nach dem Vorgange des preuß., des österr. und des sächs. Rechtes auch das BGB. eingenommen; es bringt ihn vorzugsweise in den §§ 2100, 2139 zum Ausdrucke.

Für die Aufnahme des Rechtsinstituts der Nacherbfolge, gegen die sich in der Kritik (vgl. Zsftg. V S. 20—23) einige vorzugsweise dem Gebiete des franz. Rechtes angehörende Stimmen ausgesprochen hatten, war neben dem Anschluß an das überwiegend bisher geltende Recht die Erwägung maßgebend, daß, wie die tatsächliche häufige Anwendung bezeuge, die allgemeine Zulassung des Instituts einem Bedürfnisse des Rechtslebens entspreche. Gewisse Schranken sind auch im BGB. (§ 2109) gezogen. Was die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses im einzelnen anbetrifft, so wurde in der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 91f.) ausgeführt, daß nach dem Zwecke, den der Erblasser mit der Anordnung der Nacherbschaft verfolge, sich im großen und ganzen zwei Kategorien unterscheiden ließen. Entweder wolle der Erblasser für die Erhaltung des Vermögens sorgen, weil er dem Vorerben nicht die erforderliche Fähigkeit oder auch nicht den nötigen guten Willen zutraue, oder er wolle sein Vermögen zwar dem Vorerben persönlich, nicht aber dessen gesetzlichen oder gar gewillkürten Erben zuwenden. Von diesen beiden Hauptfällen sei der zweite als der normale anzusehen und daher den Vorschriften des Gesetzes zugrunde zu legen. Fälle dieser Art seien im Leben die häufigeren, insbesondere gehöre hierher die Vorerbschaft des überlebenden Ehegatten. Dementsprechend ist im BGB. (abweichend vom E. I) der Vorerbe als eine Vertrauensperson behandelt und schon kraft Gesetzes mit einem größeren Maße von Bewegungsfreiheit ausgestattet, insbesondere ist ihm grundsätzlich die Verfügungsmacht über die Erbschaftsgegenstände eingeräumt (§ 2112). Für die Sicherung des Nacherben ist durch Beschränkungen der dinglichen Verfügungsmacht (§§ 2113ff.) und durch besondere obligatorische Verpflichtungen des Vorerben (§§ 2116ff., 2127ff.) Sorge getragen. Der Erblasser kann jedoch den Vorerben von den meisten dieser Beschränkungen und Verpflichtungen befreien, sowohl durch Ausschließung der einzelnen einschlägigen Vorschriften (§ 2136) als auch im ganzen durch Einsetzung des Nacherben auf den Überrest oder durch Ermächtigung des Vorerben zur freien Verfügung (§ 2137).

2. Die Grundlage der Nacherbfolge. Der Eintritt der Nacherbfolge beruht regelmäßig auf einer ausdrücklichen Anordnung des Erblassers, es gibt aber auch Fälle, in denen ohne eine unmittelbar darauf gerichtete Anordnung des Erblassers kraft gesetzlicher Vorschrift ein Vorerben- und ein Nacherbenverhältnis entsteht, indem eine letztwillige Verfügung, die sich nach ihrer Fassung und dem nächsten Willen des Erblassers als gewöhnliche Erbeinsetzung darstellt, als Einsetzung eines Vorerben bzw. Nacherben behandelt wird. Dies ist der Fall bei der Erbeinsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht vorhandenen Person (§ 2101), ferner dann, wenn der Erblasser den von ihm als Erben Eingesetzten nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses oder erst von dem Eintritte des Zeitpunktes oder Ereignisses an berufen hat, ohne zu bestimmen, wer nach der fraglichen Zeit bzw. bis dahin Erbe sein soll (§§ 2104, 2105). In allen diesen Fällen treten für den Zeitraum, für den von dem Erblasser keine oder keine wirksame Bestimmung getroffen worden ist, die gesetzlichen Erben ein. Man pflegt in diesen Fällen von einer konstruktiven (vom Erblasser nicht beabsichtigten) Nacherbfolge zu sprechen (P. II Bd. 5 S. 92) und bezeichnet im Gegensatze dazu diejenigen Fälle, in welchen der Erblasser die Nacherbfolge unmittelbar angeordnet hat, als absichtsgemäße oder gewollte (Hachenburg S. 6) Nacherbfolge. Zu

beachten ist jedoch, daß der Nacherbfolge auch in den Fällen der ersten Art eine Verfügung von Todes wegen zugrunde liegt, die nur so umgedeutet oder ergänzt wird, daß sie rechtlich bestehen kann. Der Vorerbe braucht nicht eingesetzter Erbe zu sein; den Eintritt der Nacherbfolge dagegen führt das Gesetz immer auf den erklärten oder doch als erklärt anzunehmenden (vgl. besonders § 2104) Einsetzungswillen des Erblassers zurück. Der Nacherbe ist also im Sinne des Gesetzes niemals gesetzlicher Erbe im technischen Sinne (vgl. auch Vorbm. Nr. 2b auf S. 8f.), sondern immer gewillkürter Erbe. Den Zeitpunkt bzw. das Ereignis, mit dem die Nacherbfolge eintritt, bezeichnet das BGB. als den Fall der Nacherbfolge (§ 2108 Abs. 2; §§ 2109, 2139ff.). Dieser kann seinem Eintritt und seiner Zeit nach gewiß oder ungewiß sein, für einige besondere Fälle wird er im Gesetze bestimmt (§ 2106).

3. Für den Begriff der Nacherbeinsetzung ist wesentlich, daß sie eine **Gesamtnachfolge** in das Vermögen des **Erblassers**, wie es sich seit dem Erbfall gestaltet hat, begründet. Die Gesamtnachfolge des Nacherben kann übrigens auch auf einen Bruchteil des Nachlasses beschränkt sein (vgl. § 1922 Abs. 2). Bildet eine dem Erblasser angefallene Erbschaft einen Bestandteil des der Nacherbfolge unterliegenden Nachlasses, so erstreckt sich diese auch auf die in der Erbschaft des Dritten inbegriffenen Rechtsverhältnisse. Zum Gegenstand einer besonderen Nacherbfolge kann der Erblasser jedoch die ihm angefallene Erbschaft des Dritten nicht machen; wohl aber kann er seinem Erben die Herausgabe der bezeichneten Erbschaft an einen anderen als Vermächtnis auferlegen. Auch in der letztwilligen Anordnung, daß der Erbe beim Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses einem anderen einen Bruchteil von dem Reinbestande des Nachlasses des Erblassers herausgebe, ist nicht eine Nacherbeinsetzung, sondern nur eine Vermächtnisverfügung zu erblicken (vgl. Erl. 2b zu § 2087). Der Vorerbe und der Nacherbe sind wahre Erben; der Nacherbe ist nicht Rechtsnachfolger des Vorerben (vgl. über diesen besonders von Hellwig bestrittenen Punkt die Erl. zu § 2139), sondern er ist gleich dem Vorerben Rechtsnachfolger, und zwar Gesamtnachfolger des Erblassers. Diese doppelte Beerbung bringt die Schwierigkeit mit sich, wie während der Dauer der Vorerbschaft das Rechtsverhältnis der beiden Erben zueinander und ihre Stellung gegenüber Dritten grundsätzlich aufzufassen und im einzelnen auszubilden ist. Die bisherigen Rechte haben zumeist den Weg eingeschlagen, daß sie dem Vorerben die Stellung eines Nießbrauchers anwiesen, was durch Rechtsprechung und Wissenschaft dahin klargestellt wurde, daß damit nur die Rechte und Pflichten des Vorerben gegenüber dem Nacherben in bezug auf die Verwaltung, Benutzung und Herausgabe der Erbschaft begrenzt würden, während nach außen hin der Vorerbe der Herr der Erbschaft, Eigentümer der Nachlaßsachen ꝛc. sei (vgl. Dernburg preuß. PrivR. III § 158 Anm. 4; RG. 17 S. 230, 331). Daran anknüpfend bestimmte der E. I (§ 1815), daß auf das Rechtsverhältnis des Vorerben gegenüber dem Nacherben grundsätzlich die Vorschriften über den Nießbrauch entsprechende Anwendung fänden. Dieser schon in den Motiven (V S. 93) als nicht einwandfrei bezeichnete und in der Kritik (Zstlg. V S. 25, 26) mehrfach angegriffene Ausgangspunkt ist bei der zweiten Lesung (P. II Bd. 5 S. 91) wie bei der ehelichen und der elterlichen Verwaltung und Nutznießung aufgegeben worden. Das BGB. regelt die Stellung des Vorerben selbständig unter Zugrundelegung des beiderseitigen wahren Erbrechts und unter Berücksichtigung der oben (Nr. 1) angegebenen praktischen Gesichtspunkte, denen noch die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs hinzutritt (D. S. 732). Den theoretischen Ausgangspunkt, auf den in Ermangelung besonderer Vorschriften zurückzugehen ist, bildet das auflösend bedingte bzw. durch einen Endtermin zeitlich begrenzte Recht (§ 158 Abs. 2, § 163).

4. Betreffs der **Rechtsstellung des Vorerben und des Nacherben** ist im allgemeinen noch folgendes zu bemerken:

a) Dem **Vorerben** steht während der Dauer seines Rechtes die Verwaltung und Benutzung der Erbschaft zu. Er ist zum Besitze, zum Gebrauch und zur Fruchtziehung bezüglich der erbschaftlichen Sachen sowie zur Ausübung aller zur Erbschaft gehörenden Rechte befugt. Seine Verfügungsmacht, die nach der Natur seines Rechtes derart beschränkt sein würde, daß er Verfügungen nur mit auflösend beschränkter Wirksamkeit treffen könnte, ist, um ihm die Ausübung seines Rechtes zu erleichtern, dahin erweitert, daß er im Prinzip über die Erbschaftsgegenstände frei, d. h. mit Wirkung gegen den Nacherben verfügen kann (§ 2112, vgl. dort Erl. 1). Er ist aber dem Nacherben wegen der Verfügungen, die er trifft, obligatorisch verantwortlich, vgl. im übrigen wegen der Verwaltungspflicht die Erl. 1 zu § 2130. Daß der Vorerbe die Nutzungen der Erbschaft behält, ist im BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber einmal aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 158, 163, insofern der Nacherbe erst mit dem Eintritte

des Falles der Nacherbfolge Erbe wird, und ist mittelbar an verschiedenen Stellen anerkannt (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 a. E., § 2133, § 2145 Abs. 2 Satz 1); vgl. auch die Erl. zu § 2111 Nr. 2 a. E.

Da das Recht des Vorerben wahres Erbrecht und nicht etwa ein besonderes an der Erbschaft bestehendes Nutzungsrecht ist, finden auf die Übertragung und Pfändung desselben die gleichen Vorschriften Anwendung, die für das unbeschränkte Erbrecht gelten. Eine sog. dingliche Übertragung, d. h. eine Übertragung mit Verfügungswirkung und eine Pfändung ist daher nur, wenn der Vorerbe Miterbe und der Nachlaß noch ungeteilt ist, bezüglich seines Anteils am Nachlasse möglich; wie sich von selbst versteht, unbeschadet der Rechte des Nacherben. (Vgl. wegen der Übertragung des Anteils § 2033 und die dortige Erl. 2e; wegen der Möglichkeit eines Verkaufs der Erbschaft durch den Vorerben s. P. II Bd. 5 S. 98, 130f., auch die Erl. 2 zu § 2112.) Die Zulässigkeit der Pfändung des dem Vorerben zustehenden Erbteils folgt aus CPO. § 859 Abs. 2. Aus CPO. § 773 ergibt sich jedoch, daß die Verwertung des gepfändeten Anteils hier nicht durch Überweisung an den Gläubiger zur Einziehung in dem in Erl. 3 a. E. zu § 2033 dargelegten Sinne erfolgen kann. Was die durch CPO. § 773 nicht schlechthin ausgeschlossene Anordnung des Verkaufs des gepfändeten Anteils des Vorerben nach CPO. § 857 Abs. 5 (vgl. auch hierzu Erl. 3 a. E. zu § 2033) betrifft, so stehen ihr hier (wegen der meist unsicheren Dauer des Rechtes des Vorerben) so überwiegende praktische Bedenken entgegen, daß sie kaum jemals stattfinden wird. Zum Zwecke der Befriedigung des Pfändungspfandgläubigers wird daher entsprechend den Vorschriften der CPO. (§ 857 Abs. 4) über die Verwertung gepfändeter Nutzungsrechte eine Verwaltung anzuordnen sein (vgl. P. II Bd. 5 S. 114). Die dem Vorerben gebührenden Nutzungen der Erbschaft können von dessen Gläubigern ohne Rücksicht auf das Recht des Nacherben zwangsweise in Anspruch genommen werden. Dagegen kann in Frage kommen, ob nicht die Pfändungsbeschränkung der CPO. § 850 Abs. 1 Nr. 3 eingreift, wonach dem Schuldner das zur Bestreitung des notdürftigen Unterhalts Erforderliche von solchen fortlaufenden Einkünften zu belassen ist, die er auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht. Diese Frage ist für das bisherige Recht bejaht worden (vgl Böhm S. 417; Jaeger, Erbenhaftung S. 105 und die dort angezogenen Entscheidungen). Nach den Vorschriften des BGB. dürfte sie für die Regel (vgl. aber doch auch CPO. § 863) zu verneinen sein, weil der Vorerbe nicht fortlaufende Einkünfte im Sinne der CPO. § 850 Abs. 1 Nr. 3 bezieht, sondern wirklich Erbe ist und weil eine Beschränkung der Pfändung der Nutzungen nach CPO. § 863 nur für den dort bezeichneten Fall vorgeschrieben ist. Diese Auffassung ist auch von der zweiten Kommission geteilt worden (P. II Bd. 5 S. 575). Jedenfalls scheiden die Fälle aus, in denen der Vorerbe seine Rechtsstellung nur kraft gesetzlicher Vorschrift erlangt (§§ 2101, 2105).

b) Der **Nacherbe** hat vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge noch nicht die Erbenstellung, aber doch eine feste und in der Regel vererbliche Anwartschaft (§ 2108 Abs. 2, vgl. die dortige Erl. 2, auch M. V S. 121). Die rechtliche Natur dieser Anwartschaft war in der Theorie des preuß. Rechtes bestritten. Die hierbei beliebte Fragestellung, ob das dem Nacherben vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge zukommende Recht ein persönliches oder ein dingliches sei (vgl. einerseits Eccius IV § 275 Anm. 7, 8, andererseits Dernburg, preuß. PrivR. III § 158 Anm. 5, 6), war kaum glücklich. Der Kern der Frage ist vielmehr, ob sich aus der bezeichneten Anwartschaft für deren Träger lediglich ein obligatorischer Anspruch gegen den Vorerben auf ein bestimmtes Verhalten oder bereits eine ihm (dem Anwärter) rechtlich zustatten kommende gegenständliche Gebundenheit des Vorerben in Ansehung desjenigen, was zum Nachlaß gehört, ergibt. Diese Frage aber ist wie schon früher nach preuß. Rechte, so auch nach BGB. in letzterem Sinne zu beantworten (vgl. auch Dernburg BR. V § 55 Nr. II 1, der sachlich dasselbe meint, wenn er von einer Anwartschaft „dinglicher Natur" redet, Rspr. 6 S. 322, 12 S. 373). Für das BGB. kommt folgendes in Betracht. Die Verfügungsmacht des Vorerben ist im Interesse des Nacherben wesentlich beschränkt. Vor allem hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen über Nachlaßgegenstände (vgl. § 2113 Abs. 2), nach Maßgabe der Bestimmungen des § 2113 Abs. 1 (in Verbindung mit § 2114) und des § 2115 auch hinsichtlich der daselbst bezeichneten (nicht unentgeltlichen) Verfügungen. Unter gewissen Voraussetzungen kann der Nacherbfolge-Anwärter ferner noch weitere Beschränkungen der Verfügungsmacht des Vorerben herbeiführen (vgl. §§ 2116—2118), ja diese unter Umständen sogar (vgl. §§ 2128, 2129) hinsichtlich aller Nachlaßgegenstände in Wegfall bringen. Selbst soweit aber Veräußerungsbeschränkungen zugunsten des Nacherben nicht durchgreifen (vgl. §§ 2112, 2136—2138), ist dieser gegenständlich doch wieder dadurch gesichert, daß das an die Stelle eines infolge wirksamer entgeltlicher Ver-

fügung des Vorerben aus der Erbschaft ausscheidenden Gegenstandes tretende Äquivalent vom Rechte des Nacherben (§ 2111; vgl. auch Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit im Arch. f. BR. 22 S. 1 ff.) ergriffen wird. Ist bei der grundbücherlichen Eintragung des Vorerben nicht zugleich auch das „Recht des Nacherben" eingetragen worden (§ 52 GBO.), so ist das Grundbuch im Sinne des § 892 Abs. 1 Satz 2 unrichtig, desgleichen ist auch der dem Vorerben erteilte Erbschein unrichtig, wenn in diesem die das Bevorstehen der Nacherbfolge betreffende Angabe fehlt (§ 2363). Verfügt der Vorerbe über zum Nachlaß gehörende Gegenstände entgegen den Vorschriften des § 2113 Abs. 1 und 2, so ist die Verfügung, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde, als die Verfügung eines Nichtberechtigten zu beurteilen und schadet dem Dritten daher die Kenntnis von der noch bevorstehenden Nacherbfolge und, soweit § 932 in Betracht kommt, auch die grobfahrlässige Unkenntnis. Ist der Vorerbe nur Teilerbe, so kann er über seinen Anteil am Nachlaß nur unbeschadet des Rechtes des Nacherben verfügen, ist er aber Alleinerbe, so kann er durch einen mit einem Dritten geschlossenen Erbschaftskauf und durch die daran sich anschließenden Übertragungsgeschäfte doch die Erbschaftsgegenstände bzw. deren Surrogate der später eintretenden Nacherbfolge nicht entziehen. Was die dem Nacherbfolge-Anwärter in der Zeit vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zustehenden einzelnen Befugnisse anbelangt, so kommen gegenüber dem Vorerben vorzugsweise die §§ 2127 bis 2129 in Betracht, nach denen der Anwärter bei einer Gefährdung seiner Rechte durch den Vorerben Auskunftserteilung, Sicherheitsleistung und eventuell Entziehung der Verwaltung verlangen kann, vgl. auch die §§ 2121—2123 und die Erl. zu §§ 2127, 2128. Gegenüber Dritten stehen dem Nacherben vor dem Eintritte der Nacherbfolge die allgemeinen Schutzmittel zu, mittels deren ein bedingtes oder betagtes Recht gegen eine gegenwärtige Beeinträchtigung gesichert werden kann, insbesondere das Recht auf Erlassung einstweiliger Verfügungen gemäß CPO. § 916 Abs. 2, §§ 935, 936. Die Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten (§§ 2018 ff.) kann der Nacherbe von einem Erbschaftsbesitzer erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge verlangen, dagegen werden die nach §§ 2027, 2028 dem Erben zustehenden Ansprüche auf Erteilung von Auskunft auch dem Nacherben sogleich nach dem Erbfalle zuzubilligen sein. Wollte man dem Nacherben diese Rechte versagen, so würde er, wenn der Vorerbe sich gleichgültig verhält, einem böswilligen Dritten oft schutzlos gegenüberstehen. Wegen des Widerspruchsrechts des Nacherben gegen eine von den Gläubigern des Vorerben in Gegenstände der Vorerbschaft betriebene Zwangsvollstreckung (CPO. § 773, KO. § 128) s. Erl. 1, 2 zu § 2115.

Wird über das Vermögen des Vorerben vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge Konkurs eröffnet, so gehört die Erbschaft zwar zur Masse, jedoch nur in der Weise, daß Verfügungen des Konkursverwalters über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden, nach Maßgabe des § 2115 und KO. § 128 ausgeschlossen sind und daß diese Gegenstände bzw. deren Surrogate beim Eintritt des Falles der Nacherbfolge dem Aussonderungsrechte des Nacherben unterliegen. Praktisch ist übrigens der Anwärter im Konkurse des Vorerben im wesentlichen doch bereits so geschützt, wie wenn ihm auch schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge ein Aussonderungsrecht zukäme (etwas anders die früheren Auflagen, in denen in Übereinstimmung mit Dernburg, preuß. PrR. III § 158 Anm. 9, BR. V § 58 bei Anm. 7, auch schon dem Nacherbfolge-Anwärter im Konkurse des Vorerben ein Aussonderungsrecht im technischen Sinne zugesprochen wurde; vgl. aber dagegen Jaeger, KO. 2. Aufl. Anm. 13 zu § 43, Anm. 1 zu § 128). Tritt also die Nacherbfolge wirklich ein, so kommen der Masse nur die Nutzungen der Erbschaft bis zum Eintritt der Nacherbfolge zu. Über RG. 36 S. 123 vgl. Erl. zu § 2115. Wegen der Sicherung des Nacherben durch Eintragung seines Rechtes in das Grundbuch vgl. GBO. § 52, wegen der Angabe in dem Erbscheine des Vorerben § 2363. Für Klagen gegen den Nachlaß ist der Nacherbe vor dem Eintritte der Nacherbfolge nicht passiv legitimiert (RG. 16 S. 43).

Ein nach dem Erbfall, aber noch vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge stattfindender Verkauf der Anwartschaft an einen Dritten (oder der Abschluß eines sonstigen ihre Veräußerung bezweckenden obligatorischen Vertrages) ist als möglich anzuerkennen. Die Vorschrift des § 312 (zufolge deren ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig ist) steht dem Gesagten selbstverständlich nicht entgegen. Aber auch aus § 2371 kann, obschon hier nur von dem Verkaufe einer dem Verkäufer bereits angefallenen Erbschaft die Rede ist, ein Bedenken (anders mit Unrecht Herzfelder S. 369, der aber den daselbst vertretenen Standpunkt auf S. 764 f. praktisch wieder aufgibt) nicht abgeleitet werden. Denn § 2371 hebt zunächst den Regelfall hervor; vgl. aber auch § 2373, wo die juristische Möglichkeit des Verkaufs der bezeich-

neten Anwartschaft als selbstverständlich vorausgesetzt wird (s. auch M. V S. 122). Möglich ist auch die rechtsgeschäftliche Übertragung des dem Nacherbfolge-Anwärter nach § 2130 gegen den Vorerben eventuell zukommenden Herausgabeanspruchs (vgl. hierzu und zu den folgenden Fragen auch Wäntig a. a. O. und Peiser, Testamentsrecht S. 71 Anm. 25). Soll der Nacherbfolge-Anwärter nur in Ansehung eines Bruchteils der Erbschaft Nacherbe werden, so kann er seine Anwartschaft auf den entsprechenden Anteil am Nachlaß nach dem Erbfall (aber vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge) auch nach § 2033 Abs. 1 übertragen. Was hiergegen von Herzfelder S. 368 und P. Meyer, Erbrecht § 45 Anm. 6 geltend gemacht wird, schlägt nicht durch (vgl. auch Wäntig). Das BGB. läßt grundsätzlich auch die Übertragung von Anwartschaften aus bedingten oder betagten Rechtsverhältnissen zu (vgl. auch RG. 55 S. 334) und macht hiervon im vorliegenden Falle keine Ausnahme (vgl. für preuß. Recht, nach welchem der Erbschaftskauf bereits Verfügungswirkung hatte, RG. v. 5. Februar 1887 bei Gruch. 31 S. 952, ferner v. 25. Juni 1894 in Entsch. in Civils. 33 S. 293 ff. Bei Würdigung dieser Entscheidungen ist wohl zu beachten, daß sie sich selbstverständlich noch nicht der Terminologie des BGB. bedienen. Wenn in denselben insbesondere davon gesprochen wird, daß dem Fideikommissar, obschon er erst mit dem Eintritte des Substitutionsfalles Erbe werde, die Erbschaft doch schon vorher und zwar regelmäßig bereits mit dem Tode des Erblassers „anfalle", so ist hierbei nicht an ein „Anfallen" im Sinne des § 2139 BGB., sondern nur an den Erwerb der gefestigten Anwartschaft, den sog. Voranfall zu denken. Damit erledigen sich von selbst die von Herzfelder a. a. O. an die vorerwähnte RGE. in Bd. 33 geknüpften Bemerkungen). Für die Beurteilung der ganzen Frage ist auch von Erheblichkeit, daß die Übertragung eines Anteils am Nachlaß keine Übertragung des Erbrechts ist (vgl. Erl. 2c zu § 2033 auf S. 250 f.). War der Übertragende zur Zeit der Übertragung bereits Erbe, so behält er seine Erbeneigenschaft trotz der Übertragung und überträgt ein Nacherbfolge-Anwärter seinen eventuellen Anteil am Nachlaß an einen anderen, so vermag auch diese Übertragung hinsichtlich der Person desjenigen, welcher mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge Erbe wird, nichts zu ändern, sondern ist sie nur dafür entscheidend, daß der dem Erbrecht des Übertragenden entsprechende Anteil am Nachlaß dem Rechtsnachfolger in das Anteilsrecht zukommt. Mitglied der Erbengemeinschaft kann der Rechtsnachfolger des Übertragenden selbstverständlich nicht früher werden, als es der Übertragende selbst geworden wäre, wenn er sein Anteilsrecht nicht übertragen hätte, also erst mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge. Davon, daß die vor diesem Zeitpunkte vorgenommene Übertragung sich als unwirksam erweist und somit nach dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge wiederholt werden müßte, kann keine Rede sein (vgl. auch § 185 Abs. 2). Als Folgerung aus dem Gesagten ergibt sich noch, daß nach dem Erbfall, aber vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge auch die Pfändung des eventuellen Herausgabeanspruchs des Nacherbfolge-Anwärters und, wenn sich die Nacherbfolge nur auf einen Anteil an einem noch ungeteilten Nachlaß erstrecken soll, auch eine Pfändung des eventuellen Anteils am Nachlaß möglich ist (vgl. hierzu die bereits vorhin erwähnte RGE. bei Gruch. 31 S. 334). Sicherlich nicht pfändbar sind dagegen einzelne unselbständige Befugnisse, die sich aus der Rechtsstellung des eventuellen Nacherben schon vor dem Falle der Nacherbfolge ergeben (vgl. auch Wäntig, Peiser). Mit den bisher erörterten Fragen im Zusammenhang steht die erst bei der Erl. des § 2142 zu erledigende Frage, ob der Nacherbfolge-Anwärter die ihm eventuell anfallende Erbschaft in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge bereits wirksam annehmen kann (vgl. dazu vorläufig Erl. 1, 2 zu § 1946).

5. Hinsichtlich der systematischen Ordnung des Titels lassen sich drei Gruppen von Vorschriften unterscheiden. Die erste Gruppe umfaßt die §§ 2100—2111 und enthält nach der Begriffsbestimmung der Nacherbeinsetzung (§ 2100) Vorschriften darüber, wann auch ohne ausdrückliche Anordnung des Erblassers eine Nacherbeinsetzung anzunehmen ist (§§ 2101—2105), ferner über den Fall der Nacherbfolge (§§ 2106, 2107), die Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung (§§ 2108, 2109) und den Umfang des dem Nacherben zustehenden Rechtes (§§ 2110, 2111). Die zweite Gruppe reicht von § 2112 bis § 2138 und regelt die rechtliche Stellung des Vorerben während der Dauer seines Rechtes im Verhältnisse zum Nacherben und zu Dritten. Die §§ 2112—2118, 2120 beziehen sich auf die Verfügung über Erbschaftsgegenstände, der § 2119 auf die Anlegung von Geld. In den §§ 2121—2123 wird die Berechtigung und Verpflichtung des Vorerben zu gewissen, den Schutz beider Teile bezweckenden Maßnahmen tatsächlicher Natur, in den §§ 2124—2126 die Verteilung der Kosten und Lasten der Erbschaft geregelt. Die §§ 2127 bis 2129 enthalten die außerordentlichen Schutzmittel des Nacherben. In den §§ 2130—2134

§. 2100. Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer Erbe geworden ist (Nacherbe).

---

wird die Verwaltungs- und Herausgabepflicht des Vorerben und im Anschlusse daran im § 2135 der Einfluß einer bei dem Eintritte der Nacherbfolge bestehenden Miete oder Pacht behandelt. Die §§ 2136—2138 beziehen sich auf die zulässigen Befreiungen des Vorerben einschließlich der Einsetzung des Nacherben auf den Überrest. Die dritte Gruppe besteht aus den §§ 2139 bis 2146 und betrifft die Rechtsverhältnisse bei und nach dem Eintritte der Nacherbfolge, insbesondere den Anfall der Erbschaft an den Nacherben (§ 2139), das Ausschlagungsrecht des letzteren (§ 2142), die Absonderung der Erbschaft vom Vermögen des Vorerben (§ 2143) sowie die Haftung des Vorerben und des Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten (§§ 2144—2146).

6. Neben der Einsetzung eines Vorerben und eines Nacherben kennt das BGB. auch den **Nießbrauch an einer Erbschaft** (§ 1089). Ein der Nacherbfolge entsprechendes Rechtsverhältnis kommt auch bei Vermächtnissen vor (§ 2191). Das Institut der Nacherbfolge und des Nachvermächtnisses wird im § 2338 für die Zwecke der sog. Enterbung in guter Absicht verwendet. Bezüglich der Familienfideikommisse sind nach EG. Art. 59 die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben.

7. **Übergangsrecht.** Eine vor 1900 angeordnete fideikommissarische Substitution ist, wenn der Erblasser erst nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist, als Anordnung einer Nacherbfolge zu behandeln (KG. 26 S. A 202 = Rspr. 7 S. 359). Enthält eine vor 1900 errichtete letztwillige Verfügung eine Quasipupillarsubstitution und stirbt der Geisteskranke, für den der Erbe berufen ist, nach dem 1. Januar 1900, so ist die Quasipupillarsubstitution als solche unwirksam, auch wenn der Testator schon vor dem 1. Januar 1900 verstorben war (KG. 26 S. A 59 = Rspr. 6 S. 318). Über die unter Umständen zulässige Behandlung einer Quasipupillarsubstitution als Einsetzung eines Nacherben vgl. OLG. Stuttgart in Württembz. 1906 S. 257; vgl. hierzu Bd. VI Erl. 2d und 3b zu Art. 214.

§ 2100.

E. I § 1804 Satz 1; II § 1973 rev. § 2077; III § 2075. Mot. I S. 9127 ff., 9289 f., 12234; Mot. V S. 81 f. Prot. II Bd. 5 S. 78.

1. Über den **Begriff der Nacherbeinsetzung** und die Natur der aus ihr entspringenden Rechtsverhältnisse ist das Nötige in der Vorbm. gesagt worden. Für das Zustandekommen der Nacherbfolge ist wesentlich, daß sich zwischen den Erbfall und den Eintritt des Falles der Nacherbfolge eine Zwischenzeit einschaltet, während deren der Vorerbe Erbe ist. Es kommt daher nicht zu einer Nacherbschaft, wenn bei dem Tode des Erblassers die Voraussetzungen für den Eintritt der Erbfolge des eventuell nur zur Nacherbfolge Berufenen bereits erfüllt sind, sei es, daß das Ereignis, auf das der Erblasser abgestellt hat, objektiv früher eingetreten ist, sei es, daß der Erblasser länger gelebt hat, als er bei der Testamentserrichtung annahm (s. Mot. V S. 81). Der als Nacherbe Eingesetzte wird in einem solchen Falle gewöhnlicher Erbe, dem als Vorerben Eingesetzten wird die Anfechtung des Testaments nach § 2078 Abs. 2 kaum jemals möglich sein.

2. Der Nacherbe kann auf einen **Bruchteil** der Erbschaft oder des dem Vorerben zustehenden Erbteils beschränkt (vgl. KG. 22 S. A 316), auch unter einer auflösenden Bedingung oder einem Endtermin eingesetzt werden. Schon hieraus folgt, daß die Einsetzung mehrerer Nacherben nacheinander (eine Mehrzahl von Substitutionsfällen) zulässig ist, was sich auch in Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift von selbst versteht (s. im übrigen Erl. 1 zu § 2109). Für einen wegfallenden Nacherben kann ein Ersatzerbe eingesetzt werden (§ 2096, Mot. V S. 91).

3. Für die Frage, ob eine letztwillige Verfügung **als Nacherbeinsetzung anzusehen** ist, kommt es auf den Gebrauch der technischen Ausdrücke des Gesetzes nicht an. Das BGB. enthält selbst im § 2103 die Vorschrift, daß auch die Anordnung der späteren Herausgabe der Erbschaft an einen anderen als Nacherbeinsetzung gelten soll. Unter Umständen kann eine solche auch in einer letztwilligen Verfügung erblickt werden, durch die ein Erbe eingesetzt, gleichzeitig aber einem anderen für eine gewisse Zeit nach dem Tode des Erblassers der „ungestörte Besitz und Nießbrauch“ oder „Nießbrauch und freie Verfügung“ über den Nachlaß zugewendet wird. Die bloße Zuwendung des Nießbrauchs oder des Zinsgenusses am Nachlasse wird meist nicht als Einsetzung

§. 2101. Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist. Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, daß der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Einsetzung unwirksam.

Das Gleiche gilt von der Einsetzung einer juristischen Person, die erst nach dem Erbfalle zur Entstehung gelangt; die Vorschrift des §. 84 bleibt unberührt.

---

eines Vorerben, der später durch einen Nacherben abgelöst werden soll, aufzufassen sein (vgl. RG. 30 S. 239, Böhm S. 105 Anm. 1, s. im übrigen Erl. 2 zu § 2103). In dem in Rspr. 8 S. 273 mitgeteilten Falle hat das KG. durch freie Auslegung festgestellt, daß ungeachtet der Dispositivvorschrift des § 2103 nur die Zuwendung eines Nießbrauchs am Nachlasse vorliege. Auf konkrete Auslegungsfragen anderer Art beziehen sich Rspr. 11 S. 239 (betreffend die testamentarische Bestimmung einer Ehefrau, ihr Mann solle ihr alleiniger Erbe sein, im Falle seiner Wiederverheiratung solle jedoch gesetzliche Erbfolge eintreten); ferner KG. 29 S. A 42.

§ 2101.

E. I § 1758 Abs. 2; II § 1974 rev. § 2078; III § 2076. P. I S. 10452; M. V S. 12 f. P. II Bd. 5 S. 7 ff., 77; Bd. 6 S. 90. RB. S. 2102.

Martinius, Der Eintritt der zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person in die Stellung als Nacherbe im Arch. f. Bürg. R. 23 S. 162.

1. Da nach § 1923 Erbe nur werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt oder wenigstens bereits erzeugt ist, würde die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls **noch nicht erzeugten Person** als Erbe an sich unwirksam sein. Durch den § 2101 Abs. 1 wird jedoch eine solche Erbeinsetzung soweit irgend möglich als Nacherbeinsetzung aufrecht erhalten. Es wird zunächst im Satz 1 eine Auslegungsregel dahin aufgestellt, daß der Erblasser mit der fraglichen letztwilligen Verfügung eine Nacherbeinsetzung beabsichtigt habe. Insoweit stellt sich die Vorschrift als ein Anwendungsfall des § 2084 dar, nach welchem bei der Möglichkeit verschiedener Auslegungen einer letztwilligen Verfügung im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann. Der § 2101 geht jedoch weiter, indem er die Verfügung auch dann als Nacherbeinsetzung aufrecht erhält, wenn die Auslegung dahin führt, daß der Erblasser an eine Nacherbeinsetzung nicht dachte, vielmehr zunächst der Meinung war, der Eingesetzte solle unmittelbar Erbe werden. Insoweit enthält der Abs. 1 einen Fall der Konversion (§ 140); die unwirksame (nichtige) Erbeinsetzung wird als Nacherbeinsetzung aufrechterhalten, sofern sich nur annehmen läßt, daß der Erblasser eine solche gewollt haben würde, wenn ihm die rechtliche Unmöglichkeit der von ihm eigentlich gewollten Erbeinsetzung bekannt gewesen wäre. Der Beweis, daß der Erblasser eine Nacherbeinsetzung schlechterdings nicht gewollt hat, ist zulässig, muß aber von demjenigen erbracht werden, welcher sich auf die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung beruft. Diese weitergehende Bedeutung der Vorschrift gelangt im Satz 2 zum Ausdrucke, der seine gegenwärtige Fassung durch die Reichstagskommission erhalten hat (vgl. dazu Strohal I § 27 bei Anm. 8 gegen Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 79; s. auch Hachenburg S. 11, 12). Der § 2101 Abs. 1 wird besonders dann häufig zur Anwendung zu bringen sein, wenn der Erblasser sämtliche Kinder eines anderen, z. B. seines Bruders, als Erben eingesetzt hat und aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der bestehenden Verwandtschaft, anzunehmen ist, daß alle, auch die zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Kinder bedacht sein sollen. Die Auslegungsregel des § 2070 tritt in solchen Fällen zurück; die bei dem Tode des Erblassers vorhandenen Kinder bleiben nicht die einzigen Erben, vielmehr haben sie den später hinzutretenden als Nacherben einen entsprechenden Teil der Erbschaft herauszugeben (vgl. Hachenburg S. 11 und für preuß. R. Eccius IV § 251 Anm. 48, s. auch Erl. 2 zu § 2070 und Strohal I § 27 bei Anm. 15 ff.). Der § 2101 Abs. 1 gilt übrigens auch dann, wenn die noch nicht erzeugte Person nur als Ersatzerbe eingesetzt ist (P. II Bd. 5 S. 8). Wegen des Verhältnisses der Vorschrift zu § 2102 Abs. 2 s. dort Erl. 3.

2. Auch für die Erbeinsetzung **juristischer Personen** besteht nach § 1923 (s. dort Erl. 5) das Erfordernis, daß die eingesetzte juristische Person zur Zeit des Erbfalls schon existent geworden sein muß. Eine Ausnahme besteht nur für eine vom Erblasser selbst (durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen) errichtete Stiftung, da Stiftungen nach § 84 im

§. 2102. Die Einsetzung als Nacherbe enthält im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe.

Ist zweifelhaft, ob Jemand als Ersatzerbe oder als Nacherbe eingesetzt ist, so gilt er als Ersatzerbe.

Falle ihrer späteren Genehmigung für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden gelten und daher von dem Stifter wirksam zu Erben eingesetzt werden können. Für diesen Fall bedarf es mithin einer besonderen Vorschrift nicht (vgl. die Erl. zu § 84 und wegen der im bisherigen Rechte bestehenden Streitfrage Windscheid III § 549 Nr. 2, Eccius IV § 251 bei Anm. 53 ff.). Für alle übrigen Fälle wird im § 2101 Abs. 2 die Vorschrift des Abs. 1 auf die juristischen Personen übertragen. Die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht zur Entstehung gelangten juristischen Person ist danach als Nacherbeinsetzung anzusehen, sofern nicht ein direkt entgegenstehender Wille des Erblassers ersichtlich ist. Beispiele bieten die Erbeinsetzung einer von einem andern errichteten, noch nicht genehmigten Stiftung oder einer Stiftung, die überhaupt noch nicht errichtet ist, deren Errichtung durch einen anderen der Erblasser aber sicher erwartet, ferner die Einsetzung eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht rechtsfähigen Vereins, für den die Erlangung der Rechtsfähigkeit in Aussicht genommen ist. Über den Fall des Art. 86 EG. vgl. Erl. 2 zu § 2105.

3. Der Anfall der Erbschaft an den Nacherben erfolgt im Falle des Abs. 1 mit der Geburt der eingesetzten physischen Person, im Falle des Abs. 2 mit der Entstehung der juristischen Person (§ 2106 Abs. 2, vgl. übrigens § 2109). Steht fest, daß die physische Person nicht mehr geboren werden wird bzw. daß die juristische Person nicht mehr zur Entstehung gelangen wird (vgl. wegen der Stiftung Erl. 3 zu § 84), so ist die Nacherbfolge vereitelt. Bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge bzw. bis zur Klarstellung seiner Vereitelung besteht insofern ein Schwebezustand, als vorläufig noch ungewiß ist, ob es zu einer Nacherbfolge überhaupt kommen wird. Zunächst gelangen, soweit nach Lage der Umstände nicht andere Personen als zur Erbfolge berufen anzusehen sind, die gesetzlichen Erben zur Vorerbfolge (§ 2105 Abs. 2). Soll derjenige, dessen Einsetzung nach § 2101 nur als Berufung zur Nacherbfolge zu gelten hat, nur einen Teil des Nachlasses erhalten und sind neben ihm noch andere Personen in der Art wirksam als Erben eingesetzt, daß die gesetzlichen Erben als ausgeschlossen erscheinen (§ 2094), so werden in Ansehung des dem eventuellen Nacherben zugewiesenen Bruchteils die bezeichneten eingesetzten Erben als Vorerben in Betracht kommen (vgl. auch Erl. 1 zu § 2105). Dem noch nicht erzeugten Nacherben kann nach § 1913 Satz 2 für die Zeit bis zu seiner Geburt ein Pfleger bestellt werden (vgl. M. V S. 113; wegen der rechtlichen Stellung des Pflegers s. die Erl. zu § 1913). Nach Bayer. ObLG. 4 S. 311 = Rspr. 8 S. 323 hat der Vorerbe gegen die Anordnung der Pflegschaft kein Beschwerderecht. Die im § 52 GBO. vorgeschriebene Eintragung des „Rechtes des Nacherben" im Grundbuch wird dadurch nicht gehindert, daß die Person des Nacherben noch nicht feststeht (KG. 28 S. A 85; vgl. dazu auch noch RG. Bd. 61 S. 355 ff.; Bd. 65 S. 277 ff.).

4. Bezüglich der von Martinius a. a. O. berührten Fragen vgl. Erl. zu § 2108 und § 2109.

§ 2102.

E. I § 1802; II § 1975 rev. § 2079; III § 2077. P. I S. 9109 ff.; M. V S. 75 f. P. II Bd. 5 S. 76 f.

1. Der Abs. 1 enthält eine bereits dem bisherigen Rechte (preuß. ALR. I 12 § 58) bekannte Auslegungsregel. Danach soll im Zweifel angenommen werden, daß der als Nacherbe Eingesetzte für den Fall, daß der eingesetzte Vorerbe schon vor dem Erbfall wegfällt oder doch wenigstens nicht zum endgültigen Erwerb der Erbschaft gelangt, als Ersatzerbe eingesetzt ist. Selbstverständliche Voraussetzung für das Eingreifen dieser Auslegungsregel ist, daß der als Nacherbe Eingesetzte zur Zeit des Erbfalls bereits im Sinne des § 1923 existent ist. Im übrigen ist die Geltung der Regel nicht auf den Fall beschränkt, daß als Fall der Nacherbfolge der Tod des Vorerben bestimmt oder anzusehen ist (§ 2106 Abs. 1), vielmehr greift sie auch ein, wenn die Nacherbfolge mit einem anderen Zeitpunkt oder Ereignis eintreten soll, das zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetreten ist oder überhaupt erst gewisse Zeit nach dem Erbfall eintreten kann. Auch in Fällen dieser Art ist also im Zweifel anzunehmen, daß der Erblasser den Eintritt des als Nacherben Eingesetzten in die Erbenstellung nur um des Vorerben willen aufgeschoben wissen wollte, und daß dieser Aufschub somit entfällt, wenn der als Vorerbe Eingesetzte nicht Erbe wird.

§. 2103. Hat der Erblasser angeordnet, daß der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses die Erbschaft einem Anderen herausgeben soll, so ist anzunehmen, daß der Andere als Nacherbe eingesetzt ist.

Erhellt jedoch ein gegenteiliger Wille des Erblassers, so bleibt der als Nacherbe Eingesetzte auf die Nacherbfolge beschränkt und es treten an Stelle des weggefallenen Vorerben, soweit der Erblasser nicht anderweitig vorgesorgt hat, oder der Anteil des Weggefallenen nicht zunächst einem anwachsungsberechtigten Miterben anfällt, die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben ein (§ 2105). Gegen die irrige Ansicht Salingers S. 151, daß sich die Anordnung der Nacherbfolge im vorausgesetzten Falle als unwirksam herausstelle, vgl. Strohal I § 27 Anm. 9. Ob eine der Nacherbeinsetzung beigefügte Bedingung auch für die Ersatzberufung Geltung hat, hängt davon ab, ob sie nach ihrem Inhalte bzw. nach der Absicht des Erblassers mit dem Wegfalle des Vorerben als erledigt anzusehen ist oder nicht (vgl. Frommhold Anm. 2). Eine Folge des Abs. 1 ist, daß, wenn für den Erbteil eines Miterben ein Nacherbe eingesetzt ist, bei dem Wegfalle dieses Miterben in der Regel keine Anwachsung eintritt (§ 2099). Daß die Ersatzberufung nicht die Einsetzung als Nacherbe in sich schließt, versteht sich von selbst.

2. Auch die Auslegungsregel des **Abs. 2** entspricht dem bisherigen Rechte und findet ihre Rechtfertigung darin, daß Belastungen des Erben im Zweifel nicht anzunehmen sind. Ist die Einsetzung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, so wird häufig gegen den Abs. 2 nicht Ersatzerbeinsetzung, sondern Nacherbeinsetzung anzunehmen sein. Doch kann auch in solchen Fällen eine bloße Ersatzberufung beabsichtigt sein, so daß der an zweiter Stelle Berufene alles Recht verliert, sobald der zunächst Berufene die Erbschaft endgültig erwirbt. Fällt jedoch der zunächst Berufene weg und ist der Zeitpunkt oder das Ereignis, mit dem die Ersatzberufung Wirksamkeit erlangen soll, noch nicht eingetreten, so wird der Ersatzerbe praktisch zum Nacherben, indem nach § 2105 bis zu der fraglichen Zeit die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben eintreten.

3. Die beiden Auslegungsregeln des § 2102 haben für den Fall keine Geltung, daß eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt ist, da der Ersatzberufung einer solchen Person die Vorschrift des § 1923 entgegensteht. Es besteht mithin kein Widerspruch zwischen dem § 2101 Abs. 1 und dem § 2102 Abs. 2. Die erstere Vorschrift enthält eine Auslegungsregel für einen besonderen Fall, die zutreffendenfalls der allgemeinen Auslegungsregel des § 2102 Abs. 2 vorgeht.

4. Die Vorschriften des § 2102 finden nach § 2191 Abs. 2 bei Vermächtnissen entsprechende Anwendung.

§ 2103.

E. I § 1805; II § 1976 rev. § 2060; III § 2078. P. I S. 9136 ff.; M. V S. 83 f. P. II Bd. 5 S. 78.

1. Der § 2103 enthält einen Dispositivsatz des Inhalts, daß die **Anordnung der Herausgabe der Erbschaft** nicht als Belastung des Erben mit einer rein obligatorischen Verpflichtung, sondern als Begründung eines Erbrechts für den Berechtigten, nämlich als Nacherbeinsetzung (§§ 2100, 2139) anzusehen ist. Die Vorschrift gilt nicht nur für den Fall, daß ein Erbe (Vorerbe) eingesetzt ist, sondern auch wenn die Verpflichtung der Herausgabe dem gesetzlichen Erben auferlegt wird. Sie gilt andererseits nur, wenn die Herausgabe der Erbschaft erst zu einer späteren Zeit nach dem Erbfalle geschehen soll. Ist sofortige Herausgabe angeordnet, so wird die Verfügung bisweilen so aufzufassen sein, daß überhaupt nicht der Belastete, sondern der Berechtigte als Erbe eingesetzt ist, oder aber die Verfügung ist widerspruchsvoll und daher nichtig (M. V S. 84). Die in den Motiven offen gelassene Frage, ob der Vorschrift in gewisser Richtung zwingende Kraft beizumessen sei, dürfte zu verneinen sein, da der Erblasser zwar nicht seine ganze eigene Erbschaft, wohl aber die Herausgabe aller einzelnen Erbschaftsgegenstände oder des Reinwerts der Erbschaft zum Gegenstand eines Vermächtnisses oder einer Auflage machen kann, und die Anordnung der Herausgabe der Erbschaft möglicherweise im letzteren Sinne zu verstehen ist (s. Hachenburg S. 8). Der § 2103 gilt natürlich auch dann, wenn die Herausgabe nur in Ansehung eines Bruchteils der Erbschaft oder des belasteten Erbteils vorgeschrieben ist.

2. Abgesehen von dem § 2103 enthält das BGB. keine Vorschriften darüber, ob eine ihrem Wortlaut und nächsten Sinne nach etwas anderes bedeutende letztwillige Verfügung in eine Nacherbeinsetzung umzudeuten ist. Der E. I (§ 1806) wollte dem an den ein-

§. 2104. Hat der Erblasser angeordnet, daß der Erbe nur bis zu dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses Erbe sein soll, ohne zu bestimmen, wer alsdann die Erbschaft erhalten soll, so ist anzunehmen, daß als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Zeitpunkts oder des Ereignisses gestorben wäre. Der Fiskus gehört nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne dieser Vorschrift.

---

gesetzten Erben gerichteten Verbote des Erblassers, seinerseits eine Verfügung von Todes wegen zu errichten, die Bedeutung beilegen, daß die gesetzlichen Erben des Eingesetzten als Nacherben berufen seien. Die zweite Kommission hat diesen Satz, der höchstens als Auslegungsregel richtig sein würde, als entbehrlich gestrichen (P. II Bd. 5 S. 78 f.). Von der Aufstellung weiterer Vorschriften, wie sie das bisherige Recht (vgl. sächs. GB. § 2504) teilweise enthält, hatte schon der E. I abgesehen, so insbesondere bezüglich des Falles, daß der Erblasser angeordnet hat, der Nächstberufene solle einen bestimmten Dritten zum Erben einsetzen oder er solle die Erbschaft mit einem anderen teilen oder sie nicht veräußern dürfen. Der sachliche Inhalt solcher Verfügungen ist durch freie Auslegung zu ermitteln und nach ihm die Rechtsbeständigkeit der Verfügung zu beurteilen. Dies gilt auch für die Frage, ob eine Verfügung, durch die der Erblasser selbst dem eingesetzten Erben einen Erben ernennt, insbesondere eine Pupillarsubstitution (Erl. 2 zu § 2064), als Nacherbeinsetzung aufrecht erhalten werden kann. Vgl. zu vorstehendem Dernburg Pand. III § 119 A. 7, preuß. PrivR. III § 157 bei Anm. 5; Böhm S. 105; s. auch Vorbm. Nr. 7 und Erl. 3 zu § 2100.

§ 2104.

E. I § 1807; II § 1977 rev. § 2081; III § 2079. P. I E. 9147 ff., 11349 f., 12234; M. V S. 86 f. P. II Bd. 5 E. 79 f.

1. Die §§ 2104, 2105 enthalten Fälle der sog. **konstruktiven Nacherbfolge** (s. die Vorbm. Nr. 2). Beide Vorschriften setzen eine letztwillige Verfügung voraus, die nicht unmittelbar auf den Eintritt einer Nacherbfolge gerichtet ist, aber eine gewisse Unvollständigkeit an sich trägt, insofern sie die Erbfolge nur für einen gewissen Zeitraum regelt, ohne zu bestimmen, wer vor dem Eintritt oder nach dem Ablaufe der fraglichen Zeit Erbe sein soll. Der § 2104 betrifft den Fall, daß der eingesetzte Erbe *nur bis zum Eintritt* eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses Erbe sein, § 2105 dagegen die Anordnung, daß er die Erbschaft *erst mit dem Eintritt* eines Zeitpunkts oder Ereignisses erhalten soll. In beiden Fällen ergänzt das Gesetz die unvollständige Verfügung durch die dispositive Vorschrift, daß für den vom Erblasser unberücksichtigt gelassenen Zeitraum die *gesetzlichen Erben* des Erblassers eintreten. Hierdurch kommt es in beiden Fällen zu einer Nacherbfolge, und zwar sind die gesetzlichen Erben im Falle des § 2104 die Nacherben, im Falle des § 2105 dagegen die Vorerben. Zwischen den beiden Fällen besteht jedoch ein Unterschied hinsichtlich des Berufungsgrundes und der Person der zur Nacherbfolge bzw. zur Vorerbfolge Berufenen. Nur im Falle des § 2105 treten die Berufenen *kraft ihres gesetzlichen Erbrechts* ein und es sind daher auch diejenigen Personen berufen, welche nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 1924 ff.) zur gesetzlichen Erbfolge gelangen. Im Falle des § 2104 dagegen beruht die Berufung auf einer *vom Gesetze angenommenen Nacherbeinsetzung* und kommt diese Annahme nicht denjenigen Personen zustatten, welche der Erblasser bei seinem Tode als gesetzliche Erben hinterlassen hat (vgl. die Vorbm. Nr. 3 auf S. 7, 8), sondern denjenigen, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn dieser zur Zeit des Eintritts des in der letztwilligen Verfügung bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses gestorben wäre. Letzteres entspricht dem § 2066 Satz 2 und den allgemeinen Grundsätzen über die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte (vgl. die Erl. zu § 2066, auch Frommhold Anm. 3 zu § 2104 gegen Hachenburg S. 10). Außerdem gilt die Besonderheit, daß nach § 2104 der Fiskus (§ 1936) nicht zu den gesetzlichen Erben gerechnet wird, also nicht als Nacherbe eintritt, während im § 2105 eine solche Vorschrift fehlt, mithin in Ermangelung anderer gesetzlicher Erben der Fiskus Vorerbe wird.

2. Die Vorschriften über die *gesetzliche Erbfolge* entscheiden mit der in Nr. 1 bezeichneten Maßgabe nicht nur darüber, welche Personen nach § 2104 als zur Nacherbfolge berufen gelten,

sondern, wenn dies mehrere sind, auch über die Anteile der einzelnen Nacherben. Besondere Tatbestände, die das gesetzliche Erbrecht ausschließen, haben zur Folge, daß der Erbe, in dessen Person sie vorliegen, auch an der Nacherbfolge nach § 2104 nicht teilnimmt. Dies ist namentlich dann von praktischer Bedeutung, wenn der Erblasser durch die auflösend bedingte Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft verfügt, im übrigen aber es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen hat (§ 2088 Abs. 1). Der aufgestellte Satz ergibt sich für die Fälle der Ausschließung durch den Erblasser (§ 1938) und des Erbverzichts (§§ 2346, 2349) daraus, daß die Vorschrift des § 2104 auf dem vermuteten Willen des Erblassers beruht. Die Wirkung der Erbunwürdigkeitserklärung eines gesetzlichen Erben aber erstreckt sich, wie aus § 2340 Abs. 2 Satz 2 zu folgern ist, auch auf die fingierte Nacherbeinsetzung. Anders verhält es sich mit der Ausschlagung. Denn da im Falle des § 2104 Erbeinsetzung angenommen wird, kann ein Erbe, der den ihm kraft Gesetzes anfallenden Erbteil ausgeschlagen hat, wegen der Verschiedenheit des Berufungsgrundes nach § 1951 Abs. 1 den ihm auf Grund des § 2104 als Nacherben anfallenden Erbteil immer noch annehmen.

3. Infolge der Art, in welcher der § 2104 die zur Nacherbfolge berufenen Personen bestimmt, ist es während des Schwebezustandes ungewiß, **wer Nacherbe sein wird.** Häufig werden freilich dieselben Personen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers als gesetzliche Erben berufen sind, zur gesetzlichen Erbfolge auch dann berufen sein, wenn der Erblasser erst bei dem Eintritte des Nacherbfalls gestorben wäre. Es kann daher in Frage kommen, ob diese Personen berechtigt sind, die dem Nacherben zustehenden Rechte auszuüben. Dies wird zu verneinen sein, denn die Möglichkeit, daß insbesondere infolge des Todes derjenigen Personen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers als dessen gesetzliche Erben berufen sind, andere Personen als sie oder ihre Erben Nacherben werden, ist niemals ausgeschlossen. Man kann also höchstens eine Wahrscheinlichkeit annehmen, daß die gedachten Personen Nacherben werden; die bloße Wahrscheinlichkeit genügt aber nicht, um ihnen die Rechte und Pflichten eines Nacherben beizulegen. Will der Vorerbe sich bei einer Verfügung, zu welcher er der Zustimmung des Nacherben bedarf, mit der Zustimmung der gedachten Personen begnügen, so tut er dies auf seine Gefahr; die Zustimmung ist unwirksam, wenn demnächst andere Personen als die gedachten oder ihre Erben Nacherben werden. Andererseits hat der Vorerbe auch nicht das Recht, von den gedachten Personen die Zustimmung zu verlangen. In einem Falle der fraglichen Art wird daher auf Antrag des einen oder anderen Beteiligten nach § 1913 ein Pfleger für den Nacherben bestellt werden müssen.

4. Ist nur einer von mehreren eingesetzten Erben unter einer auflösenden Bedingung oder einem Endtermin eingesetzt, so fällt, sofern die allgemeinen Voraussetzungen der Anwachsung (§ 2094) vorliegen, mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins sein Erbteil den übrigen eingesetzten Erben nach dem entsprechend anzuwendenden Rechte der Anwachsung als Nacherben an und kommt daher § 2104 nicht zur Anwendung (Erl. 2b zu § 2094; Strohal I § 26 Anm. 16; Dernburg V § 53 Anm. 12; etwas anders Frommhold, Salinger S. 142; Herzfelder S. 374, Kipp bei W. III Zus. 2b zu § 604, P. Meyer § 35 Anm. 61, die zwar demselben Ergebnisse zustreben, aber nicht mit dem Begriff der Anwachsung operieren wollen). Sachlich dürfte entscheidend sein, daß man in dem vorausgesetzten Falle zur Annahme, es solle der in der angegebenen Weise freiwerdende Erbteil den übrigen eingesetzten Erben als Nacherben zukommen, nur auf Grund des im § 2094 sich ausprägenden Gedankens gelangen kann. Durch die Anknüpfung an das Anwachsungsrecht gewinnt man zugleich die angemessene Entscheidung, daß die übrigen eingesetzten Erben das Freiwerden des der eventuellen Nacherbfolge unterliegenden Erbteils selbst dann nicht zu erleben brauchen, wenn es ungewiß ist, ob der Fall der Nacherbfolge überhaupt eintreten wird (vgl. Erl. 3 zu § 2094). S. ferner die Erl. zu § 2142.

5. Die Vorschrift des **Satz 2** war vom E. I (M. V S. 87) abgelehnt worden und ist auch in der zweiten Kommission nur gegen den Widerspruch einer erheblichen Minderheit zur Annahme gelangt. Die Mehrheit war der Ansicht, daß nach der Denkungsweise der überwiegenden Mehrzahl der Bevölkerung die Berufung des Fiskus zur Nacherbfolge als vom Erblasser vermutlich nicht gewollt abgelehnt werden müsse; der Erblasser werde in der Regel die Erbschaft lieber dem eingesetzten Erben auch über das als Grenze seines Rechtes bestimmte Ereignis oder den bestimmten Zeitpunkt hinaus belassen (vgl. § 2142 Abs. 2), als sie dem Fiskus zuwenden. Natürlich ist auch der Satz 2 nur dispositiver Natur. Eine verwandte Bestimmung enthält § 2149 Satz 2. Vgl. die kritischen Ausführungen von Hachenburg S. 10, 11; Strohal I § 27 Anm. 6; Frommhold Anm. 4; andererseits Küntzel bei Gruch. S. 585ff.; Endemann III § 19 Anm. 32.

§. 2105. Hat der Erblasser angeordnet, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft erst mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses erhalten soll, ohne zu bestimmen, wer bis dahin Erbe sein soll, so sind die gesetzlichen Erben des Erblassers die Vorerben.

Das Gleiche gilt, wenn die Persönlichkeit des Erben durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereigniß bestimmt werden soll oder wenn die Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person oder einer zu dieser Zeit noch nicht entstandenen juristischen Person als Erbe nach §. 2101 als Nacherbeinsetzung anzusehen ist.

---

§ 2105.

E. I § 1808; II § 1978 rev. § 2082; III § 2080. P. I S. 8908 ff., 9149 ff., 12234; M. V S. 87 f. P. II Bd. 5 S. 80.

1. Die gesetzlichen Erben als Vorerben. Über die rechtliche Natur des § 2105 im allgemeinen und sein Verhältnis zum § 2104 s. Erl. 1 zu § 2104. Die Vorschrift ist eine notwendige Folge davon, daß das BGB. eine ruhende Erbschaft nicht kennt, und daher bis zum Eintritte des bedingt oder befristet eingesetzten Erben einem anderen die Stellung des Erben einräumen muß. Aus dem gleichen Grunde hat bereits das preuß. ALR. (I 12 §§ 259, 260, 478) im Gegensatze zum gem. Rechte eine gleichartige Bestimmung getroffen (vgl. auch das sächs. GB. §§ 2013, 2505). Ein praktischer Vorzug vor der Regelung des gem. Rechtes liegt insbesondere darin, daß, wenn die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung ausfällt, einfach der bisherige Rechtszustand bestehen bleibt. Die Vorschrift des § 2105, daß die gesetzlichen Erben die Vorerben sein sollen, ist übrigens insoweit nur ergänzender Natur, als sie dem Erblasser die Bestimmung der Person des Vorerben und die Ausschließung der im § 1938 bezeichneten gesetzlichen Erben von der Vorerbfolge offen läßt; sie greift also nicht durch, soweit die Anordnung des Erblassers eine wirksame Bestimmung der bezeichneten Art enthält oder aus ihr eine solche im Wege der Schlußfolgerung zu entnehmen ist (KG. 29 S. A 42). Insbesondere kann, wenn neben dem bedingt eingesetzten Erben andere Erben unbedingt berufen sind, die Absicht des Erblassers dahin gehen, daß die letzteren bis zum Eintritte der Bedingung auch den Erbteil des bedingt Eingesetzten erhalten und die gesetzlichen Erben ausschließen sollen. Es ist dann eine stillschweigende Einsetzung der unbedingt eingesetzten Erben als Vorerben anzunehmen; von einer Anwachsung (Frommhold Anm. 1) kann hier deswegen nicht die Rede sein, weil es an der Voraussetzung fehlt, daß ein eingesetzter Erbe wegfällt. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß es, wie Böhm (S. 51) und Wilke (Anm. 2) meinen, für die Entscheidung der Frage, ob nach § 2105 die gesetzlichen Erben oder nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers die unbedingt eingesetzten Miterben hinsichtlich des bedingt vergebenen Erbteils Vorerben werden, wesentlich darauf ankäme, ob die Bruchteile der eingesetzten Erben vom Erblasser bestimmt sind oder nicht. Jedenfalls kann der Erblasser auch dann, wenn er den einzelnen Erben bestimmte Erbteile zugeteilt hat, beabsichtigt haben, die gesetzlichen Erben von der Vorerbschaft auszuschließen (vgl. Erl. 2a zu § 2094; s. übrigens auch § 2089), da eine solche Zuteilung keineswegs notwendig eine Beschränkung auf die bestimmten Bruchteile enthält (so auch Dernburg V § 53 Anm. 9).

2. Einer aufschiebend bedingten oder befristeten Erbeinsetzung werden im **Abs. 2** verschiedene andere Fälle gleichgestellt:

a) Die gesetzlichen Erben sollen auch dann als Vorerben eintreten, wenn die Persönlichkeit des eingesetzten Erben durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll, z. B. wenn von den beiden unerwachsenen Nichten des Erblassers diejenige als Erbin eingesetzt ist, welche zuerst heiratet, oder wenn ohne jede Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis derjenige eingesetzt ist, welcher eine besondere Leistung vollbringt, etwa eine gewisse Erfindung macht. Voraussetzung ist, daß eine objektive Unbestimmtheit der Person des Erben besteht. Die Vorschrift findet daher keine Anwendung, wenn der Erblasser eine konkrete Person im Auge hat, sie aber nur nach gewissen Merkmalen bezeichnet, wenn er z. B. seinen ihm unbekannt gebliebenen Lebensretter als Erben einsetzt. In einem solchen Falle wird der Eingesetzte sofort Erbe und erhält, sobald seine Person ermittelt ist, die Erbschaft mit allen seit dem Erbfall aufgekommenen Nutzungen, für die Zwischenzeit aber ist nötigenfalls ein Nachlaß-

§. 2106. Hat der Erblasser einen Nacherben eingesetzt, ohne den Zeitpunkt oder das Ereigniß zu bestimmen, mit dem die Nacherbfolge eintreten soll, so fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dem Tode des Vorerben an.

---

pfleger (§ 1960) zu bestellen. Wegen des Verhältnisses des hier in Frage stehenden Falles zu dem Grundsatze des § 2065 Abs. 2 s. die dortige Erl. 2.

b) Das gleiche gilt, wenn

α) eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte physische Person oder

β) eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht entstandene juristische Person (mit Ausnahme einer vom Erblasser selbst errichteten Stiftung)

als Erbe eingesetzt ist und diese Erbeinsetzung nach § 2101 als Nacherbeinsetzung aufrecht erhalten wird. Ist dagegen die eingesetzte physische Person zur Zeit des Erbfalls schon erzeugt oder ist eine vom Erblasser selbst errichtete Stiftung als Erbe eingesetzt, so tritt nach § 1923 Abs. 2 bzw. § 84 mit der Geburt des Erben bzw. mit der Genehmigung der Stiftung die Rückbeziehung des Anfalls auf den Erbfall ein und ist daher für einen Vorerben kein Raum. Ebenso verhält es sich, wenn und soweit eine als Erbe eingesetzte juristische Person zu dem ihr zugedachten erbschaftlichen Erwerbe nach den durch EG. Art. 86 vorbehaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen der staatlichen Genehmigung bedarf (vgl. auch KG. 31 S. A 59).

3. Obschon dem Erblasser in den Fällen des § 2105 die Möglichkeit der Bestimmung der Person des Vorerben offen gelassen ist (vgl. Erl. 1), so kann er doch den Eintritt der Vorerbfolge überhaupt nicht ausschließen; denn eine solche Ausschließung würde sich mit dem zwingenden Rechtssatze, daß die Erbfolge unmittelbar mit dem Erbfall einsetzt, in Widerspruch setzen (vgl. auch Erl. 2 zu § 1922; Erl. 1 zu § 1938).

4. Soweit die Erbschaft in den Fällen des § 2105 den gesetzlichen Erben anfällt, liegt gesetzliche Erbfolge im technischen Sinne vor (vgl. auch Vorbm. 2b auf S. 8). A. M. Herzfelder S. 373 (unten), der die Bestimmung des § 2104, daß die daselbst bezeichneten gesetzlichen Erben als Nacherben eingesetzt anzusehen sind, entsprechend auf § 2105 übertragen will und demgemäß annimmt, daß die gesetzlichen Erben in den Fällen des § 2105 „als zu Vorerben eingesetzt zu gelten haben". Zwingender Grund hierfür soll sein, daß eine Beschränkung gesetzlicher Erben durch eine Nacherbfolge undenkbar sei. Diese Auffassung geht fehl. Sie verkennt, daß die nach § 2105 eintretende Vorerbfolge auf Rechtsnotwendigkeit beruht und eventuell als Vorerbfolge des Fiskus selbst gegen den Willen des Erblassers (vgl. auch Dernburg V § 55 bei Anm. 4) stattfindet (vgl. auch Erl. 3). Während zu den als Nacherben eingesetzt anzusehenden gesetzlichen Erben des § 2104 der Fiskus nicht gehört, umfaßt der Ausdruck „gesetzliche Erben" im § 2105 selbstverständlich auch den Fiskus. Gerade hierdurch ist die Möglichkeit eines tempus vacuum, während dessen die Erbschaft eines Erben entbehren würde, ausgeschlossen (vgl. Erl. 4 zu § 1936). Denn hinsichtlich des Fiskus gelten die bekannten Grundsätze, zufolge deren er von der gesetzlichen Erbfolge nicht testamentarisch ausgeschlossen werden (§ 1938) und die ihm als gesetzlichem Erben angefallene Erbschaft nicht ausschlagen kann (§ 1942 Abs. 2; vgl. auch Erl. 2 zu § 1942). Da dies für den als Erben eingesetzten (bzw. als solcher eingesetzt anzusehenden) Fiskus nicht gilt, so kann die Absicht des Gesetzes in den vorhin bezeichneten Fällen des § 2105 nur durch den Eintritt einer gesetzlichen Erbfolge im technischen Sinne verwirklicht werden. Diese Behandlung steht mit dem Wesen der gesetzlichen Erbfolge, die überall eintritt, wo und soweit es zur gewillkürten Erbfolge nicht kommt (vgl. Vorbm. 2b auf S. 8), keineswegs in Widerspruch, sondern in bestem Einklang. Die gesetzliche Erbfolge braucht keine unbeschränkte zu sein. Wie es mit ihrem Wesen verträglich ist, daß sie neben der gewillkürten eintritt (§ 2088), so kann sie nach § 2105 der gewillkürten Erbfolge auch vorangehen. Die vorerwähnte, übrigens auch mit dem Wortlaute des § 2105 sich in Widerspruch setzende Auffassung Herzfelders ist somit abzulehnen.

§ 2106.

E. I § 1809; II § 1979 rev. § 2083; III § 2081. P. I S. 915 f.; M. V S. 88 f. P. II Bd. 5 S. 60 f.

Der Fall der Nacherbfolge.

1. Bei der Nacherbfolge kommt es notwendig zu einem mehrfachen Anfall der Erbschaft, zu dem an den unmittelbaren Erben (Vorerben) und zu dem an den Nacherben. Der für den Anfall an jenen maßgebende Zeitpunkt ist der Erbfall (vgl. Erl. 3 zu § 1922). Denjenigen

Ist die Einsetzung einer noch nicht erzeugten Person als Erbe nach §. 2101 Abs. 1 als Nacherbeinsetzung anzusehen, so fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dessen Geburt an. Im Falle des §. 2101 Abs. 2 tritt der Anfall mit der Entstehung der juristischen Person ein.

Zeitpunkt dagegen, mit welchem die Erbschaft dem Nacherben anfällt, bezeichnet das Gesetz als den Fall der Nacherbfolge (vgl. §§ 2108, 2109, 2139, 2141). Die Bestimmung dieses Falles kommt innerhalb der durch § 2109 gezogenen gesetzlichen Schranken dem Erblasser zu. Hat er aber einen Nacherben eingesetzt, ohne den Zeitpunkt oder das Ereignis, mit dem der Nacherbe den Vorerben ablösen soll (d. i. den Fall der Nacherbfolge) zu bestimmen, so ergänzt das Gesetz die derart unvollständige letztwillige Verfügung durch die Dispositivvorschrift des § 2106 Abs. 1. Die notwendige Begrenzung der Dauer der Vorerbschaft wird hier dem vermutlichen Willen des Erblassers entsprechend dahin getroffen, daß die Vorerbschaft an das Leben des Vorerben gebunden sein soll. Die Vorschrift ist nicht wie im bisherigen Rechte (sächs. GB. § 2509; Eccius IV § 275 Anm. 32, 33; vgl. übrigens auch BGB. § 2181) auf den Fall beschränkt, daß die Zeit der Herausgabe in das Belieben des Vorerben gestellt ist. An dem Satze, daß ein vererbliches Recht des Nacherben schon mit dem Erbfall entsteht (§ 2108 Abs. 2), wird durch den § 2106 natürlich nichts geändert (vgl. Strohal I § 27 Anm. 18).

2. Der Abs. 2 ist von der zweiten Kommission in der Erwägung aufgenommen worden, es werde in den fraglichen Fällen meist der Absicht des Erblassers entsprechen, daß die Erbschaft dem eingesetzten Erben (Nacherben) sobald als möglich anfalle, also nicht erst mit dem Tode des Vorerben (§ 2105 Abs. 2), sondern schon mit der Geburt des Nacherben (vgl. übrigens hierzu noch Erl. 4 zu § 2108) bzw. mit der Entstehung der juristischen Person. Zu beachten ist, daß der Abs. 2 sich nur auf die Fälle bezieht, in denen die Erbeinsetzung einer noch nicht erzeugten physischen oder noch nicht entstandenen juristischen Person gemäß § 2101 in eine Nacherbeinsetzung umgedeutet wird. Hat der Erblasser eine solche Person ausdrücklich nur zur Nacherbfolge berufen, so ist es eine Frage der Auslegung des Testaments, ob ihr die Erbschaft mit ihrer Geburt bzw. Entstehung oder mit dem Tode des Vorerben anfallen soll. Läßt sich der Wille des Erblassers nicht ermitteln, so ist nach Abs. 1 im letzteren Sinne zu entscheiden.

3. Tritt der Fall der Nacherbfolge erst nach dem Tode des Vorerben ein, so geht das Recht des Vorerben hinsichtlich der der eventuellen Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft auf dessen Erben über und werden mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge also erst diese von dem Nacherben abgelöst (vgl. Strohal I § 28 Anm. 51).

4. Über die Einsetzung eines Nacherben unter einer aufschiebenden Bedingung vgl. Erl. 3 zu § 2108. Hier soll nur auf folgende Möglichkeit noch besonders hingewiesen werden. Der Erblasser kann eine Nacherbfolge auch nur für den Fall anordnen, daß der unmittelbare Erbe es unterläßt, durch Verfügung unter Lebenden oder wohl auch durch Verfügung von Todes wegen (vgl. dazu Kretzschmar in DJZ. 1906 S. 1351) einen vom Erblasser gewünschten Erfolg herbeizuführen. Z. B.: Dem als Erben eingesetzten A soll B für den Fall als Nacherbe folgen, daß A es unterläßt, dem B durch Verfügung unter Lebenden oder doch wenigstens durch Verfügung von Todes wegen den lastenfreien Erwerb des Eigentums seines (des A) Familienhauses zu ermöglichen.

5. Hachenburg (DRV. 6 S. 332) wirft die Frage auf, ob der Erblasser die Bestimmung des Zeitpunkts, mit welchem die Nacherbfolge eintreten soll, auch der Entscheidung eines Dritten (etwa des Testamentsvollstreckers) oder des Vorerben selbst (von dem aber, da für den Fall der Ausschlagung § 2102 maßgebend ist, vorausgesetzt wird, daß er die Erbschaft angenommen hat) überlassen könne, und entscheidet sie, abgesehen von der sofort zu erwähnenden Einschränkung, bejahend. Die von Hachenburg selbst für notwendig erachtete Einschränkung besteht nur darin, daß die Entscheidung darüber, ob die Erbschaft dem Vorerben überhaupt anfallen solle, in das Belieben eines Dritten allerdings nicht gestellt werden könne. Allein ungeachtet dieser Einschränkung wird die von Hachenburg getroffene Hauptentscheidung nicht aufrecht erhalten werden können. Ihr steht § 2065 entgegen. Dadurch daß ein Dritter entscheidet, mit welchem Zeitpunkte die Nacherbfolge eintreten soll, trifft er notwendig die Entscheidung über den Gegenstand der dem Vorerben gemachten Zuwendung. Diesen Gegenstand bildet praktisch der Ertrag der Erbschaft in der Zeit seit dem Erbfall bis zum Eintritte der Nacherbfolge. Nach § 2065 Abs. 2 muß es daher als ausgeschlossen erachtet werden, daß

§. 2107. Hat der Erblasser einem Abkömmlinge, der zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung keinen Abkömmling hat oder von dem der Erblasser zu dieser Zeit nicht weiß, daß er einen Abkömmling hat, für die Zeit nach dessen Tode einen Nacherben bestimmt, so ist anzunehmen, daß der Nacherbe nur für den Fall eingesetzt ist, daß der Abkömmling ohne Nachkommenschaft stirbt.

---

der Erblasser einem Dritten die Entscheidung darüber überläßt, ob dem Vorerben der Ertrag einer kurzen oder langen Zeit zukommen, d. h. mit anderen Worten wie groß der diesem zukommende Ertrag sein soll. Es darf sodann nicht übersehen werden, daß der Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge in zahlreichen Fällen nicht nur für den Anfall der Erbschaft an den Nacherben sondern zugleich auch dafür entscheidend ist, wer Nacherbe wird (vgl. § 2104). In der durch den Dritten oder den Vorerben erfolgenden Festsetzung des Zeitpunktes der Nacherbfolge würde in den bezeichneten Fällen also zugleich die Bestimmung der Person des Nacherben gelegen sein, die der Erblasser nach § 2065 Abs. 1 einem anderen nicht überlassen kann. Es ist ferner klar, daß der Erblasser auch die Entscheidung darüber, ob es zur Nacherbfolge überhaupt kommen soll, weder dem Vorerben noch einem Dritten anheimstellen kann. Es müßte also zu der vom Erblasser angeordneten Nacherbfolge auch dann kommen, wenn der Vorerbe oder der Dritte bezüglich des Zeitpunktes der Nacherbfolge keine Bestimmung trifft. Als vom Erblasser gewollter Fall der Nacherbfolge wäre somit nach § 2106 Abs. 1 der Tod des Vorerben anzusehen. Führt aber die Auslegung der Verfügung des Erblassers zu diesem Ergebnisse, so kann es nicht angehen, daß ein Dritter oder der Vorerbe darüber entscheide, ob es dabei bewenden oder ob ein anderer Zeitpunkt für den Fall der Nacherbfolge maßgebend sein soll.

6. Über das Unwirksamwerden der Einsetzung eines Nacherben wegen des verspäteten Eintrittes des Falles der Nacherbfolge vgl. § 2109.

§ 2107.

E. I § 1811; II § 1960 rev. § 2084; III § 2082. P. I S. 9156 f.; M. V S. 89 f. P. II Bd. 5 S. 82 f.

Eventueller Wegfall der einen Abkömmling des Erblassers beschränkenden Nacherbfolge.

1. Der nach dem Vorbild ähnlicher Vorschriften im gem., preuß. und sächs. Rechte in das Gesetzbuch aufgenommene § 2107 setzt

a) zunächst voraus, daß der Erblasser einem „**Abkömmling**“ (der übrigens nicht notwendig eingesetzter Erbe zu sein braucht, sondern auch gesetzlicher Erbe sein kann) **einen Nacherben** bestimmt hat. Der Ausdruck Abkömmling ist wie sonst so auch hier im technischen Sinne zu verstehen. Er trifft also sowohl den unmittelbaren als auch den entfernteren Abkömmling, nicht nur den ehelichen Abkömmling sondern auch denjenigen, welcher einem ehelichen Abkömmling des Erblassers gleichsteht. Es kann in dieser Beziehung auf die Vorbm. Nr. 5 auf S. 16 und auf Erl. 1 zu § 1924, ferner auf Erl. 1 zu § 1589 verwiesen werden.

b) Weitere Voraussetzung ist, daß der durch die Anordnung der Nacherbfolge beschränkte Abkömmling zur Zeit der diese Anordnung enthaltenden letztwilligen Verfügung **keinen Abkömmling** hatte, oder für in diesem Sinne nachkommenlos vom Erblasser doch gehalten wurde. Hierzu ist noch zu bemerken:

α) Bezüglich des Ausdrucks Abkömmling vgl. das bereits unter a Gesagte. Doch ist zu beachten, daß der Abkömmling einen „Abkömmling“ haben kann (ein durch Ehelichkeitserklärung legitimiertes oder ein an Kindesstatt angenommenes Kind), der nicht zugleich auch als „Abkömmling“ des Erblassers zu gelten hat (vgl. §§ 1737, 1763).

β) War dem Erblasser zur Zeit der Anordnung der Nacherbfolge das Vorhandensein eines Abkömmlings des Abkömmlings bekannt, so ist Anwendung des § 2107 ausgeschlossen. Dasselbe wird für den Fall gelten müssen, wo der Erblasser zur angegebenen Zeit wußte, daß der später geborene Abkömmling des Abkömmlings bereits erzeugt war.

c) Zum Tatbestand des § 2107 gehört ferner, daß die Einsetzung des Nacherben „für die Zeit **nach dem Tode**“ des durch die Nacherbfolge beschränkten Abkömmlings erfolgt ist. Denn nur in diesem Falle hält das Gesetz die Wahrscheinlichkeitsannahme, auf welcher die Bestimmung des § 2107 beruht, für begründet.

d) Treffen die unter a bis c bezeichneten Voraussetzungen zu, so ist nach § 2107 anzunehmen, es sei der Nacherbe nur für den Fall eingesetzt, daß der Abkömmling „**ohne Nachkommenschaft**“ (d. h. ohne einen Abkömmling zu hinterlassen) stirbt. Man kann dies auch dahin

ausdrücken, daß die Anordnung der Nacherbfolge unwirksam wird, wenn der durch sie beschränkte Abkömmling des Erblassers bei seinem Tode einen Abkömmling hinterläßt.

2. Bei der Anwendung des § 2107 muß von dem Normalfalle ausgegangen werden, daß der durch die Nacherbfolge beschränkte Abkömmling des Erblassers wirklich zur Erbfolge gelangt. Geleitet durch die Erwägung, daß der Erblasser dafern er vorausgesehen hätte, daß der ihn beerbende Abkömmling mit Hinterlassung eines Abkömmlings sterben werde, die Nacherbfolge wahrscheinlich nicht angeordnet haben würde, nimmt das Gesetz die Anordnung im Falle, daß der vom Erblasser nicht in Betracht gezogene Umstand doch eintritt, als nicht gewollt an. Diese Behandlung ist insofern eine eigenartige, als eine letztwillige Verfügung, zu der der Erblasser durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist, sonst nur nach Maßgabe des § 2078 der Anfechtung unterliegt, während im Falle des § 2107 das Nichtzutreffen der dem Erblasser vom Gesetz auf Grund einer Wahrscheinlichkeitsannahme zugeschriebenen Erwartung die Anordnung der Nacherbfolge ohne weiteres (also ohne vorangegangene Anfechtung) unwirksam macht.

Einzelnes:

a) Die Unwirksamkeit der Nacherbfolgeanordnung tritt nur ein, wenn der zur Vorerbfolge gelangende Abkömmling bei seinem Tode einen Nachkommen (= Abkömmling) hinterläßt. Ist der vorhanden gewesene Abkömmling des Vorerben vor dessen Tode wieder weggefallen, so bleibt die Anordnung der Nacherbfolge wirksam. Hieraus ist zu folgern, daß sich mit der Geburt von Kindern des Vorerben in der Rechtsstellung der Nachlaßbeteiligten noch nichts ändert, der Nacherbe vielmehr trotz des Vorhandenseins der Kinder bis zum Tode des Vorerben die ihm während der Dauer der Vorerbschaft zustehenden Befugnisse behält. Ist bei dem Tode des Vorerben ein Abkömmling desselben im Mutterleibe vorhanden, so entkräftet er die Nacherbeinsetzung, wenn er demnächst lebend zur Welt kommt.

b) Wenn § 2107 eingreifen soll, so muß der vom Vorerben hinterlassene Nachkomme „Abkömmling" im technischen Sinne sein. Als solcher ist grundsätzlich auch ein vom Vorerben an Kindesstatt angenommenes Kind (bezüglich der Abkömmlinge dieses Kindes vgl. § 1762) anzusehen (vgl. auch Cosack II § 371 unter III 1 g). Anders P. Meyer S. 276 Anm. s in wesentlichem Anschluß an eine von Pfaff-Hofmann II S. 263 Anm. 27 bei der Auslegung des § 617 österr. GB. (unter Berufung auf l. 76 D. 35,1) geltend gemachte Erwägung. Hiergegen ist jedoch zu sagen, daß der in der ersten Hälfte des § 2107 zweimal vorkommende Ausdruck „Abkömmling" jedenfalls auch das an Kindesstatt angenommene Kind (und dessen in § 1762 genauer bezeichneten Abkömmlinge) in sich begreift. Hatte der Erblasser also z. B. einem Abkömmling, von dem er zur Zeit der Testamentserrichtung nicht wußte, daß er einen an Kindesstatt angenommenen Sohn besaß, für die Zeit nach dem Tode desselben einen Nacherben ernannt, und hinterläßt jener Abkömmling bei seinem Tode den angenommenen Sohn, so ist dadurch der Tatbestand des § 2107 offenbar gegeben. Dasselbe muß gelten, wenn der durch die Anordnung der Nacherbfolge beschränkte Abkömmling des Erblassers ein von ihm nach der Testamentserrichtung aber noch vor dem Tode des Erblassers an Kindesstatt angenommenes Kind hinterläßt. Ja man wird auch hierüber noch hinausgehen und es, sowohl nach der Fassung als auch nach der Absicht des Gesetzes, grundsätzlich als möglich anerkennen müssen, daß die den Abkömmling beschränkende Nacherbfolge auch dadurch ausgeschlossen werden kann, daß der Abkömmling erst nach dem Erbfall zur Annahme eines Kindes schreitet. Die Frage, ob nicht wenigstens unter besonderen Umständen, nämlich dann, wenn die (etwa nach einem laxen fremden Rechte zu beurteilende) Annahme an Kindesstatt nachweisbar lediglich in frivoler, auf Vereitelung der Anordnung des Erblassers gerichteter Absicht erfolgt ist, die Vorschrift des § 162 heranzuziehen wäre, kann wegen der Unwahrscheinlichkeit des Falles dahingestellt bleiben.

c) Der vom Vorerben hinterlassene Abkömmling braucht weder dem Erblasser noch dem Vorerben gegenüber (anders zum Teile das bisherige Recht) erbberechtigt zu sein (vgl. M. V S. 90). Hiernach ist z. B. ein Erbverzichtsvertrag, der zwischen dem Vorerben und seinem Abkömmling über das gesetzliche Erbrecht des letzteren geschlossen wird, ohne Einfluß, desgleichen die testamentarische Ausschließung oder die Erbunwürdigkeit des Abkömmlings.

d) Dadurch daß die Anordnung der Nacherbfolge nach Maßgabe des § 2107 entfällt, stellt sich der scheinbare Vorerbe nunmehr als freier Herr des von ihm ererbten Vermögens heraus, das sich somit, soweit er über dasselbe nicht bereits wirksam unter Lebenden verfügt hat, als Bestandteil seines Nachlasses nach allgemeinen Grundsätzen vererbt. In Ansehung desjenigen, was von jenem Vermögen indirekt an den hinterlassenen Abkömmling gelangt, hat dieser keines-

falls die Stellung eines vom ursprünglichen Erblasser eingesetzten Nacherben. Die Vorschrift des § 2107 beruht also auf einem ganz anderen Gedanken als die des § 2069. Während diese dem vom Erblasser nicht benannten Abkömmling des als bedacht bezeichneten aber nicht zum Erwerbe gelangenden Abkömmlings zustatten kommt, soll der im § 2107 bestimmte rechtliche Vorteil (Wegfall der Nacherbfolge) in der Person des vom Erblasser als Vorerbe Eingesetzten selbst eintreten und ist es dabei ganz gleichgültig, ob etwas von diesem Vorteil auch dem vom eingesetzten Abkömmling hinterlassenen Abkömmling vermittelt wird.

e) Die Vorschrift des § 2107 ist nur dispositiver Natur. Der Erblasser kann ihre Anwendung ausschließen und die Einsetzung des Nacherben somit auch für den Fall, daß der Vorerbe Nachkommenschaft hinterläßt, aufrechterhalten. Dies kann vorsorglich schon in dem die Anordnung der Nacherbfolge enthaltenden Testamente oder auch in einer Nachtragsverfügung geschehen. Hat der Erblasser eine Verfügung jener Art nicht getroffen und schreitet er auch nach erlangter Kenntnis von dem Umstande, daß der von ihm nur als Vorerbe in Aussicht genommene Abkömmling einen Abkömmling schon zur Zeit der Testamentserrichtung hatte oder nachträglich bekommen hat, nicht zur Vornahme einer die Anwendung des § 2107 ausschließenden Verfügung von Todes wegen, so greift die Vorschrift durch. Eine formlose Erklärung des Erblassers, daß die von ihm bestimmte Nacherbfolge unter allen Umständen aufrecht bleibt, vermöchte daran nichts zu ändern. Doch ist auch hier zu beachten, daß eine derartige nachträgliche Erklärung unter Umständen ein Indiz für diejenige Absicht, welche der Erblasser schon zur Zeit der Testamentserrichtung hatte, bilden und in Verbindung mit anderen Momenten zur Auslegung führen kann, daß der Erblasser die Anwendung des § 2107 schon von vornherein ausgeschlossen wissen wollte (vgl. Vorbm. 4 auf S. 338).

Über die pflichtteilsrechtliche Beurteilung des Falles, wo der Erblasser einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling einen Nacherben bestimmt vgl. § 2306.

f) Da § 2107 lediglich für den Fall Vorsorge treffen will, daß der durch die Anordnung der Nacherbfolge beschränkte Abkömmling des Erblassers mit Hinterlassung von Nachkommenschaft stirbt, so läßt er die Gestaltung der Nacherbfolge völlig unberührt, wenn der bezeichnete Fall nicht zutrifft. Die Vererblichkeit der Anwartschaft des als Nacherbe Eingesetzten bestimmt sich daher nach der Regel des § 2108 Abs. 2 Satz 1. Ungeachtet der vom Gesetz am Schlusse des § 2107 gebrauchten Wendung ist also auf die Anordnung einer Nacherbfolge der hier in Frage kommenden Art nicht die Auslegungsregel des § 2074, der zufolge der Nacherbe das nachkommenlose Versterben des Vorerben „im Zweifel" erleben müßte, anzuwenden. Dies ist aus der Absicht des Gesetzes zu erschließen, das durch die Vorschrift des § 2107 sicherlich nicht weiter eingreifen will, als deren Zweck wirklich erheischt. So auch Strohal I § 27 bei Anm. 23; Böhm S. 113; Herzfelder S. 375; a. M. Frommhold Erl. 3c zu § 2108 und P. Meyer § 45 Anm. 13, die § 2074 für maßgebend halten, über die Anwendung der daselbst aufgestellten Regel aber dann doch wieder durch Auslegung des konkreten Willens des Erblassers (für dessen Ermittelung es jedoch gerade in unserem Falle, wo der Erblasser die Möglichkeit, daß der Vorerbe Abkömmlinge hinterlassen werde, nicht einmal in Erwägung gezogen hat, an sicheren Anhaltspunkten gänzlich fehlt) hinwegzukommen suchen.

3. Wie verhält es sich mit der Anwendung des § 2107, wenn der vom Erblasser als Vorerbe in Aussicht genommene Abkömmling die Erbschaft ausschlägt, oder für erbunwürdig erklärt wird, oder noch vor dem Erbfall stirbt? In diesen Fällen handelt es sich vor allem darum, wer an Stelle des weggefallenen Abkömmlings zur unmittelbaren Erbfolge gelangt. Auf diese Frage ist aus § 2107 keine Antwort zu gewinnen. Auch die Heranziehung des § 2069 führt nicht zur Erledigung. Denn was zunächst

a) den Fall der Ausschlagung (dem der Fall der Erbunwürdigkeitserklärung gleichsteht) betrifft, so ist klar, daß, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls überhaupt keinen Abkömmling hat oder nur einen solchen, der (weil er z. B. ein nur für ehelich erklärtes Kind des Ausschlagenden ist) nicht zugleich auch Abkömmling des Erblassers ist, nur der als Nacherbe Eingesetzte in seiner Eigenschaft als Ersatzerbe nach § 2102 Abs. 1, oder dafern dieser noch nicht erzeugt ist, nach Maßgabe des § 2105 Abs. 2 der gesetzliche Erbe des Erblassers als unmittelbarer Erbe in Betracht kommt. Darauf aber, ob der Ausschlagende zur Zeit seines Todes einen Abkömmling (mag er nun zugleich auch Abkömmling des Erblassers sein oder nicht) hinterläßt, kann weiter nichts ankommen; denn es ist nicht abzusehen, was dies an der Gestaltung der Erbfolge ändern sollte. Fraglich kann nur sein, ob der zur Zeit des Erbfalls bereits vorhandene Abkömmling des Ausschlagenden auf Grund des § 2069 nicht wenigstens

§. 2108. Die Vorschriften des §. 1923 finden auf die Nacherbfolge entsprechende Anwendung.

Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritte des Erbfalls, so geht sein Recht auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Ist der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so bewendet es bei der Vorschrift des §. 2074.

---

dann zur unmittelbaren Erbfolge gelangt, wenn er zugleich ein mittelbarer Abkömmling des Erblassers ist, der im Falle der gesetzlichen Erbfolge an die Stelle des Ausschlagenden treten würde. Dies wird jedoch in der Regel deshalb zu verneinen sein, weil § 2069 nur eingreift, wenn der Erblasser für den daselbst bezeichneten Fall keine Bestimmung getroffen hat. Eine solche ist aber nach Maßgabe des § 2102 Abs. 1 als getroffen anzusehen, so daß normalerweise auch hier der als Nacherbe Eingesetzte als Ersatzerbe zur unmittelbaren Erbfolge gelangen wird und der Eintritt der Nacherbfolge aus diesem Grunde entfällt. War der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt, so steht der Anwendung des § 2069 zwar nichts im Wege, würde jener aber mit seiner Geburt (§ 2102 Abs. 1 in Verbindung mit § 2101 Abs. 1 und § 2106 Abs. 2) zur Nacherbfolge gelangen. Ob der Ausschlagende zur Zeit seines Todes einen Abkömmling hinterläßt, würde auch hier völlig gleichgültig sein, da die Vorschrift des § 2107 infolge der Ausschlagung desjenigen, welchem sie allein zustatten kommen soll, gegenstandslos geworden ist.

b) Es bleibt noch zu fragen übrig, wer unmittelbarer Erbe wird, wenn der durch die Anordnung der Nacherbfolge beschränkte Abkömmling vor dem Erbfall stirbt, aber einen zur Zeit dieses Erbfalls noch lebenden Abkömmling hinterläßt. Der letztere kann es keinesfalls werden, wenn ihm die im § 2069 vorausgesetzte Beziehung zum Erblasser fehlt. Bezüglich der Gestaltung der Erbfolge gilt dann also dasselbe, was vorhin bei der Besprechung des Falles der Ausschlagung gesagt ist. Die Anwendung des § 2107 kommt gar nicht in Frage. Jedenfalls unrichtig ist somit die hier und da (z. B. von P. Meyer S. 276 Anm. δ) aufgestellte Behauptung, daß es für die Anwendung des § 2107 durchaus gleichgültig sei, ob der vom Erblasser als Vorerbe in Aussicht genommene Abkömmling vor oder nach dem Erbfall stirbt. Das Ergebnis der Ausführung unter a ist hier aber auch nach der Richtung hin festzuhalten, als es die in der Einsetzung des Nacherben enthaltene eventuelle Einsetzung desselben als Ersatzerben selbst dann zur Geltung bringt, wenn der vorhandene Abkömmling des weggefallenen Abkömmlings zugleich auch ein Abkömmling des Erblassers im Sinne des § 2069 ist. Die entgegengesetzte Entscheidung, daß die eventuelle Einsetzung des Nacherben als Ersatzerbe bei der vorausgesetzten Gestaltung zugunsten des Abkömmlings desjenigen, welcher hätte Vorerbe werden sollen, in Wegfall komme, würde sich mit dem Zwecke des § 2107, dem eine Begünstigung des vom verstorbenen Abkömmling hinterlassenen Abkömmlings gänzlich fremd ist, nicht vereinigen lassen. Trotzdem bleibt das Interesse des vom Erblasser aus Irrtum übergangenen entfernteren Abkömmlings vollständig gewahrt. Denn er kann das Testament im bezeichneten Falle nach Maßgabe des § 2078 Abs. 2 und, wenn er ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling ist, nach § 2079 anfechten.

§ 2108.

E. I § 1810. § 2026 Abs. 2; II § 1931 rev. § 2085; III § 2083. P. I S. 9289 ff., 10452, 11352; M. V S. 89, 489. P. II Bd. 5 S. 81 f., 614. D. S. 731. KB. S. 2102 f.

Herold in Lobes CBl. 4 S. 175 ff.

1. Der in Abs. 1 angeordneten entsprechenden Anwendung der Vorschriften des § 1923 auf die Nacherbfolge kommt zunächst die Bedeutung zu, daß **Nacherbe** jedenfalls **nicht werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt** (vgl. § 1923 Abs. 1). Zu dem weiteren Satze, daß der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls bereits existent sein müsse, führt die entsprechende Anwendung des § 1923 dagegen nicht, § 2101 bestimmt vielmehr das Gegenteil. Es muß also genügen, wenn der Nacherbe auch nur zu der Zeit vorhanden ist, zu welcher die Nacherbfolge sich verwirklichen soll, das ist zur Zeit des Falles der Nacherbfolge. Inwiefern dem Nacherben hierbei die Vorschrift des § 1923 Abs. 2 zustatten kommt, wird in Erl. 4 näher ausgeführt. Ist der als Nacherbe Eingesetzte eine natürliche Person, so ist übrigens, dafern diese auch

nur in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge gelebt hat, in der Regel nicht einmal erforderlich, daß sie zur Zeit des Falles der Nacherbfolge noch lebt (vgl. Erl. 2, 5).

2. Regelmäßige Vererblichkeit der Nacherbfolge-Anwartschaft. Voraussetzungen dafür. Da die Erbschaft dem Nacherben erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge anfallen soll (§ 2139), so scheint der Schluß nahezuliegen, daß der Nacherbe diesen Fall erleben müsse. Diese Entscheidung wird jedoch in Abs. 2 ausdrücklich abgelehnt. Von der Erwägung ausgehend, daß es in der Regel der Absicht des Erblassers entsprechen wird, dem Nacherben schon vor dem Falle der Nacherbfolge ein festes Recht zu gewähren, das den Kredit des Nacherben stärkt und eventuell wenigstens seinen Erben zustatten kommt, stellt das Gesetz als Regel auf, daß das Recht aus der Einsetzung als Nacherbe auf die Erben des Berufenen übergeht, wenn dieser vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Erbfalle stirbt. Die Vorschrift will übrigens nur insoweit eingreifen, als nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, und charakterisiert sich dadurch als Auslegungsregel (vgl. Bd. I S. 24; a. M. Frommhold Anm. 2). Infolge dieser Behandlung kann bei der Nacherbfolge außer dem Falle der Nacherbfolge, mit welchem die Erbschaft dem Nacherben anfällt und dieser dadurch in die Erbenstellung eintritt, auch noch der Zeitpunkt von Bedeutung sein, mit welchem der als Nacherbe Eingesetzte bereits eine vererbliche Anwartschaft auf den künftigen Eintritt der Nacherbfolge erlangt. Dieser Zeitpunkt wird in der Literatur im Anschluß an Strohal I § 27 bei Anm. 20 überwiegend (vgl. aber auch Dernburg V § 9 Anm. 3) als „Voranfall" bezeichnet. Wo eine vererbliche Anwartschaft nicht in Frage kommt, ist von einem derartigen Voranfall nicht zu sprechen (anders mit Unrecht P. Meyer S. 271 Anm. 8); dann gilt vielmehr entsprechend, was Ulpian in l. 3 D. 36,2 im Hinblick auf den dies cedens legati sagt: nam, cum ad heredem non transferret, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit. Was insbesondere die dem Vorerben mit Rücksicht auf die bevorstehende Nacherbfolge auferlegten Beschränkungen und Verpflichtungen betrifft, so haben sie mit dem Voranfall nichts zu tun; denn sie treten auch ein, wenn dieser Fall noch nicht eingetreten, ja sogar, wenn der Nacherbe noch nicht einmal erzeugt ist.

Der Voranfall im dargelegten Sinne kann niemals vor dem Erbfall liegen (vgl. Erl. 1). Er fällt regelmäßig mit dem Erbfall zusammen, wenn der als Nacherbe Eingesetzte zur Zeit des Erbfalls bereits vorhanden ist. Er kann aber auch erst nach dem Erbfall eintreten, so z. B. wenn der eingesetzte Nacherbe erst nach dem Erbfall erzeugt, aber noch vor dem Falle der Nacherbfolge geboren worden ist (vgl. auch KB. S. 2102 f.). Stirbt der Eingesetzte in den Anwendungsfällen des § 2108 Abs. 2 Satz 1 nach dem Erbfall aber vor dem Falle der Nacherbfolge, so bildet die Anwartschaft einen Bestandteil seines Nachlasses, was im E. I (§ 1810 Satz 2) besonders ausgesprochen war, im E. II aber bei der Redaktion weggelassen ist, wohl deshalb, weil der Satz für selbstverständlich erachtet wurde. Ist eine mehrfache Nacherbfolge angeordnet, so braucht der als zweiter Nacherbe Eingesetzte nach der dargelegten Regel weder den ersten noch den zweiten Fall der Nacherbfolge zu erleben, wenn er nur nach dem Erbfall und vor dem zweiten Falle der Nacherbfolge überhaupt gelebt hat.

3. Ausschluß der Vererblichkeit. Überall dort, wo sich die Person des Nacherben erst nach dem Zeitpunkte des Falles der Nacherbfolge bestimmt, also insbesondere bei der konstruktiven Nacherbfolge des § 2104, ist die Möglichkeit einer vererblichen Nacherbfolgeanwartschaft schon durch das Wesen der Sache ausgeschlossen. Die Vererbung kann aber auch dort, wo sie an sich möglich wäre, mit Rücksicht auf den besonders erklärten oder doch wenigstens nach Maßgabe der Umstände anzunehmenden Willen des Erblassers entfallen. Hat der Erblasser für den von ihm als Nacherben Eingesetzten einen Ersatzerben bestimmt, so kann sich damit die Absicht verbinden, daß zugunsten des letzteren der Übergang der Nacherbfolgeanwartschaft auf die Erben des zunächst als Nacherbe in Aussicht Genommenen ausgeschlossen sein soll. Die Annahme eines so beschaffenen Willens ist aber durch die Bestimmung eines Ersatzerben für den Nacherben an und für sich noch nicht begründet (vgl. Strohal I § 27 Anm. 21). Denn der aus dem Wesen der Ersatzberufung sich ergebende Zweck beschränkt sich auf die Vorsorge für einen derartigen Wegfall des zunächst Berufenen, welcher dessen Einsetzung unwirksam macht. Nun ist aber gerade zufolge der Bestimmung des § 2108 Abs. 2 darin, daß der eingesetzte Nacherbe zwar vor dem Falle der Nacherbfolge aber doch erst nach dem Erbfalle stirbt, ein Wegfall der bezeichneten Art in aller Regel nicht zu erblicken. Wie mit der vom Erblasser besonders ausgesprochenen verhält es sich auch mit der nach § 2069 im Zweifel

anzunehmenden Ersatzberufung. Auch sie greift ihrem Zwecke entsprechend nur ein, wenn der vom Erblasser Bedachte, das heißt hier der als Nacherbe eingesetzte Abkömmling in der vorhin angegebenen Weise weggefallen ist. Soll also im konkreten Falle durch die vom Erblasser besonders angeordnete oder nach § 2069 als von ihm angeordnet anzusehende Ersatzberufung die im § 2108 Abs. 2 bestimmte Vererbung der Anwartschaft auf den künftigen Eintritt der Nacherbfolge ausgeschlossen sein, so müssen besondere Gründe dafür vorliegen, daß die Einsetzung des als Nacherbe zunächst Benannten nach der Absicht des Erblassers (schlechthin oder doch unter gewissen Voraussetzungen) nur gelten solle, wenn jener den Fall der Nacherbfolge erlebt. So wird es sich z. B. im Falle der Anordnung einer sukzessiven Nacherbfolge verhalten, bei der der zunächst benannte Nacherbe, ohne daß dafür eine bestimmte Zeit festgesetzt ist (vgl. dazu § 2106 Abs. 1), von einem weiteren Nacherben abgelöst werden soll. Stirbt hier der als erster Nacherbe Benannte vor dem für ihn maßgebenden Falle der Nacherbfolge, so wird, da dem Verstorbenen die Erbschaft ohnedies nicht über die Dauer seines Lebens zukommen sollte, allerdings der zweitnächste Nacherbe nach § 2102 Abs. 1 an die Stelle des Verstorbenen als Ersatzerbe eintreten.

Ist der Nacherbe unter einer **aufschiebenden Bedingung** eingesetzt, so findet § 2074 Anwendung und greift somit im Falle des Zweifels die Annahme durch, daß die Einsetzung des Nacherben unwirksam wird, wenn dieser vor der Erfüllung der Bedingung stirbt. Hat der Nacherbe sowohl den Erbfall als auch die Erfüllung der Bedingung überlebt, so steht die Auslegungsregel des § 2074 einer nunmehr eintretenden Vererbung der Anwartschaft auf den künftigen, mit der Erfüllung der Bedingung keineswegs notwendig zusammenfallenden Eintritt der Nacherbfolge nicht entgegen. Ist der Fall der Nacherbfolge auf einen dies certus an incertus quando (z. B. auf den Tod des Vorerben) gestellt, so findet § 2074 überhaupt keine Anwendung und bleibt es somit bei der Regel des § 2108 Abs. 2 Satz 1. Über den eigenartigen Fall des § 2107 vgl. die dortige Erl. 2f. Ganz außer Betracht bleibt die Anwendung des § 2108 Abs. 2 in den nach § 2269 Abs. 1 zu beurteilenden Fällen, wo Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzten, bestimmt haben, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll; denn soweit die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 durchgreift, soll der Dritte in Ansehung des Vermögens des zuerst verstorbenen Gatten überhaupt nicht Nacherbe werden, sondern lediglich Erbe des Überlebenden in Ansehung des ganzen in dessen Person vereinigten Vermögens; der Dritte muß daher selbstverständlich den Erbfall, das heißt den Tod des zuletzt versterbenden Gatten erleben (so auch RG. bei Gruch. 50 S. 391, eine Entscheidung der Peiser S. 71 Anm. 24 insofern nicht gerecht wird, als er sie auf einen Fall der Nacherbfolge bezieht).

4. Die **entsprechende Anwendung des § 1923 Abs. 2** auf die Nacherbfolge führt zu dem Ergebnis, daß eine Nacherbfolge, deren Verwirklichung nur deshalb einen Aufschub über denjenigen Zeitpunkt hinaus erfahren muß, mit welchem sie sonst eingetreten wäre, weil der in Frage kommende Nacherbe nur erzeugt aber noch nicht geboren ist, hinterher so zu behandeln ist, wie wenn die Geburt des Nacherben schon in jenem Zeitpunkt erfolgt wäre (vgl. Strohal I § 27 bei Anm. 24, 25). Dies ist jetzt noch genauer darzulegen.

a) Alle hierher gehörenden Fälle haben miteinander gemein, daß der Anfall der Erbschaft an den Nacherben erst mit dessen Geburt eintreten kann (vgl. auch § 2106 Abs. 2). Eine entsprechende Anwendung des § 1923 Abs. 2 ist also nur nach der Richtung hin möglich, daß der erst mit der Geburt des Nacherben eintretende Anfall hinterher als ein schon früher eingetretener behandelt wird. Es verhält sich übrigens in dieser Beziehung sachlich nicht anders als bei der ursprünglichen Anwendung des § 1923 Abs. 2, das heißt in dem Falle, wo der als nächster unmittelbarer Erbe in Betracht kommende zur Zeit des Erbfalls nur als nasciturus vorhanden ist. Die Erbschaft fällt hier zunächst niemandem an. Es entsteht vielmehr ein Schwebezustand, während dessen ungewiß ist, wer als Erbe zu gelten haben wird (vgl. Strohal I S. 26), und der erst dadurch seine Erledigung findet, daß entweder zugunsten des nachträglich Geborenen § 1923 Abs. 2 eingreift, oder daß, wenn aus dem nasciturus ein lebender natus nicht wird, zugunsten eines anderen § 1953 Abs. 2 entsprechende Anwendung findet.

b) **Durchführung im einzelnen.**

α) Soll der Fall der Nacherbfolge nach dem erklärten oder anzunehmenden Willen des Erblassers etwa zehn Jahre nach dem Erbfall oder bei dem Tode des Vorerben eintreten, und ist

der als Nacherbe allein in Betracht kommende zu dieser Zeit nur als nasciturus vorhanden, so kann der Anfall der Erbschaft an diesen noch nicht stattfinden. Es entsteht also auch hier ein Schwebezustand, während dessen Ungewißheit darüber besteht, ob die Erbschaft dem unmittelbaren Erben verbleiben, bzw. auf dessen Erben übergehen, oder ob es zum Anfall der Erbschaft an den später geborenen Nacherben kommen wird. Trifft letzteres zu, so gilt dabei der erst mit der Geburt des Nacherben an diesen erfolgende Anfall der Erbschaft als ein schon mit dem Falle der Nacherbfolge erfolgter und stellt sich damit zugleich heraus, daß das Recht des Vorerben mit Ablauf der zehn Jahre bzw. mit dessen Tod erloschen war und daher auch in diesem Falle nicht auf die Erben des Vorerben übergehen konnte. Für die Dauer des Schwebeverhältnisses kann es nach § 1960 Abs. 1 Satz 2 zur Einsetzung einer Nachlaßpflegschaft kommen.

β) Nach § 2109 Abs. 1 wird die Einsetzung eines Nacherben regelmäßig mit dem Ablauf eines Zeitraums von dreißig Jahren (der sich aber unter Umständen auch noch verlängern kann; vgl. § 2109 Abs. 2) seit dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Kann sich nun die Nacherbfolge vor Ablauf des maßgebenden Zeitraums lediglich deshalb nicht verwirklichen, weil der bereits erzeugte Nacherbe noch nicht geboren ist, so muß dem nachgeborenen Nacherben die entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 1923 Abs. 2 in der Weise zustatten kommen, daß der Eintritt der Nacherbfolge als bereits vor dem Ablauf des Zeitraums erfolgt gilt. Hierher gehören zunächst diejenigen Fälle, in welchen der Zeitpunkt oder das Ereignis, mit welchem die Erbschaft dem Nacherben anfallen soll, kurz vor dem Ablauf von dreißig Jahren seit dem Erbfall eingetreten ist, der Nacherbe aber nur erzeugt, noch nicht geboren ist. Daß § 1923 Abs. 2 hier in der angegebenen Weise entsprechend anzuwenden ist, ist völlig zweifellos und unbestritten. Nicht anders kann es sich aber verhalten, wenn sich der Eintritt der Nacherbfolge lediglich (von Martinius S. 163 nicht hinreichend beachtet) nach dem Zeitpunkt des Existentwerdens des Nacherben bestimmt und wenn der erst nach dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall geborene Nacherbe schon vor diesem Ablaufe erzeugt war (vgl. Strohal I § 27 Anm. 24; ferner Cosack II § 371 unter VIb a. E.; Herzfelder S. 378). A. A. Martinius S. 166 f. mit Berufung darauf, daß die zur Verwirklichung der Nacherbfolge erforderliche Tatsache (nämlich die Geburt des Nacherben) im vorausgesetzten Falle doch erst nach dem Ablaufe des Zeitraums eintritt, vor dessen Ablaufe sie nach § 2109 hätte eintreten müssen. Dies ist buchstäblich zutreffend, wird aber gerade durch die im § 2108 Abs. 1 angeordnete entsprechende Anwendung von § 1923 Abs. 2 unschädlich gemacht. Die Richtigkeit der getroffenen Entscheidung findet ihre Bestätigung durch die Bestimmung des § 2162 Abs. 2, laut deren der Ablauf der in Abs. 1 daselbst bezeichneten dreißigjährigen Frist die Wirksamkeit des zugunsten eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht Erzeugten verfügten Vermächtnisses unberührt läßt, wenn der erst nach dem Ablaufe des Zeitraums geborene Vermächtnisnehmer vor deren Ablauf bereits erzeugt war. Die Aufnahme einer analogen Bestimmung in den § 2109 war deswegen überflüssig, weil bezüglich der Nacherbfolge schon durch die in § 2108 Abs. 1 angeordnete entsprechende Anwendung des § 1923 hinreichend vorgesorgt war. Im Vermächtnisrecht findet sich dagegen eine die entsprechende Anwendung von § 1923 anordnende Bestimmung nicht. Trotzdem war es aber das Ziel der zweiten Kommission die bezüglich der zeitlichen Schranken der Wirksamkeit von Vermächtnissen zu treffenden Entscheidungen mit den im § 2109 bezüglich der Nacherbfolge getroffenen in grundsätzliche Übereinstimmung zu bringen. Aus diesem Grunde durfte die vorerwähnte, bei der Nacherbfolge schon aus § 2108 Abs. 1 sich ergebende Entscheidung im § 2162 nicht fehlen.

γ) Es bleibt jetzt nur mehr der Fall der konstruktiven Nacherbfolge des § 2101 Abs. 1 — soweit er nicht bereits durch das unter β Gesagte erledigt ist — zu erörtern. Wird eine Erbeinsetzung deshalb in die Einsetzung eines Nacherben umgewandelt, weil der Eingesetzte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist, so entspricht es dem normalen Willen des Erblassers, daß jener sobald als nur irgend möglich zur Erbfolge gelangt. Der früheste Zeitpunkt, mit dem sich die Nacherbfolge vollziehen kann, ist der Zeitpunkt der Geburt des Eingesetzten. Dadurch, daß das Gesetz dies in Übereinstimmung mit § 1 in § 2106 Abs. 2 besonders ausspricht, wird aber die im § 2108 Abs. 1 bestimmte entsprechende Anwendung des § 1923 (Abs. 2) noch nicht ausgeschlossen. Dem Wesen der Sache und dem anzunehmenden Willen des Erblassers entspricht aber diese Anwendung auch hier. Sie führt zu dem Ergebnis, daß der an den Nacherben mit dessen Geburt eintretende Anfall der Erbschaft auf den Zeitpunkt, in welchem er spätestens bereits erzeugt gewesen sein muß, zurückzubeziehen ist (vgl. auch Strohal I § 27 Anm. 25; a. A. Martinius S. 166, jedoch in Verbindung mit dem Zugeständnis, daß die von ihm vertretene

§. 2109. Die Einsetzung eines Nacherben wird mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Sie bleibt auch nach dieser Zeit wirksam:

1. wenn die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereigniß eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereigniß eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt;
2. wenn dem Vorerben oder einem Nacherben für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, der Bruder oder die Schwester als Nacherbe bestimmt ist.

Ist der Vorerbe oder der Nacherbe, in dessen Person das Ereigniß eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist.

Entscheidung der anzunehmenden Absicht des Erblassers, die aber hinter dem Interesse der Allgemeinheit zurücktreten müßte, nicht entspricht).

5. Für die juristischen Personen (vgl. Erl. 4 zu § 1923) ergeben sich aus § 2108 folgende Sätze: Eine juristische Person braucht, um Nacherbe werden zu können, vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge nicht existent zu sein. Ihre Existenz zu dieser Zeit ist jedoch erforderlich. Ist sie vorher erloschen, so wird die zu ihren Gunsten angeordnete Nacherbfolge unmöglich, da die entsprechende Anwendung des § 2108 Abs. 2 nicht in Betracht kommt. Für eine vom Erblasser errichtete und als Nacherbin eingesetzte Stiftung gilt die Besonderheit, daß sie auch dann Nacherbin wird, wenn ihre Genehmigung erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge erfolgt (§ 84). Sie gilt dann als schon vor dem Falle der Nacherbfolge entstanden. Über die Eintragung der als Nacherbin eingesetzten, aber noch nicht genehmigten Stiftung im Grundbuch vgl. RJA. 4 S. 228 = KG. 28 S. A 85.

6. Wegen der Anordnung einer Pflegschaft für noch nicht erzeugte Nacherben oder für Nacherben, deren Persönlichkeiten erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt werden sollen, vgl. § 1913 und Erl. 3 zu § 2101. Die Frage, ob im letzteren Falle derjenige, welcher eventuell als einer der Nacherben in Betracht kommen könnte, verlangen kann, daß er neben dem bestellten Pfleger als Beteiligter besonders gehört werde, verneint mit Recht OLG. Dresden in Lobes CBl. 7 S. 827. Über die Entbehrlichkeit der Pflegschaft, wenn durch Testamentsvollstreckung hinreichende Vorsorge getroffen ist, vgl. Rspr. 10 S. 305.

§ 2109.

E. I § 1813; II § 1982 rev. § 2086; III § 2084. P. I S. 9158 ff., 11351, 11456; M. V S. 90 ff. P. II Bd. 5 S. 83 ff., 214 f., 237 ff.; Bd. 6 S. 91. D. S. 731.

Zeitliche Schranken für den Eintritt der Nacherbfolge.

1. Zur Redaktionsgeschichte. Die übermäßig lange Festlegung eines nachgelassenen Vermögens ist aus volkswirtschaftlichen Gründen bedenklich. Deshalb enthalten überwiegend schon die bisherigen Rechte Beschränkungen der Nacherbfolge, indem sie deren Eintritt bezüglich derselben Erbschaft nur für eine gewisse Zahl von Fällen, meist nur einmal oder zweimal, gestatten. Im Anschlusse daran hatte der E. I (§ 1812) vorgeschrieben, daß die Nacherbfolge nur einmal eintreten könne; die Einsetzung eines weiteren Nacherben sollte mit dem Eintritte der ersten Nacherbfolge unwirksam werden. Die Beschränkung der Zahl der Substitutionsfälle war jedoch für sich allein nicht für ausreichend erachtet, vielmehr daneben die gegenüber dem bisherigen Rechte neue Vorschrift aufgestellt, daß, abgesehen von dem Falle, wenn der Vorerbe die Erbschaft für die Dauer seines Lebens behalten soll, die Einsetzung eines Nacherben unwirksam werde, wenn (der Vorerbe gestorben ist und) seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind, bevor der Fall der Nacherbfolge eingetreten (§ 1813). Die zweite Kommission hat diese in der Kritik (Zustlg. V S. 24, VI S. 653 ff.) ihrem Grundgedanken nach gebilligten, im einzelnen aber vielfach beanstandeten Vorschriften erheblich umgestaltet. Sie ging davon aus, daß es einer zweifachen Beschränkung nicht bedürfe, sofern nur eine der beiden Beschränkungen zweckmäßig ausgestaltet werde, daß auch durch das Bestreben, einer übermäßigen Ausdehnung der Nacherbfolge entgegenzutreten, die Erreichung der vernünftigen Zwecke, denen die Rechtseinrichtung zu dienen bestimmt sei, nicht unmöglich gemacht werden dürfe. Auf Grund dieser Erwägungen ist die Beschränkung der Nacherbfolge auf einen einzigen Fall (E. I § 1812) gestrichen worden. Die Nacherbfolge kann

daher nach dem BGB. im Gegensatze zu dem überwiegend bisher geltenden Rechte für beliebig viele Fälle angeordnet werden, was praktisch unbedenklich sein dürfte, weil die vom BGB. beibehaltene zeitliche Beschränkung besteht und eine mehrfach wiederholte Nacherbeinsetzung mit kurzen Fristen tatsächlich selten vorkommen wird. Gewisse Schwierigkeiten wird allerdings jede Anordnung einer mehrfachen Nacherbfolge mit sich bringen, und zwar nicht erst mit dem Eintritt der verschiedenen Substitutionsfälle, sondern schon während der Besitzzeit des ersten Vorerben; insbesondere wird, soweit der Vorerbe an die Mitwirkung oder Einwilligung des Nacherben gebunden ist, stets die Zuziehung aller als Nacherben Eingesetzten erforderlich sein.

2. **Die Frist von dreißig Jahren** ist im Anschluß an die für ähnliche Verhältnisse bestehenden Vorschriften (vgl. § 567, § 1202 Abs. 2, § 221[1]) und mit Rücksicht auf die Dauer eines sog. Menschenalters gewählt worden. Wegen der Berechnung der Frist s. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2. Mit dem Ablaufe der dreißig Jahre wird die Nacherbeinsetzung unwirksam; die Erbschaft wird freies Vermögen des Vorerben, in dessen Hand sie sich in dem fraglichen Zeitpunkte befindet, und zwar kann dies (abweichend vom E I, der den Tod des Vorerben voraussetzte) schon in der Person des ersten Vorerben eintreten. Ist der Eintritt des Ereignisses, auf welches die Nacherbfolge abgestellt ist, schon vor dem Ablauf der dreißig Jahre nicht bloß vorübergehend, sondern für immer unmöglich geworden, so wird die Anordnung der Nacherbfolge schon hierdurch unwirksam (Strohal I § 27 Anm. 11). Hat der Erblasser als Fall der Nacherbfolge ein Ereignis bestimmt, das unter allen Umständen erst nach mehr als dreißig Jahren von seinem Tode ab gerechnet eintreten kann, oder geradezu angeordnet, daß die Nacherbfolge erst später als dreißig Jahre, z. B. vierzig Jahre nach seinem Tode eintreten soll, so ist die Anordnung unwirksam, sofern und soweit sie sich nicht im Wege der Konversion (§ 140) innerhalb der durch § 2109 gezogenen zeitlichen Schranke aufrecht erhalten läßt (vgl. auch Hachenburg, Studien S. 30). Ob dies im konkreten Falle möglich ist, kann nur durch sorgfältige Auslegung der Anordnung des Erblassers ermittelt werden (zu summarisch doch wohl Hachenburg).

3. Die auf den Beschlüssen der zweiten Kommission beruhenden **Ausnahmevorschriften des Satz 2** bezwecken, die Einsetzung eines Nacherben in solchen Fällen zu ermöglichen, in denen sie nach der allgemeinen Regel des Satz 1 unwirksam werden würde, während sie sich im Hinblick auf die individuellen Verhältnisse als berechtigte und sachgemäße Fürsorge darstellt. Da die Ausnahmen sich gerade auf die praktisch wichtigsten Fälle beziehen, so wird die dreißigjährige Frist sich selten als störende Beschränkung erweisen; andererseits sind die Ausnahmefälle durchgängig von der Art, daß sie eine angemessene zeitliche Beschränkung der Nacherbeinsetzung in sich tragen. Gedacht ist vorzugsweise daran, daß der Erblasser sein Vermögen mehreren aufeinander folgenden Generationen seiner Familie oder auch mehreren nebeneinander stehenden Gliedern derselben Generation zuwenden will. Die Vorschriften sind aber allgemein gefaßt und gelten auch dann, wenn die Beteiligten durchgängig oder teilweise zu dem Erblasser und untereinander ohne verwandtschaftliche Beziehungen sind. Als das Prinzip der Vorschriften wurde in der Kommission (P. II Bd. 5 S. 240) der Gedanke bezeichnet, daß nach dem Ablaufe der dreißig Jahre nur solche Ereignisse zu berücksichtigen seien, die in der zur Zeit des Erbfalls lebenden Generation der Beteiligten eintreten, und daß auf der Seite der Bedachten (Nacherben) zu dieser Generation auch die nachgeborenen Geschwister (eines Vorerben oder Nacherben) gerechnet würden. Diese Formulierung ist in ihrer auf die Nr. 1 bezüglichen ersten Hälfte zutreffend, dagegen läuft der auf die Nr. 2 bezügliche Schlußsatz auf eine Fiktion hinaus, was namentlich dann klar hervortritt, wenn man sich den Fall vor Augen hält, daß der erste Nacherbe zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist, ihm aber seine noch später erzeugten Geschwister zu Nacherben bestimmt sind. Tatsächlich enthält die Nr. 2 eine durchaus selbständige Erweiterung des der Nr. 1 zugrunde liegenden Gedankens, mit dem sie nur eine Ähnlichkeit des Zweckes gemeinsam hat.

Im **einzelnen** ist zu den beiden Nummern zu bemerken:

a) Nach der **Nr. 1** bleibt die Anordnung der Nacherbfolge durch den Ablauf der in Erl. 2 besprochenen dreißigjährigen Frist unberührt, wenn *α)* der Fall der Nacherbfolge auf ein in der Person des Vorerben oder des Nacherben eintretendes Ereignis gestellt ist und damit *β)* zusammentrifft, daß derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt. Die unter *α* bezeichnete Person kann nicht nur der erste, sondern auch ein späterer Vorerbe bzw. Nacherbe sein, und auch nach dem Ablaufe der dreißigjährigen Frist kann der Substitutionsfall nicht etwa nur einmal eintreten, sondern sich öfter wiederholen (so der endgültige Beschluß der Kommission, P. II Bd. 5 S. 239, entgegen den früheren Beschlüssen

Bd. 5 S. 88, 214). Die notwendige zeitliche Begrenzung wird aber dadurch herbeigeführt, daß die Nacherbfolge an ein Ereignis in der Person eines Menschen gebunden ist, der zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt hat. Hiernach kann der Zustand der Gebundenheit in den Fällen der Nr. 1 keinesfalls ein langes Menschenleben überdauern (Strohal I § 27 Anm. 14). Unter dem Leben zur Zeit des Erbfalls ist auch hier (vgl. § 1923 Abs. 2) die Existenz im Mutterleibe mitverstanden (a. A. freilich Martinius S. 164, der ohne Begründung behauptet, daß § 1923 Abs. 2 hier nicht verwertbar sei).

Nicht unzweifelhaft ist, wie der Begriff eines Ereignisses „in der Person" des Vorerben oder des Nacherben abzugrenzen ist. Zweifellos kann ein Ereignis in der Person eines Menschen nur so lange eintreten, als dieser lebt; das letzte Ereignis dieser Art ist für jeden Menschen sein Tod. Der Tod des Vorerben ist der praktisch wichtigste Fall der Nacherbfolge; soll diese mit ihm eintreten, so bleibt die Nacherbeinsetzung wirksam, auch wenn der Vorerbe den Erblasser um mehr als dreißig Jahre überlebt. Wegen der zu bejahenden Frage, ob auch auf den Tod des Nacherben abgestellt werden kann (so daß dieser im Augenblicke seines Todes Erbe wird und die Erbschaft auf seine Erben überträgt), s. P. II Bd. 5 S. 239 f. Schon aus dem Beispiel des Todes ergibt sich, daß das Ereignis „in der Person" desjenigen, auf welchen es ankommt, nicht in einem bestimmten Tun oder Unterlassen dieser Person zu bestehen braucht, sondern auch ganz unabhängig von deren Willen eintreten kann. Unzweifelhafte weitere Beispielsfälle von Ereignissen in der Person des Vorerben sind die Wiederverheiratung, der Eintritt in einen geistlichen Orden, die Hinterlassung oder Nichthinterlassung von Abkömmlingen (vgl. auch § 2107), der Anfall einer bestimmten Erbschaft, die Erlangung einer Altersrente. Auf der Seite des Nacherben kommen in Betracht die Erreichung der Volljährigkeit oder einer anderen Altersstufe, die Verheiratung, die Erlangung einer Amtsstellung, die Übernahme eines Geschäfts, andererseits auch der Verlust einer Einnahmequelle oder des Versorgers. In allen diesen Fällen ist eine so deutliche Beziehung des Ereignisses zu der Person des Vorerben bzw. Nacherben vorhanden, vermöge deren es sich als ein Ereignis in der mit ihm in Beziehung stehenden Person darstellt. Zu erwägen bleibt jedoch noch, ob der Erblasser die sonst nicht anzunehmende Beziehung eines Ereignisses zu der Person des Vorerben bzw. Nacherben schon dadurch herstellen kann, daß er seine Anordnung auf das Erleben des Ereignisses durch den Vorerben bzw. Nacherben abstellt. Die Frage ist aber doch wohl zu bejahen (vgl. auch Hachenburg, Studien S. 27; Dernburg V § 54 Anm. 2). Beispiel: A ist als Erbe und B für den Fall als Nacherbe eingesetzt, daß er die Abkömmlinge des A überlebt. An und für sich ist der Wegfall der Abkömmlinge des A kein Ereignis in der Person des B. Indem der Erblasser aber den Wegfall dieser Abkömmlinge mit dem Leben des Nacherben in der bezeichneten Weise verknüpft, macht er ihn in der Tat zu einem rechtlich erheblichen Erlebnis des Nacherben und somit zu einem Ereignis in dessen Person. Übrigens wird in Fällen solcher Art nicht als erforderlich anzusehen sein, daß der Erblasser seine Anordnung ausdrücklich auf das Erleben des Ereignisses durch den Vorerben oder den Nacherben abstellt; es muß genügen, wenn diese Absicht auch nur aus den Umständen erhellt. Durch diese Auffassung wird der Zweck der hier gewürdigten Vorschrift in keiner Weise beeinträchtigt; denn die gesetzlich bestimmte Grenze bleibt durch das Erfordernis, daß der Vorerbe oder der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls gelebt und das betreffende Ereignis erlebt haben muß, immer gewahrt. Innerhalb der Schranken der Nr. 1 kann die Nacherbfolge wirksam auch darauf abgestellt werden, daß für ihren Eintritt sowohl ein Ereignis in der Person des Vorerben als auch ein solches in der Person des Nacherben maßgebend sein soll. Vgl. hierzu den bei Strohal I § 27 Anm. 10 erwähnten Beispielsfall, wo A als Erbe und der zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugte B unter der Bedingung, daß er eine bestimmte Lebensstellung erlangt und mit der weiteren Bestimmung, daß der Fall der Nacherbfolge keinesfalls vor dem Tode des A eintreten soll, als Nacherbe eingesetzt ist. Hier wird die Wirksamkeit der Anordnung der Nacherbfolge weder dadurch beeinträchtigt, daß A erst nach dem Ablaufe von mehr als dreißig Jahren seit dem Erbfall stirbt, noch dadurch, daß B die bestimmte Lebensstellung erst nach diesem Zeitraum erlangt.

Über die Frage, ob in besonders gearteten Fällen die in der Nr. 1 bestimmte Bedeutung auch einem Ereignisse beigelegt werden kann, das in der Person eines Dritten (des Erben des Vorerben oder desjenigen, welcher als Vorerbe berufen war, aber ausgeschlagen hat) eintritt, vgl. Strohal I § 27 Anm. 12, 13.

b) Die Vorschrift der Nr. 2 (vgl. code civ. art. 1049, 1050) soll einer Anordnung, durch die der Erblasser für den Vorerben oder für einen Nacherben dessen Geschwister, die etwa

§. 2110. Das Recht des Nacherben erstreckt sich im Zweifel auf einen Erbtheil, der dem Vorerben in Folge des Wegfalls eines Miterben anfällt.

Das Recht des Nacherben erstreckt sich im Zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtniß.

---

noch geboren werden sollten, als Nacherben einsetzt (um so sein Vermögen einer ganzen Familiengeneration zuzuwenden), über den Zeitraum von dreißig Jahren seit dem Erbfall hinaus die Wirksamkeit sichern. Von der Bestimmung der Nr. 1 unterscheidet sich die der Nr. 2 wesentlich dadurch, daß die zeitliche Begrenzung nicht durch die Verknüpfung des den Eintritt der Nacherbfolge bestimmenden Ereignisses mit dem Leben des zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugten Vorerben oder Nacherben hergestellt, sondern lediglich durch die Dauer des Lebens des Vaters oder der Mutter (oder beider Eltern) desjenigen Vorerben oder Nacherben für gegeben erachtet wird, welchem ein Bruder oder eine Schwester geboren werden soll. Die Vorschrift ist wesentlich auf solche Fälle zugeschnitten, in denen sämtliche Kinder einer bestimmten Person zusammen die Erbschaft erhalten sollen (vgl. die Erl. zu § 2101 Nr. 1 a. E.). Die bei dem Eintritte des Erbfalls bzw. des Falles der Nacherbfolge lebenden Kinder (deren wirksame Einsetzung als Nacherben gemäß § 2109 Satz 1 oder Satz 2 Nr. 1 vorausgesetzt wird), haben hier, sobald die Geburt eines jüngeren Kindes erfolgt, diesem als ihrem Nacherben einen Kopfteil der Erbschaft herauszugeben; entsprechend bei der Geburt des folgenden Kindes. Sodann aber ermöglicht die Nr. 2 auch eine letztwillige Verfügung des Inhalts, daß sämtliche Kinder einer bestimmten Person nacheinander die ganze Erbschaft erhalten sollen, insbesondere so, daß immer erst mit dem Tode des nächstälteren das nächstjüngere Kind eintritt. Zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern besteht kein Unterschied; natürlich kann der Erblasser letztere ausschließen, nicht minder auch die Zahl der zu Nacherben berufenen Geschwister beschränken oder die Anordnung nur für Brüder oder nur für Schwestern treffen. Wann die jüngeren Geschwister geboren werden (ob vor dem Erbfalle bzw. dem Falle der Nacherbfolge oder binnen dreißig Jahren nach dem Erbfall oder erst später) ist gleichgültig; ebenso, wann der Fall der Nacherbfolge eintritt, sofern dieser nicht mit der Geburt der Geschwister zusammenfällt. Hervorzuheben ist noch, daß der Fall der Nacherbfolge nicht notwendig auf den Zeitpunkt der Geburt eines Bruders oder einer Schwester abgestellt zu sein braucht, sondern z. B. auch so bestimmt sein kann, daß die Erbschaft dem älteren Bruder (der älteren Schwester) bis zu seinem (ihrem) Tode jedenfalls verbleiben soll.

4. Der **Abs. 2** enthält eine Einschränkung des Abs. 1 Satz 2 Nr. 1. Für den Fall, daß der Vorerbe oder der Nacherbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, das den Eintritt der Nacherbfolge mit sich bringt, eine **juristische** Person ist, wird auf die Regel des Satz 1 zurückgegangen; die Nacherbeinsetzung ist nur wirksam, wenn sich das Ereignis binnen dreißig Jahren nach dem Erbfalle verwirklicht. Diese Einschränkung ist notwendig, weil es sonst bei der ungemessenen Dauer der Existenz juristischer Personen an einer Zeitgrenze für die Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung fehlen würde. Trifft die Voraussetzung des Abs. 2 nicht zu, so ist der Umstand, daß sich unter den Beteiligten auch juristische Personen befinden, ohne Einfluß.

5. Entsprechend dem § 2109 wird in den §§ 2162, 2163 eine Zeitgrenze für die Wirksamkeit eines Vermächtnisses gezogen, das unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist.

§ 2110.

E. I § 1814; II § 1983 rev. § 2087; III § 2085. P. I E. 9295 ff.; M. V E. 92 f. P. II Bd. 5 E. 89 f.

Umfang der Nacherbfolge.

1. Der § 2110 enthält **zwei Auslegungsregeln**, deren Inhalt dem überwiegend bereits bisher geltenden Rechte entspricht. Beide beruhen auf dem Gedanken, daß der Vorerbe nach dem Zwecke der Nacherbeinsetzung dem Nacherben alles das (vgl. aber auch die Bemerkung a. E. dieser Erl.), aber auch nur das herausgeben soll, was er selbst als Erbe erlangt hat, so daß der Nacherbe gänzlich in die Erbenstellung des Vorerben eintritt. Hiervon ausgehend muß man als mutmaßlichen Willen des Erblassers ansehen, daß, wenn der Vorerbe nur Miterbe ist, jede Erweiterung, die sein Erbteil infolge des **Wegfalls eines Miterben** erfährt, von dem Rechte des Nacherben ergriffen wird. Dies gilt gleichmäßig für die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils (§ 1935) wie für die Anwachsung (§ 2094) und die Ersatzberufung auf den

§. 2111. Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt. Die Zugehörigkeit einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntniß erlangt; die Vorschriften der §§. 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung.

Zur Erbschaft gehört auch, was der Vorerbe dem Inventar eines erbschaftlichen Grundstücks einverleibt.

Erbteil des Weggefallenen (§ 2096). Der E. I stellte die Vorschrift (als Dispositivsatz) nur für den Fall der Anwachsung auf, während für die Ersatzberufung das Gegenteil gelten sollte; diese Unterscheidung ist von der zweiten Kommission als unbegründet beseitigt worden. Der Wegfall des Miterben kann vor dem Erbfall eintreten durch Versterben vor dem Erblasser (§ 1923), durch Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938) oder durch Erbverzicht (§§ 2346, 2352). Der erste und der dritte Fall sind bei gesetzlicher und bei testamentarischer Erbfolge von Bedeutung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2110 ist natürlich, daß der Wegfall des Miterben erst nach der Einsetzung des Nacherben eintritt; anderenfalls versteht sich von selbst, daß der Erbteil des Vorerben in seinem erweiterten Umfang ergriffen wird. Der § 2110 kommt aber auch dann zur Anwendung, wenn der Miterbe des Vorerben erst nach dem Erbfalle, ja selbst wenn er nach dem Eintritte der Nacherbfolge wegfällt (durch Ausschlagung, § 1953, oder Erbunwürdigkeit, § 2344), letzteres deswegen, weil in den fraglichen Fällen der Anfall des hinzutretenden Erbteils auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen wird.

Im vorhergehenden ist vorausgesetzt, daß einem Miterben in Ansehung des ganzen Erbteils ein Nacherbe bestimmt ist. Es ist aber auch möglich, daß sich die Anordnung der Nacherbfolge nur auf einen Bruchteil des Erbteils bezieht. In diesem Falle gilt selbstverständlich auch die Auslegungsregel des Abs. 1 nur rücksichtlich des diesem Bruchteil entsprechenden Bruchteils des hinzutretenden Erbteils.

2. Ein dem Vorerben zugewendetes **Vorausvermächtnis** gilt nach § 2150 als Vermächtnis, auch soweit der Vorerbe selbst beschwert ist. Der Vorerbe erlangt daher das ihm aus der Vermächtnisanordnung erwachsende Recht seinem ganzen Umfange nach nicht als Erbe, sondern auf Grund eines besonderen Rechtstitels, und zwar nach § 2174 nur als Forderungsrecht. Hieraus ergibt sich zufolge des oben bezeichneten Gedankens, daß das Recht des Nacherben sich auf das Vorausvermächtnis im Zweifel nicht erstreckt (Abs. 2).

3. Bei dem Erbschaftskaufe gilt nach § 2373 sowohl für den anwachsenden Erbteil als auch für das Vorausvermächtnis die Vermutung, daß sie als nicht mitverkauft anzusehen sind.

§ 2111.

E. I § 1825; II § 1984 rev. § 2068; III § 2086. P. I S. 9268 ff.; M. V S. 109 ff. P. II Bd. 5 S. 100, 114 f.; Bd. 6 S. 168, 319, 324 ff.

Beyer, Die Surrogation bei Vermögen (1905) S. 199 ff.

Veränderungen im Bestande der Erbschaft. Surrogationsprinzip.

1. Im allgemeinen. In der zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge liegenden Zeit kann der Bestand der Erbschaft infolge von Vorgängen der verschiedensten Art sehr erhebliche Veränderungen erfahren. Indem das Gesetz festlegt, worauf sich in solchen Fällen die im Interesse des Nacherben eintretende gegenständliche Gebundenheit erstreckt, läßt es dabei wie in dem verwandten Falle des § 2019 (vgl. übrigens auch § 2041 und die in der dortigen Erl. 1 gegebene Zusammenstellung) in weitem Umfange das Prinzip der dinglichen Surrogation durchgreifen. Bei der Beratung des E. II ist besonderer Wert darauf gelegt worden, rücksichtlich der Zugehörigkeit von Gegenständen zur Erbschaft und somit auch rücksichtlich des Surrogationsprinzips zwischen den für die Vorerbschaft aufzustellenden Grundsätzen und den für den Erbschaftsanspruch maßgebenden tunlichste Übereinstimmung herzustellen (P. II Bd. 6 S. 319, 326), und dieses Ziel ist, jedoch ohne daß dabei die Eigenart der Nacherbfolge unberücksichtigt geblieben wäre, trotz der teilweise verschiedenen Fassung der §§ 2019, 2111 tatsächlich auch

erreicht worden (vgl. dazu Erl. 3, 5 zu § 2019). Darin allerdings ist die Bedeutung der Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Erbschaft und somit auch die Wirkung der Surrogation bei der Vorerbschaft eine andere als bei dem Erwerbe des Erbschaftsbesitzers (Erl. 2 zu § 2019), als der Vorerbe im Gegensatze zu letzterem wahrer Erbe ist und daher das Eigentum an den erworbenen Sachen bzw. das sonst erworbene Recht zunächst für sich, nicht für den Nacherben erwirbt. Tritt aber der Fall der Nacherbfolge ein, so fallen mit diesem Zeitpunkt auch die nach § 2111 der Erbschaft hinzugetretenen Gegenstände dem Nacherben unmittelbar zu. Das Surrogationsprinzip gilt auch für *verbrauchbare Sachen*, insbesondere Geld, mögen sie ursprünglich zur Erbschaft gehört haben oder als Gegenleistung für veräußerte Erbschaftsgegenstände erworben sein. Nach dem E. I wurden verbrauchbare Sachen infolge der entsprechenden Anwendung des für den Nießbrauch geltenden § 1018 (jetzt § 1067) freies Eigentum des Vorerben; dieser war daher nur verpflichtet, bei dem Eintritte der Nacherbfolge den Wert zu erstatten und erwarb im Falle der Veräußerung die Gegenleistung für sich, nicht für die Erbschaft (M. V S. 110, vgl. S. 130). Diese Besonderheit ist mit der Beseitigung der allgemeinen Verweisung auf die Vorschriften über den Nießbrauch (vgl. die Vorbm. Nr. 3) fortgefallen. Wegen der Nutzungen s. Erl. 2 a. E.

2. *Durchführung.*

a) Der Abs. 1 stellt zunächst für drei Gruppen von Gegenständen die Regel auf, daß deren Erwerb durch den Vorerben der Erbschaft zustatten kommt. Zu den zwei zunächst genannten Gruppen (Erwerb *auf Grund eines erbschaftlichen Rechtes* und *Ersatz für zerstörte* ꝛc. *Erbschaftsgegenstände*) vgl. die Erl. zu § 1370 und Erl. 5 zu § 2019. Das erbschaftliche Recht, auf Grund dessen der Erwerb gemacht wird, braucht nicht von der Beschaffenheit zu sein, daß es sich durch seine Ausübung aufzehrt. Es ist vielmehr auch an Rechte zu denken, die durch den fraglichen Erwerb in ihrem Bestande nicht berührt werden. Beispiele bieten der Erwerb durch Verbindung oder Vermischung (§§ 946 ff.), der Grunderwerb nach Uferrecht (EG. Art. 65, Anlandungen, entstehende Inseln, verlassene Flußbetten) und der Schatzerwerb (§ 984), der besonders hervorzuheben ist, weil für das bisherige Recht teilweise die Ansicht vertreten wurde, daß die dem Grundstückseigentümer zustehende Hälfte des Schatzes dem Vorerben verbleibe (vgl. M. V S. 101; *Meischeider* S. 242 ff.). Eine andere Frage ist, ob die gesetzlich bestimmte Zugehörigkeit der auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes erworbenen Gegenstände zur Erbschaft durchaus auf das Surrogationsprinzip zurückzuführen ist. Dies wird überall dort zu verneinen sein, wo die Erbschaft lediglich einen Zuwachs erfährt und wo daher der zur Erbschaft hinzutretende Gegenstand nicht als Surrogat eines gleichzeitig aus ihr ausscheidenden Gegenstandes bezeichnet werden kann (vgl. auch *Strohal* I § 28a Anm. 21; *Beyer* S. 6; s. ferner die folgende Erl. 4). Doch ist die engere oder weitere Fassung des Surrogationsbegriffs für den Inhalt der auf Grund des § 2111 zu treffenden praktischen Entscheidungen ohne Belang. Wegen der dritten Gruppe (rechtsgeschäftlicher Erwerb *mit Mitteln der Erbschaft*) vgl. Erl. 3 zu § 2019. Hervorzuheben ist, daß es hier wie bei § 2019 nicht darauf ankommt, ob der Erwerb subjektiv mit Beziehung auf die Erbschaft gemacht ist; die in der zweiten Kommission von einer Seite vertretene gegenteilige Ansicht ist nicht zum Siege gelangt (P. II Bd. 5 S. 154, 156; Bd. 6 S. 324 ff.).

Als zur Erbschaft gehörend wird auch der Erwerb zu behandeln sein, welchen der Vorerbe durch *Ersitzung* eines zur Erbschaft zunächst nur tatsächlich gehörenden Gegenstandes macht (vgl. *Strohal* I § 28a Anm. 17; *Beyer* S. 211). Von einem mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäft gemachten Erwerb kann man hier zwar nicht reden, wohl aber von einem solchen, der auf Grund einer zur Erbschaft gehörenden Rechtsstellung gemacht worden ist.

Hat der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand derart *versichert*, daß nicht bloß sein Interesse sondern das Interesse des Eigentümers als solchen den Gegenstand der Versicherung bildet, so gehört die Forderung gegen den Versicherer bzw. das auf sie Geleistete jedenfalls dann zur Erbschaft, wenn das Ereignis, mit Rücksicht auf welches die Versicherung genommen war, schon vor dem Falle der Nacherbfolge eingetreten ist (vgl. auch M. V S. 109; P. II Bd. 5 S. 115). Man wird aber noch weiter gehen und sagen dürfen, daß auch schon die vor dem Eintritte der Nacherbfolge noch nicht unbedingt gewordene Forderung gegen die Versicherungsunternehmung zur Erbschaft gehört und somit eventuell dem Nacherben zustatten kommt. Diese Entscheidungen ergeben sich, wenn der Vorerbe die Versicherungsbeiträge aus dem Stamme der Erbschaft entrichtet hat, schon aus dem Surrogationsprinzip, im übrigen und ganz abgesehen hiervon aus § 328. Die Entrichtung der Versicherungsbeiträge aus dem Eigenvermögen des Vorerben stellt

sich, soweit sie nicht dem Vorerben im Verhältnis zum Nacherben nach § 2124 Abs. 1 obliegt (vgl. auch Erl. 2a zu § 2130), als eine nach § 2124 Abs. 2, unter Umständen aber auch nach § 2125 zu beurteilende Verwendung auf die Erbschaft dar.

Über die Frage, ob eine vom Vorerben an einem zur Erbschaft gehörenden Grundstück erworbene Eigentümerhypothek zur Erbschaft gehört, vgl. Erl. 2 zu § 2126.

b) Ausnahmen bezüglich der dem Vorerben gebührenden Nutzungen (vgl. Abs. 1 Satz 1 a. E.). Sie bezieht sich auf alle drei in Satz 1 bezeichneten Erwerbsarten und geht dahin, daß der vom Vorerben aus der Erbschaft heraus gemachte Erwerb im Verhältnis zum Nacherben insoweit nicht zur Erbschaft gehört, als er dem Vorerben als Nutzung (§ 100) gebührt. Daraus ergibt sich im einzelnen:

α) Die während der Dauer des Rechtes des Vorerben von den Nachlaßgegenständen in Gestalt von Erzeugnissen und Bodenbestandteilen (§ 101 Nr. 1) getrennten Früchte gehören nicht zur Erbschaft, daher auch nicht die an ihre Stelle tretenden Surrogate. Dies gilt auch hinsichtlich derjenigen Früchte, welche der Vorerbe den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider oder infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes im Übermaße gezogen hat. Der Vorerbe erwirbt also auch in diesem Falle das freie Eigentum der getrennten Früchte und ist beim Eintritte der Nacherbfolge dem Nacherben nach Maßgabe des § 2133 (vgl. die dortige Erl. 1, 2) nur obligationenrechtlich zum Ersatz des daselbst bezeichneten Mehrwertes, unter Umständen aber auch nach § 2130 zum Schadensersatz verpflichtet.

β) Im Verhältnis zum Nacherben nicht zur Erbschaft gehören sodann die als Früchte zu behandelnden und während des Rechtes des Vorerben fällig werdenden Ansprüche, soweit sie nicht zu den regelmäßig wiederkehrenden Erträgen gehören. Wird ein erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge fällig werdender Anspruch dieser Art vom Vorerben vor der Fälligkeit eingezogen, so gehört das vom Vorerben Erlangte (sowie dessen Surrogat) dagegen allerdings zur Erbschaft.

γ) Stellen sich die als Nutzungen in Frage kommenden und vor dem Eintritte der Nacherbfolge fällig gewordenen Ansprüche als regelmäßige Erträge dar, so gehören sie und das vom Vorerben durch ihre Einziehung Erlangte insoweit nicht zur Erbschaft, als es sich dabei um einen auf die Zeit vor dem Eintritte der Nacherbfolge fallenden Ertrag handelt. Wenn und soweit dies nicht zutrifft, gebühren die Nutzungen dieser Art nicht dem Vorerben (§ 101 Nr. 2) und, soweit sie ihm nicht gebühren, bleibt es nach § 2111 Abs. 1 bei der Regel des Satz 1, der zufolge sie und ihre Surrogate zur Erbschaft gehören.

Die im vorhergehenden besprochene Ausnahmevorschrift des Abs. 1 Satz 1 a. E. ist den Nachlaßgläubigern gegenüber ohne Belang. Bei der Haftung des Vorerben für die Nachlaßverbindlichkeiten kommen vielmehr auch die ihm im Verhältnis zum Nacherben gebührenden Früchte als Erbschaftsgegenstände in Betracht.

3. Der Satz 2 bezweckt, den Schuldner einer von dem Vorerben durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung gegen die Nachteile zu schützen, die ihm daraus erwachsen könnten, daß die Forderung, ohne daß er davon Kenntnis hat, nach Satz 1 zur Erbschaft gehört; vgl. die gleichartigen Vorschriften des § 720, § 1473 Abs. 2, § 1524 Abs. 2, § 2019 Abs. 2, § 2041 Satz 2, s. auch § 2129 Abs. 2 Satz 2. Die Vorschrift ist während der Dauer der Vorerbschaft mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 2112, 2116 von keiner erheblichen Bedeutung, wenngleich sie bei einer gegen die Vorschrift des § 2114 erfolgten Einziehung einer grundbuchmäßig gesicherten Forderung auch schon zu dieser Zeit praktisch werden kann. Von Wichtigkeit ist sie dagegen, wenn der Fall der Nacherbfolge bereits eingetreten ist, und zwar gleichviel, ob dieser Eintritt dem Schuldner bekannt geworden oder unbekannt geblieben ist. Denn wenn und solange der Schuldner der Voraussetzung des Satz 2 gemäß von der Zugehörigkeit der Forderung zur Erbschaft keine Kenntnis hat, wird er die Forderung demjenigen zuschreiben, in dessen Person sie entstanden ist, also dem Vorerben. Auf andere als durch Rechtsgeschäft erworbene Forderungen bezieht sich Satz 2 nicht, doch können den Schuldnern solcher Forderungen immerhin die Vorschriften des § 851 und unter Umständen auch der §§ 893, 2367 zustatten kommen (Strohal I § 28a Anm. 26). Wegen der Ergebnisse, die aus der entsprechenden Anwendung der §§ 406—408 zu gewinnen sind, vgl. Erl. 2 zu § 720 und Erl. 2 zu § 1473; auch Meischeider S. 244f. Auf einem wesentlich anderen Gedanken als der hier besprochene Satz 2 (des § 2111 Abs. 1) beruht § 2140 Satz 2.

4. Der Abs. 2 enthält eine auf wirtschaftlichen Gründen beruhende Sondervorschrift, die sich in ähnlicher Gestalt auch bei der Pacht, dem Nießbrauch und dem ehelichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung vorfindet (§ 588 Abs. 2, § 1048 Abs. 1, § 1378). Der Gesichts-

§. 2112. Der Vorerbe kann über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§. 2113 bis 2115 ein Anderes ergiebt.

---

punkt der Surrogation trifft hier nicht zu. Denn die dem Inventar einverleibten Stücke fallen auch dann in die Erbschaft, wenn sie nicht mit erbschaftlichen Mitteln und nicht an Stelle abgegangener Stücke (vgl. § 1382), sondern zur Vermehrung des Inventars angeschafft werden. Voraussetzung ist, daß der fragliche Gegenstand dem Grundstücksinventar tatsächlich, nicht etwa nur buchmäßig, einverleibt ist, wozu es in der Regel der Einbringung in das Grundstück bedürfen wird. Der Vorerbe hat bei Beendigung seines Rechtes nicht das Recht der Wegnahme, sondern nur nach Maßgabe der §§ 2124, 2125 unter Umständen einen Anspruch auf Vergütung.

§ 2112.

E. I § 1815, § 1828 Abs. 1, 2; II § 1985 rev. § 2089; III § 2087. P. I S. 9183 ff.; M. V S. 114 ff. P. II Bd. 5 S. 96, 99.

W. Grosse, Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben (1905). Wolffgarten, Der Schutz des Nacherben gegen Verfügungen des nicht befreiten Vorerben sowie Dritter über die Gegenstände der Vorerbschaft. Leipziger Diss. (1907).

Grundsätzliches Verfügungsrecht des Vorerben.

1. Inwieweit der Vorerbe zur Verfügung über Erbschaftsgegenstände befugt sei, war für das bisherige Recht vielfach zweifelhaft und bestritten (vgl. Dernburg Pand. III § 120 Anm. 5 ff., preuß. PrivR. III § 158 Anm. 8 ff.). Der E. I (§§ 1815, 1828) stellte den Vorerben dem Nießbraucher gleich und versagte ihm damit grundsätzlich das Verfügungsrecht. Mit der Beseitigung des Anschlusses der Vorerbschaft an den Nießbrauch (s. die Vorbm. Nr. 3) ist hierin eine Änderung eingetreten, der Vorerbe ist als Erbe dem Nacherben und Dritten gegenüber grundsätzlich befugt, über die Erbschaftsgegenstände zu verfügen. Hieraus allein würde jedoch noch nicht folgen, daß den Verfügungen des Vorerben auch gegenüber dem Nacherben uneingeschränkte Wirksamkeit zukäme, vielmehr würde die zeitliche Beschränkung des dem Vorerben zustehenden Erbrechts nach dem allgemeinen Satze resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum (§ 161 Abs. 2, vgl. M. V S. 114 f.) dahin führen, daß mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge jede Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand insoweit unwirksam wäre, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Auch diese Beschränkung ist jedoch vom E. II beseitigt worden, indem dem Vorerben **grundsätzlich** das Recht der Verfügung über die Erbschaftsgegenstände mit Wirkung gegen den Nacherben beigelegt ist. Dies ist im § 2112 ausgesprochen, der den folgenden Vorschriften als Leitsatz vorangestellt ist.

Das Prinzip erleidet jedoch erhebliche Einschränkungen, indem einesteils die Verfügungsmacht des Vorerben durch wichtige Ausnahmen durchbrochen und daneben zunächst durch die Geltung des Surrogationsprinzips (vgl. § 2111 Abs. 1) ferner durch die persönliche Verantwortlichkeit des Vorerben sowie durch die Zulässigkeit besonderer Sicherungsmaßregeln mittelbar eine weitere Schranke gezogen wird. Auf diese Weise wird eine angemessene Ausgleichung unter den Rechten und Interessen des Vorerben und des Nacherben erzielt.

Für die **Ausnahmen** von dem Grundsatze der freien Verfügungsmacht ist teils die Natur des Gegenstandes, teils die Art der Verfügung bestimmend. Sie beziehen sich

a) auf Grundstücke und Rechte an solchen (§ 2113 Abs. 1, § 2114),

b) auf unentgeltliche Verfügungen über Erbschaftsgegenstände (§ 2113 Abs. 2),

c) auf Verfügungen, die gegen den Vorerben im Zwangswege getroffen werden (§ 2115).

Von der Ausnahme zu a kann der Erblasser den Vorerben gemäß §§ 2136, 2137 befreien, von den Beschränkungen zu b und c dagegen nicht.

Auch soweit diese Ausnahmen nicht eingreifen und eine Schranke der Verfügungsmacht des Vorerben somit nicht besteht, ist aber schon durch das Eingreifen des Surrogationsprinzips dafür gesorgt, daß an die Stelle des infolge einer wirksamen Verfügung des Vorerben aus der Erbschaft ausscheidenden Gegenstandes das von ihm dafür Erlangte als Surrogat tritt. Dazu kommt die dem Vorerben nach § 2130 dem Nacherben gegenüber obliegende Verpflichtung zur Herausgabe der Erbschaft in dem einer fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechenden

Zustande. Darin liegt für den Fall der Veräußerung von Erbschaftsgegenständen zugleich die Verpflichtung zur Erzielung eines entsprechenden Entgelts. Die Möglichkeit der Haftbarmachung des Vorerben wegen eines ihn in dieser Beziehung treffenden pflichtwidrigen Vorgehens wird dem Nacherben wesentlich dadurch erleichtert, daß er von jenem die Mitteilung eines Verzeichnisses der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verlangen kann (§ 2121). Weitergehende Rechte hat der Nacherbe bezüglich der zur Erbschaft gehörenden Wertpapiere, die auf sein Verlangen hinterlegt oder sonst sichergestellt werden müssen, womit außer der tatsächlichen Sicherung auch eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben verbunden ist (§§ 2116—2118). Endlich kann der Nacherbe, wenn er durch den Vorerben gefährdet wird, Sicherheitsleistung verlangen und, falls diese unterbleibt, erwirken, daß dem Vorerben die Verwaltung entzogen wird, was den gänzlichen Verlust des Verfügungsrechts zur Folge hat (§§ 2128, 2129). Aus dieser vorläufigen Übersicht ergibt sich, daß das Verfügungsrecht des Vorerben kein völlig freies, sondern ein vermöge seines Zweckes (dem Vorerben die Verwaltung und den Genuß der Erbschaft soweit zu erleichtern, als dies mit deren Bestimmung als universitas iuris auf den Nacherben überzugehen, verträglich ist) eigenartig gestaltetes und zugleich begrenztes ist (vgl. P. II Bd. 5 S. 113).

Übrigens ist der Erblasser in der Lage, die dem Vorerben nach Maßgabe des § 2112 zukommende Verfügungsmacht durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung ganz oder teilweise auszuschließen (vgl. §§ 2209, 2211).

2. Der § 2112 spricht nur von der Verfügung über die Erbschaftsgegenstände. Die der Nacherbfolge unterliegende Erbschaft im ganzen ist **kein Erbschaftsgegenstand** und kann auch, soweit nicht § 2033 Abs. 1 eingreift, nicht der Gegenstand einer Verfügung sein. Der Abschluß eines Erbschaftskaufs wird durch die Beschwerung des Erben mit einer Nacherbeinsetzung nicht ausgeschlossen, wie sich mittelbar aus § 2376 ergibt, hat jedoch, da sich für eine dergestalt belastete Erbschaft schwer ein Käufer finden wird, praktisch kaum Bedeutung (vgl. P. II Bd. 5 S. 98, 130f.). Ist der Vorerbe nur Miterbe, so liegt in der durch § 2033 Abs. 1 verstatteten Verfügung über den Anteil am Nachlaß nicht die Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand. Die bezeichnete Verfügung ist daher nicht nach § 2112, sondern lediglich nach § 2033 zu beurteilen und kann selbstverständlich nur unbeschadet des Rechtes des Nacherben erfolgen (vgl. auch Erl. 2e zu § 2033).

3. Einzelfragen.

a) Zur Aufhebung der Erbengemeinschaft und zur Auseinandersetzung mit seinen Miterben, mag sie durch private Vereinbarung oder durch das gerichtliche Vermittlungsverfahren (§§ 86ff. des FGG.) oder im Wege der Teilungsklage herbeigeführt werden, ist der Vorerbe grundsätzlich selbständig befugt. Gehört jedoch ein Grundstück zur Erbschaft, so bedarf es hinsichtlich der über dieses zu treffenden Verfügungen der Zuziehung des Nacherben, da anderenfalls diese Verfügungen nach dem Eintritte der Nacherbfolge nach Maßgabe des § 2113 Abs. 1 dem Nacherben gegenüber unwirksam sein würden (M. V S. 95; D. z. FGG. S. 52). Ob die Auseinandersetzung bezüglich des Grundstücks lediglich nach den gesetzlichen Teilungsvorschriften (§ 2042 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 752, 753, ZVG. §§ 180ff.) erfolgt oder ob in anderer Weise, insbesondere durch Übernahme seitens eines Miterben über das Grundstück verfügt wird, ist ohne Bedeutung. Dasselbe wie für die Auseinandersetzung des Vorerben mit seinen unbelasteten Miterben gilt, wenn mehrere Vorerben vorhanden sind, auch für die Auseinandersetzung unter diesen (vgl. übrigens noch Erl. 4e zu § 2113). Eine Verpflichtung der Vorerben, im Interesse des Nacherben in der Gemeinschaft zu verbleiben, besteht weder, wenn von Anfang an eine Mehrheit von Vorerben vorhanden gewesen, noch auch wenn sie erst durch den Eintritt der Erben des Vorerben entstanden ist.

b) Gehört ein Handelsgeschäft zur Erbschaft (§ 22 HGB.), so ist der Vorerbe nach § 2112 selbständig berechtigt, sich für dessen Fortführung zu entscheiden und sich als Firmainhaber eintragen zu lassen. Vgl. dazu Rspr. 4 S. 456 (wo ausgesprochen ist, daß die als Vorerbin eingesetzte Witwe und Mutter von zur Nacherbfolge berufenen minderjährigen Kindern zu der bezeichneten Entscheidung nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf).

c) Die Befugnis zur Ausübung der zur Erbschaft gehörenden Gestaltungsrechte (vgl. dazu Seckel, Die Gestaltungsrechte des BGB. in der Festgabe für Richard Koch S. 203ff.) z. B. eines Anfechtungs-, Rücktritts-, Wahl-, Vorkaufsrechtes (soweit dieses nicht zu den Rechten an Grundstücken gehört; vgl. § 2113 Abs. 1) muß nach § 2112 dem Vorerben zugeschrieben werden. Hieraus ergibt sich zugleich auch die Entscheidung der Frage, ob der Vorerbe das infolge einer wirksam gewordenen Berufung des Erblassers zur Erbschaft gehörende Recht, eine Erbschaft oder

ein Vermächtnis anzunehmen oder auszuschlagen, selbständig ausüben kann. Die Frage ist, ohne Rücksicht darauf, ob zur angefallenen Erbschaft auch Grundstücke oder Grundstücksrechte gehören, oder ob der Gegenstand des angefallenen Vermächtnisses ein Grundstück oder ein Grundstücksrecht ist, nicht nur hinsichtlich der Annahme sondern auch hinsichtlich der Ausschlagung zu bejahen (vgl. auch Erl. 5 zu § 1952). Nimmt der Vorerbe die Erbschaft, das Vermächtnis an, so liegt ein nach § 2111 zu beurteilender Erwerb des Vorerben auf Grund eines zur Vorerbschaft gehörenden Rechtes vor. Schlägt er aus, so kann er dem Nacherben deswegen nach § 2130 verantwortlich sein.

4. Der § 2112 und die folgenden Vorschriften beziehen sich nur auf Verfügungen unter Lebenden. Über die Wirksamkeit einer von dem Vorerben über die Vorerbschaft getroffenen **Verfügung von Todes wegen** sagt das BGB. nichts, während im E. I (§ 1839) wie im preuß. ALR. (I 12 § 468) und im sächs. GB. (§ 2522) die Frage wenigstens bei der Einsetzung eines Nacherben auf den Überrest berührt war (vgl. M. V S. 129, auch E. I § 1806). Gewöhnlich sagt man, daß der Vorerbe über die mit der Nacherbeinsetzung belastete Erbschaft überhaupt nicht von Todes wegen verfügen könne. Dies ist aber irreführend und sachlich viel zu weit gehend. Für die Entscheidung kommt folgendes in Betracht.

a) Schon in Erl. 4 zu § 2106 ist darauf hingewiesen worden, daß die Anordnung einer Nacherbfolge lediglich für einen dem Erblasser unerwünschten Fall getroffen sein kann, dessen Eintritt der zunächst zur Erbfolge Gelangende durch Verfügung von Todes wegen auszuschließen vermag. Gestalten sich hier die Verhältnisse beim Tode des Vorerben infolge der von ihm hinterlassenen letztwilligen Verfügung so, daß der Fall der Nacherbfolge überhaupt nicht mehr gegeben ist, so muß die dem Vorerben angefallene Erbschaft als ein durch die Anordnung der Nacherbfolge nicht mehr gebundener Teil seines Nachlasses angesehen werden und bleiben daher auch die letztwilligen Verfügungen des Vorerben durch jene Anordnung völlig unberührt. Vgl. übrigens auch noch Erl. 2 zu § 2136.

b) Steht der Eintritt der Nacherbfolge beim Tode des Vorerben erst noch bevor, so geht das Recht des Vorerben hinsichtlich der der eventuellen Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft auf dessen Erben über. Eine vom Vorerben angeordnete Erbeinsetzung erstreckt sich also in diesem Falle auch auf das bezeichnete Recht des Vorerben. Eine von ihm in Ansehung der angefallenen Erbschaft überhaupt oder in Ansehung eines einzelnen zu dieser Erbschaft gehörenden Gegenstandes getroffene Vermächtnisverfügung wird nach Maßgabe des § 2169 regelmäßig dahin auszulegen sein, daß dem Bedachten nur diejenigen Vorteile zukommen sollen, welche sich für den Beschwerten aus der zeitlichen Zugehörigkeit der Vorerbschaft bzw. des zu ihr gehörenden Gegenstandes zum Nachlaß ergeben (vgl. Strohal I § 28 Anm. 51).

c) Erweist sich das Recht des Vorerben im konkreten Falle als unvererblich, so kann der Eintritt in dieses Recht dem Erben des Vorerben natürlich auch nicht durch die Erbeinsetzung vermittelt werden. Vermächtnisverfügungen der unter b a. E. bezeichneten Art werden, weil sie einen zum Nachlaß (des Vorerben) nicht gehörenden Gegenstand betreffen, nach Maßgabe der §§ 2169, 2170 zu beurteilen sein.

5. Die vom Vorerben zum Zwecke der Veräußerung von Erbschaftsgegenständen **geschlossenen obligatorischen Verträge** sind keine Verfügungen, sondern begründen nur persönliche Verpflichtungen zur Vornahme von solchen. Obschon sie die rechtliche Natur von Eigenverbindlichkeiten des Vorerben und nicht die von Nachlaßverbindlichkeiten haben (vgl. Erl. 6 zu § 1967, Erl. 1 zu § 2144; s. auch Strohal II S. 185), so kann sie der Vorerbe doch, unbeschadet der ihn nach § 2130 treffenden Verantwortlichkeit, innerhalb der ihm nach §§ 2112 ff. zukommenden Verfügungsmacht durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes aus der Erbschaft erfüllen (wegen der in solchem Falle in Ansehung des Gegenwertes eintretenden Surrogation vgl. § 2111). Einer rechtsgeschäftlichen Verfügung dieser Art steht die **sogenannte Verfügung durch Urteil** gleich, d. h. der Fall, daß der Vorerbe zur Abgabe einer Willenserklärung, die eine Verfügung über ein erbschaftliches Recht enthält, rechtskräftig verurteilt ist, womit die Erklärung als abgegeben gilt (ZPO. §§ 894, 895, vgl. auch §§ 883 ff., 897; P. II, Bd. 6 S. 129 f.). Soweit zur Perfektion der Verfügung auch die Übergabe einer Sache erforderlich ist, wird diese durch die in ZPO. § 897 bestimmte Wegnahme ersetzt, und soweit es dazu der Eintragung ins Grundbuch bedarf, wird daran durch ZPO. § 894 nichts geändert. Da der Vorerbe grundsätzlich (vgl. aber doch auch § 2140) über Nachlaßgegenstände nur bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge verfügen kann, so ist die der Übergabe durch den Schuldner gleichstehende Wegnahme einer zum Nachlaß gehörenden und vom Vorerben verkauften

§. 2113. Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstück ist

beweglichen Sache durch den Gerichtsvollzieher nach dem Eintritte der Nacherbfolge nicht mehr zulässig, selbst wenn das den Vorerben zur Übereignung verhaltende Urteil noch vor jenem Eintritte rechtskräftig geworden ist (vgl. Strohal I § 28 Anm. 49; anders mit Unrecht Salinger S. 170, 176).

Aus den (unmittelbar oder infolge von Surrogation) zur Erbschaft gehörenden Geldmitteln kann der Vorerbe (nicht auch der Konkursverwalter; vgl. § 2115) — selbstverständlich auch hier nur unbeschadet seiner Verantwortlichkeit gegenüber dem Nacherben — auch eine auf Leistung einer Geldsumme gerichtete Eigenverbindlichkeit erfüllen. Dem die zwangsweise Hereinbringung einer solchen Forderung betreibenden Gläubiger ist jedoch die Führung bzw. Durchführung der Zwangsvollstreckung in zur Erbschaft gehörende Gegenstände, auch in solche, über die der Vorerbe nach § 2112 durch Rechtsgeschäft verfügen kann, nach § 2115 (vgl. auch CPO. § 773) insoweit versagt, als dadurch das dem Nacherben an diesen Gegenständen mit dem Eintritte der Nacherbfolge zukommmende Recht vereitelt oder beeinträchtigt würde.

6. In Ansehung tatsächlicher Maßnahmen ist dem Vorerben nur durch die ihm nach § 2130 obliegende eigenartige Verwaltungspflicht eine obligationenrechtliche Schranke gezogen. Die besonderen Beschränkungen, die sich nach dem E. I durch den Anschluß der Vorerbschaft an die Vorschriften über den Nießbrauch ergaben, insbesondere die Verpflichtung, die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Erbschaftsgegenstände aufrecht zu erhalten (§ 1036 Abs. 2) und nach Maßgabe der §§ 1041 ff. für die Erhaltung derselben in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen (vgl. M. V S. 108, 129), sind im BGB. weggefallen.

7. Die Vertretung der Erbschaft in Rechtsstreitigkeiten steht dem Vorerben zu, er kann ohne Zuziehung des Nacherben klagen und verklagt werden. Die Prozeßführung ist nach der Auffassung des BGB. (s. Bd. I S. 186) ein Verwaltungsakt, nicht eine Verfügung. Gleichwohl wird im Hinblick auf das praktische Ergebnis der Prozeßführung die Frage, wieweit ein gegenüber dem Vorerben ergangenes Urteil Rechtskraft gegenüber dem Nacherben erlangt, durch die Vorschriften über das materielle Verfügungsrecht des Vorerben wenigstens insoweit beeinflußt, als es sich um die Wirksamkeit des Urteils gegen den Nacherben handelt. Nach der CPO. wirkt ein Urteil, das zwischen dem Vorerben und einem Dritten über einen gegen den Vorerben als Erben gerichteten Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ergeht, für den Nacherben, sofern es vor dem Eintritte der Nacherbfolge rechtskräftig wird (§ 326 Abs. 1). Dagegen wirkt ein dem Vorerben ungünstiges Urteil unter der gleichen Voraussetzung nur dann gegen den Nacherben, wenn es über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand (nicht auch eine Nachlaßverbindlichkeit) ergeht und der Vorerbe befugt ist, über diesen Gegenstand ohne Zustimmung des Nacherben zu verfügen (§ 326 Abs. 2). Die Vorschriften des § 326 (vgl. außer den Kommentaren z. CPO. auch Hellwig, Rechtskraft § 33) enthalten eine Durchbrechung des im § 325 der CPO. aufgestellten Grundsatzes über die Grenzen der Rechtskraft, die zur Vermeidung mehrfacher Prozesse geboten erschien. Während aber ein dem Vorerben günstiges Urteil im Interesse des Nacherben schlechthin als für diesen wirksam anerkannt wird, sind der Wirksamkeit eines ihm ungünstigen Urteils gegen den Nacherben engere Grenzen gezogen, um den Nacherben gegen eine Schädigung durch nachlässige oder böswillige Prozeßführung seitens des Vorerben zu sichern. Die Vorschrift hat ein Seitenstück in dem § 1380 des BGB., nach welchem das gegenüber dem Ehemann ergangene Urteil über ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht (für und) gegen die Frau wirkt, wenn der Mann befugt ist, über das Recht ohne Zustimmung der Frau zu verfügen. Vgl. betreffs der hier berührten und verwandter Fragen (Wirksamkeit des Urteils in Ansehung der Prozeßkosten, Streitverkündung) M. V S. 117 ff., D. z. CPO. S. 51 f. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel für und gegen den Nacherben erfolgt nach CPO. § 728 Abs. 1. Wegen der Unterbrechung, Aussetzung und Aufnahme eines bei dem Eintritte der Nacherbfolge anhängigen Rechtsstreits s. CPO. §§ 242, 246 (Erl. 4c zu § 2139). Wegen der Nebenintervention des Nacherben vgl. Hellwig CPRecht II S. 484.

§ 2113.

E. I § 1828: II § 1986 rev. § 2090; III § 2068. P. I S. 9178 ff., 9195 ff., 11351; M. V S. 114 ff. P. II Bd. 5 S. 97 ff., 109 ff., 130; Bd. 6 S. 129 f. D. S. 732.

Eichhorn DJZ. 1 S. 210; Blankmeister im Recht 1901 S. 424; Thiesing im Recht 1903 S. 37; Derselbe: Einige Bemerkungen über das Rechtsverhältnis zwischen Vor-

im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Das Gleiche gilt von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben ertheilten Schenkungsversprechens erfolgt. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

---

erben und Nacherben im CivArch. 94 S. 229ff.; Schwarz, Schutz des Nacherben gegen die Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs im Recht 1903 S. 226; Herrmann im Recht 1903 S. 233; Cohn in JW. 1903 S. 364; Drewes DJZ. 1903 S. 198; Meikel im Recht 1905 S. 643; Martinius, Notwendigkeit der Eintragung des Rechtes des Nacherben im Grundbuch usw. in DNV. 3 S. 348; vgl. daselbst auch 6 S. 39 (Neujahrswunsch); Brachvogel, Der befreite Vorerbe und der Beweis der Negative beim Grundbuche bei Gruch. 50 S. 64ff.; Planck (Bezirksnotar), WürttembZ. 1905 S. 172; Müller, WürttembZ. 1905 S. 257; Schumann, DJZ. 1905 S. 1163; Jastrow, Die Rechtsprechung über den befreiten Vorerben und die Aufgabe der Kautelarjurisprudenz in DNV. 6 S. 77ff.; Hachenburg, Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben zugunsten des Nacherben in DNV. 6 S. 321ff.; Weber, Der befreite Vorerbe im Freiheitskampfe gegen Kammergericht und Reichsgericht in DNV. 6 S. 601; Schreiber, Vermächtnis statt Nacherbschaft in DNV. 6 S. 673; Doehl in DJZ. 1905 S. 906; Derselbe bei Gruch. 50 S. 609; Holz, DJZ. 1906 S. 483; Stranz DJZ. 1906 S. 524; Kretzschmar, Das Verfügungsrecht des befreiten Vorerben in DJZ. 1906 S. 1347; Schefold, WürttembZ. 1906 S. 97; Jastrow, Noch einmal zum Testament mit Vor- und Nacherbschaft in DNV. 1907 S. 48ff. Der Kampf des befreiten Vorerben um seine Verfügungsbefugnis, Redaktionsaufsatz in DNV. 1907 S. 55; Weber, Die Verfügungsbeschränkungen in ihrer Wirkung im Grundbuchverkehr in DNV. 1907 S. 241ff.; Weißler, Rechtsprechung in Nachlaßsachen in DNV. 1907 S. 336; Kempner in JW. 1907 S. 68; Weber, Der Freiheit Morgenrot in DNV. 1907 S. 475; Peiser, Testamentsrecht S. 132ff.; Predari, Komm. z. GBO. Erl. zu § 52.

Beschränkungen der Verfügungsmacht des Vorerben.

1. **Grundstücke und Rechte an Grundstücken** gehören nach allgemeiner Auffassung zu dem Stamme eines Vermögens. Sie sollen nach der Absicht des Gesetzes ihrer Substanz, nicht nur ihrem Werte nach dem Nacherben erhalten bleiben und sind deshalb nach Maßgabe des § 2113 Abs. 1 der Verfügungsmacht des Vorerben entzogen. Von den dem BGB. bekannten Rechten an Grundstücken können der Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten hier praktisch aus dem Grunde nicht in Betracht kommen, weil sie als unvererbliche Rechte nicht zur Erbschaft gehören können. Bezüglich der Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden ist § 2113 nur mit den in § 2114 bestimmten Einschränkungen maßgebend. Über den Umfang und die Bedeutung der im § 2113 Abs. 1 bestimmten Verfügungsbeschränkung ist zu bemerken:

a) Durch die Vorschrift werden auch solche Grundstücke und Grundstücksrechte betroffen, deren Zugehörigkeit zur Erbschaft auf Surrogation beruht (vgl. OLG. Naumburg in DNV. 1907 S. 337).

b) Der Ausdruck „Verfügung über ein Grundstück" ist im § 2113 in demselben Sinne zu verstehen wie im § 1445. Darunter fällt also nicht nur die Veräußerung (Auflassung), sondern auch die Dereliktion (§ 928), sowie die Belastung mit dinglichen Rechten für Dritte, ja selbst die Bewilligung einer Vormerkung. Auch die bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft hinsichtlich der zur Erbschaft gehörenden Grundstücke vorzunehmenden Verfügungen werden durch § 2113 betroffen (vgl. hierzu auch Bd. IV Erl. 3a zu § 1445). Dem über Verfügungen über Grundstücke Gesagten entsprechend ist unter der Verfügung über ein Recht an einem Grundstück nicht nur dessen Übertragung, sondern auch dessen rechtsgeschäftliche Aufhebung, Belastung (auch die mit einer bewilligten Vormerkung) und Rangverschlechterung zu verstehen (vgl. auch Rspr. 3 S. 223; 6 S. 324; KG. 25 S. A 303). Bezüglich der Kündigung und Einziehung von Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden vgl. § 2114.

c) Eine vom Vorerben getroffene Verfügung der unter b bezeichneten Art ist *nicht schlechthin unwirksam*, sondern vielmehr als eine solche zu beurteilen, die sich nur dann, *wenn* es zur Nacherbfolge kommt, und auch in diesem Falle nur *insoweit* als unwirksam herausstellt, als ihre Wirksamkeit das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (vgl. über diesen Punkt die Ausführung unter d). Soweit die bezeichneten Voraussetzungen der Unwirksamkeit nicht zutreffen, ist die Verfügung somit als wirksam zu behandeln. Im E. I (§ 1828) hieß es: die Verfügung „wird" unwirksam. Die im Anschluß an § 161 erfolgte Änderung des „wird" in „ist" soll klarstellen, daß der Verfügung von Anfang an ein Mangel anhaftet, dessen Wirkung sich freilich nur unter den gedachten Voraussetzungen geltend macht. Sind aber diese gegeben und ist der Mangel auch nicht durch die Genehmigung des Nacherben geheilt, so ist die sich herausstellende Unwirksamkeit nicht eine bloß relative, nur dem Nacherben gegenüber eintretende, sondern eine in *dem Sinne absolute*, daß sich auch *jeder Dritte* auf sie berufen kann, der daran ein rechtliches Interesse hat. Denn der maßgebende Gesichtspunkt ist nicht der eines gesetzlichen Veräußerungsverbots nach § 135, sondern die dingliche Gebundenheit des Rechtes des Vorerben (§ 161 Abs. 2, § 163). Diese hat zur Folge, daß mit dem Eintritte der Nacherbfolge von selbst auch die Unwirksamkeit der Verfügung eintritt, ohne daß es einer besonderen Geltendmachung derselben von seiten des Nacherben bedarf (a. M. Frommhold Anm. 1). In einem Rechtsstreite ist die bezeichnete Unwirksamkeit, dafern nur die sie begründenden Tatsachen dem Gerichte vorgetragen sind, von Amts wegen zu beachten (vgl. hierzu Bd. I S. 183 Nr. VII 4, ferner Erl. 1 zu § 161; M. I S. 259 f., V S. 115). Die berührte Frage ist übrigens streitig. Wie hier Strohal I § 28 Anm. 26; Herzfelder S. 384; anders Hachenburg, Vorträge S. 146; Peiser S. 90 Anm. 59; Dernburg V § 58 Anm. 2; Predari, Komm. z. GBO. S. 637; Beyer, Surrogation S. 200, die sich für *nur relative* Unwirksamkeit aussprechen. Das Mißlichste bei diesem Gegensatze der Meinungen ist, daß Begriff und Wesen der relativen Unwirksamkeit noch nicht völlig geklärt sind (vgl. dazu Eccius bei Gruch. 50 S. 481 ff.), und daß bei manchen der genannten Schriftsteller unsicher bleibt, in welchem Sinne die von ihnen angenommene nur relative Unwirksamkeit eigentlich gemeint ist. Die praktische Bedeutung der Frage tritt deshalb zurück, weil die Berufung auf die Unwirksamkeit in aller Regel doch durch den Nacherben in der Weise erfolgen wird, daß er nach dem Eintritte der Nacherbfolge auf Grund seines Rechtes gemäß § 894 die Einwilligung des Erwerbers in die Berichtigung des Grundbuchs verlangt.

Der Mangel in dem Verfügungsrechte des Vorerben wird durch die Zustimmung des Nacherben beseitigt. Die Verfügung ist daher vollwirksam, wenn sie mit Einwilligung des Nacherben erfolgt (§ 183, § 185 Abs. 1, vgl. § 2120), und wird vollwirksam, wenn der Nacherbe sie genehmigt oder wenn eine der Genehmigung gleichstehende Tatsache eintritt (§ 185 Abs. 2). Aus dieser letzteren Möglichkeit kann übrigens ein Schluß darauf, daß die nach § 2113 Absatz 1 und 2 eintretende Unwirksamkeit nur vom Nacherben geltend gemacht werden könne und in diesem Sinne relativ sei (so Peiser, Predari), noch keineswegs gezogen werden. Denn sonst müßte man auch die Verfügung des völlig Unberechtigten wegen der nach § 185 Abs. 2 möglichen Genehmigung durch den Berechtigten in gleicher Weise als eine nur relativ unwirksame charakterisieren, was aber sicherlich ausgeschlossen ist. Vgl. übrigens noch den im zweiten Absatz der Erl. 2 angeführten Beispielsfall.

Wegen der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken, die nicht unter den Begriff der Verfügung fällt, s. § 2135.

d) Die jetzt noch besonders zu erörternde Frage, ob eine vom Vorerben vorgenommene Verfügung geeignet ist, das Recht des Nacherben zu vereiteln oder zu beeinträchtigen, ist nach denselben Gesichtspunkten zu beurteilen, wie die analoge Frage in den Fällen des § 161 Abs. 1, 2 (vgl. übrigens auch § 883 Abs. 2). Entscheidend ist der *juristische Charakter der Verfügung als solcher* und nicht die wirtschaftliche Abschätzung des der Verfügung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts (vgl. auch Thiesing im CivArch.; Strohal II § 63 Anm. 4; Beyer, Surrogation S. 201). Unrichtig ist die abweichende Meinung Salingers S. 161 (gegen ihn besonders Thiesing), nach der die vom Vorerben vorgenommene Veräußerung eines Erbschaftsgrundstücks beispielsweise dann als wirksam gelten soll, wenn für dasselbe ein angemessener Kaufpreis erzielt worden ist und sich dieser beim Eintritte der Nacherbfolge noch in der Erbschaft befindet. Hierbei wird verkannt, daß das vom Verfügenden abgeschlossene Kausalgeschäft denjenigen, welcher nach Maßgabe der §§ 161, 883, 2113 gegen die Verfügung geschützt werden soll, ganz unberührt läßt und somit schon aus diesem Grunde die rechtsvereitelnde oder rechts-

beeinträchtigende Wirkung der Verfügung nicht ausschließen kann. Hieran wird bei Verfügungen des Vorerben auch durch die im § 2111 bestimmte Surrogation nichts geändert. Denn die Zugehörigkeit des vom Vorerben durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft Erworbenen zur Erbschaft hat eine dem Nacherben gegenüber *wirksame Verfügung* des Vorerben über den in Frage kommenden Erbschaftsgegenstand *zur Voraussetzung* (vgl. auch Erl. 2 zu § 2019), und ob diese vorliegt, ist lediglich nach dem Rechte der Verfügungen zu beurteilen (vgl. auch die verwandte Entscheidung des § 816). Daß die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Kausalgeschäfts bei der Entscheidung darüber, ob die Verfügung des Vorerben das *Recht* des Nacherben nachteilig beeinflußt, nicht in Betracht kommen kann, ergibt sich übrigens auch unzweideutig aus § 2120. Denn die daselbst getroffene Bestimmung, daß der Nacherbe dem Vorerben gegenüber verpflichtet ist, zu einer Verfügung, die dieser nicht mit Wirkung gegen jenen vornehmen kann, seine Einwilligung zu erteilen, wenn die Vornahme der Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft erforderlich ist, hat zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß die wirtschaftliche Angemessenheit einer Verfügung des Vorerben die Möglichkeit einer Vereitelung oder Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben und die deshalb eintretende Unwirksamkeit der Verfügung nicht ausschließt. Trotzdem ist die in § 2113 Abs. 1 durch die Wendung „insoweit — als" ausgesprochene Einschränkung der Unwirksamkeit nicht ohne praktische Bedeutung. Dies zeigt sich vor allem darin, daß die mit dem Eintritte der Nacherbfolge sich herausstellende Unwirksamkeit *diejenigen Wirkungen der Verfügung unberührt läßt, welche lediglich der Zeit der Vorerbschaft angehören*. Bestellt der Vorerbe also z. B. einem Dritten an einem zur Erbschaft gehörenden Grundstück einen Nießbrauch, so erlischt dieser zwar mit dem Eintritte der Nacherbfolge, wird aber dadurch an dessen rechtlichem Bestande bis zu diesem Zeitpunkte nichts geändert. War aber der Nießbraucher schon vor dem Eintritte der Nacherbfolge gestorben, so kann die in § 2113 Abs. 1 bestimmte Unwirksamkeit überhaupt nicht mehr in Frage kommen, und dasselbe gilt, wenn der Vorerbe den Nießbrauch als einen auf die Zeit der Vorerbschaft beschränkten bestellt hat.

Es gibt aber auch Verfügungen, durch die das Recht des Nacherben selbst dann *nicht beeinträchtigt wird*, wenn sich ihre Wirkung auch auf die Zeit nach dem Eintritte der Nacherbfolge erstreckt. Als hierher gehörend dürfte in Betracht kommen: die Umwandlung einer zur Erbschaft gehörenden Buchhypothek in eine Briefhypothek (und umgekehrt), oder einer (gleichfalls zur Erbschaft gehörenden) Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek, einer Grundschuld in eine Hypothek u. dgl. Selbstverständlich kann von einer Beeinträchtigung des Nacherben auch dann nicht die Rede sein, wenn der Vorerbe durch seine rechtsgeschäftliche Mitwirkung die Rangstellung eines zur Erbschaft gehörenden Grundstücksrechtes verbessert oder die Zuschreibung eines nicht belasteten und bisher nicht zur Erbschaft gehörenden Grundstücks zu einem Erbschaftsgrundstück erwirkt. Freilich wird man zugleich sagen müssen, daß es sich dabei um eine Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück bzw. Grundstücksrecht überhaupt nicht handelt.

e) Von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1 kann der Erblasser den Vorerben **befreien** (vgl. §§ 2136, 2137). Wegen der *praktischen Bedeutung der Befreiung* vgl. Erl. 2, 3 zu § 2136. Daraus allein, daß die Erbschaft mit einer durch die Vornahme einer Verfügung über ein erbschaftliches Grundstück oder eines solchen Rechtes an einem Grundstück zu erfüllenden *Nachlaßverbindlichkeit* belastet ist, ist aber eine Befreiung des Vorerben von der Verfügungsbeschränkung noch nicht zu entnehmen. Über die rechtliche Beurteilung der vom Vorerben in solchem Falle ohne anzunehmende Befreiung und ohne Einwilligung des Nacherben vorgenommenen Verfügung vgl. aber noch Erl. 2 zu § 2120.

2. Die im Abs. 2 enthaltene Ausnahmevorschrift bezüglich der **unentgeltlichen Verfügungen** bezieht sich auf Erbschaftsgegenstände (mit Einschluß derjenigen, die kraft Surrogation zur Erbschaft gehören) jeder Art, auf Grundstücke und bewegliche Sachen wie auf Rechte, insbesondere auch Forderungen. Andererseits gilt die Vorschrift für unentgeltliche Verfügungen jeder Art (s. wegen des Begriffs die Vorbm. 3 zum Titel „Schenkung" Bd. II S. 422), namentlich auch für Befreiungen, die in Schenkungsabsicht erfolgen. Erforderlich ist jedoch eine positive Tätigkeit des Vorerben, bloße Unterlassungen, wie die absichtliche Versäumung eines Erwerbes oder die Duldung des Eintritts der Verjährung genügen nicht. Auch die Ausschlagung einer Erbschaft, die zu der Vorerbschaft gehörte und vom Erblasser noch nicht angenommen war, ist keine unentgeltliche Verfügung im Sinne des Abs. 2 (s. Erl. 6 zu § 1952; a. M. Wilke Anm. 7 zu § 1952). Ausgenommen sind nach Satz 2 wie an anderen Stellen (§§ 534, 1446, 1641, 1804, 2205, 2330) Schenkungen, die durch eine sittliche Pflicht oder durch Anstandsrücksichten geboten sind; doch muß

es sich dabei um eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht von solcher Art handeln, daß dadurch die Bewirkung der Schenkung aus dem Stamme der Erbschaft gerechtfertigt erscheint (vgl. dazu bezüglich der Gewährung einer Ausstattung Hachenburg DNV. 6 S. 328). Eine Befreiung von den Beschränkungen des Abs. 2 ist unzulässig (vgl. Erl. zu § 2136).

Die rechtliche Natur der Unwirksamkeit ist — wie sich aus der Fassung des Gesetzes: „Das gleiche gilt" ergibt — in den durch Abs. 2 getroffenen Fällen keine andere als in den Fällen des Abs. 2; es kann also in dieser Beziehung auf das in Erl. 1c Bemerkte verwiesen werden. In seinen Studien (S. 42ff., 61) hatte Hachenburg (auf Grund des E. II) den Versuch gemacht, die im Abs. 2 bestimmte Unwirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen im Gegensatz zu der nach Abs. 1 eintretenden, als eine eigenartige, relative, nur obligationenrechtlich wirkende und nur subsidiäre (d. h. nur für den Fall, daß die Geltendmachung des gegen den Nacherben begründeten Ersatzanspruchs erfolglos bleibe, in Betracht kommende) Unwirksamkeit zu konstruieren; doch hält er diese Auffassung für das BGB. selbst nicht mehr aufrecht (DNV. 6 S. 322 Anm. 1). Die Möglichkeit der erfolgreichen Berufung eines Dritten auf die nach Abs. 2 eintretende Unwirksamkeit dürfte folgender Beispielsfall veranschaulichen. Hat der Vorerbe eine zur Erbschaft gehörende verzinsliche, erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge fällig werdende Forderung zunächst unentgeltlich dem A und dann entgeltlich dem B abgetreten, so kann sich B, dessen Erwerb durch die Verfügungsbeschränkung des § 2113 nicht berührt ist (§ 2112), nach dem Eintritte der Nacherbfolge jedenfalls auf die nunmehr sich herausstellende Unwirksamkeit der an den A erfolgten Übertragung berufen. Nur die auf die Zeit der Vorerbschaft entfallenden Zinsen verbleiben dem A. Herr der Forderung ist jetzt B und selbst eine Genehmigung der vom Vorerben zuerst vorgenommenen unentgeltlichen Übertragung an den A durch den Nacherben (dem hinsichtlich des vom B geschuldeten oder bereits geleisteten Entgelts die Surrogation zustatten kommt) vermöchte daran nichts mehr zu ändern.

Eigenartig können sich die Verhältnisse gestalten, wenn die vom Vorerben getroffene unentgeltliche Verfügung zugunsten des (zur Nacherbfolge auch wirklich gelangenden) Nacherben erfolgt ist (vgl. Hachenburg DNV. 6 S. 321ff. in lehrreicher, wenn auch nicht durchaus einwandfreier Ausführung). Soweit in einem solchen Falle die Einwilligung des Nacherben in die Verfügung des Vorerben als vorhanden anzunehmen ist — eine Voraussetzung, die aber z. B. nicht zutrifft, wenn der Nacherbe von der Zugehörigkeit des Zugewendeten zur Erbschaft keine Kenntnis hatte, oder wenn dem die Zuwendung annehmenden Nacherben die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit fehlte — entfällt hier selbstverständlich der Eintritt der Unwirksamkeit. Liegt dagegen weder Einwilligung des Nacherben in die Verfügung, noch nachträgliches Wirksamwerden derselben nach § 185 Abs. 2 vor, so stellt sich die Verfügung des Vorerben mit dem Eintritte der Nacherbfolge als in dem Sinne unwirksam heraus, daß der Gegenstand der Verfügung dem Nacherben von jetzt ab nicht mehr kraft der Verfügung des Vorerben, sondern kraft des Eintrittes der Nacherbfolge und somit als Erbschaftsgegenstand gehört. Der praktische Unterschied zwischen jenem Falle, wo die Wirksamkeit der Verfügung durch den Eintritt der Nacherbfolge nicht berührt wird, und diesem Falle tritt besonders deutlich hervor, wenn es nach dem Falle der Nacherbfolge zur amtlichen Nachlaßabsonderung und zugleich zur Eröffnung des Konkurses über das Eigenvermögen des Nacherben kommt. Denn während der vom Vorerben an den Nacherben veräußerte Gegenstand in jenem Falle nicht mehr zur Erbschaft, sondern zur Nacherbenkonkursmasse gehört, ist er in diesem Falle Erbschaftsgegenstand und daher in die Nachlaßabsonderung einzubeziehen.

Hat der Vorerbe eine seinen Vermögensverhältnissen entsprechende **Ausstattung** seinem Kinde, das zugleich als Nacherbe eingesetzt ist und zur Nacherbfolge auch gelangt, ohne daß das Kind darin rechtswirksam eingewilligt hat, statt aus seinem Vermögen aus Mitteln der Erbschaft (also aus dem Stamme derselben) gewährt, so liegt darin, soweit eine Rechtsverpflichtung zur Gewährung nicht bestand, eine nach § 2113 Abs. 2 unzulässige unentgeltliche Verfügung. Der nach § 2113 Abs. 3 erfolgte Eigentumserwerb des Kindes kann hier freilich durch den Eintritt der Nacherbfolge nicht mehr in Frage gestellt werden. Doch ist grundsätzlich der Vorerbe bzw. dessen Erbe dem Nacherben wegen der durch die unentgeltliche Verfügung unzulässigerweise herbeigeführten Verminderung der Vorerbschaft nach § 2130 verantwortlich und entfällt diese Haftung praktisch nur insoweit, als der Nacherbe infolge der Zuwendung als noch bereichert anzusehen ist. Darüber, daß der Empfänger der Ausstattung, wenn er nicht allein, sondern nur neben anderen zur Nacherbfolge gelangt, diesen gegenüber möglicherweise zur Herausgabe der deren Erbteilen entsprechenden Anteile der Bereicherung (§ 816 Abs. 1 Satz 2) verpflichtet ist, vgl.

Hachenburg a. a. O. S. 329. Erheblich anders als der bisher besprochene Fall ist es zu beurteilen, wenn der Vorerbe die ihm seinem Kinde, das ihm als Nacherbe folgt, gegenüber obliegende Aussteuerpflicht (§ 1620) mit Mitteln der Erbschaft erfüllt. Eine unentgeltliche Verfügung liegt hier nicht vor, sondern die Erfüllung einer Eigenverbindlichkeit des Vorerben aus der Erbschaft, von der sie nicht zu tragen ist; demgemäß hat der Vorerbe dem Nacherben, obschon dieser zugleich auch der befriedigte Gläubiger ist, nach dem Eintritte der Nacherbfolge schlechthin Ersatz zu leisten (§§ 2130, 2134; vgl. auch Hachenburg a. a. O.).

3. Im Abs. 3 ist wie bei den allgemeinen Vorschriften über das Veräußerungsverbot (§ 135 Abs. 2) und das bedingte bzw. zeitlich beschränkte Recht (§ 161 Abs. 3, § 163, vgl. auch wegen des rechtskräftigen Urteils CPO. § 325 Abs. 2) der Satz aufgenommen, daß die Vorschriften **zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten,** entsprechende Anwendung finden. Es wird hierdurch die Anwendbarkeit der Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und über den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen und Rechten an solchen (§§ 932 ff., 1032, 1207, 1208) klargestellt. Ein Schutz des Erwerbers auf Grund der vorgenannten Vorschriften ist regelmäßig bereits ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Zugehörigkeit des durch das Veräußerungsverbot betroffenen Gegenstandes zu einer der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft kennt oder bei einer unentgeltlichen Verfügung über Fahrnis auch nur grobfahrlässig nicht kennt. Bei Verfügungen des Vorerben über Grundstücke und Grundstücksrechte (vgl. § 52 GBO.) steht dem Schutz des Erwerbers auch schon der Umstand entgegen, daß die Verfügungsbeschränkung aus dem Grundbuch ersichtlich ist, und greift andererseits der Schutz zugunsten desjenigen Erwerbers durch, der die Unrichtigkeit der im Grundbuch zu Unrecht eingetragenen Befreiung von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1 nicht kennt. Ein noch weiter gehender Schutz des Erwerbers ergibt sich aus den §§ 2363, 2365—2367 für den Fall, daß der dem Vorerben erteilte Erbschein die Anordnung der bevorstehenden Nacherbfolge verschweigt oder eine nicht zu Recht bestehende Befreiung von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1 bezeugt und der Erwerber die bezeichnete Unrichtigkeit des Erbscheins nicht kennt.

Nach Maßgabe des Gesagten trifft also Abs. 3 auch die Fälle des Abs. 2, da die Unentgeltlichkeit des Erwerbes nach dem BGB. den Schutz des guten Glaubens nicht ausschließt. Mit dem Eintritt der Nacherbfolge ist der Empfänger der unentgeltlichen Leistung jedoch nach § 816 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet, das Erlangte nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung an den Nacherben herauszugeben. Unzutreffend ist die Behauptung Hachenburgs a. a. O. S. 323, daß, soweit dem Beschenkten die Vorschriften über den Erwerb auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten zustatten kommen, auch die vom Vorerben aus der Erbschaft gemachte „Schenkung wirksam sei". Die genannten Vorschriften sichern dem Empfänger vielmehr nur die gegenständliche Zugehörigkeit des Empfangenen, rechtfertigen aber dem Nacherben gegenüber nicht die Unentgeltlichkeit der eingetretenen Vermögensverschiebung; gerade darauf beruht es, daß zugunsten des Nacherben gegenüber dem Empfänger § 816 Abs. 1 Satz 2 eingreift. Der Bereicherungsanspruch des Nacherben als solchen ist daher mit dem Eintritte der Nacherbfolge als Bestandteil der Erbschaft anzusehen.

War die nach Maßgabe von Abs. 3 wirksame Verfügung des Vorerben eine entgeltliche (vgl. Abs. 1), so kommt hinsichtlich der versprochenen oder bereits bewirkten Gegenleistung das in § 2111 bestimmte Surrogationsprinzip zur Geltung.

4. **Angaben über die bevorstehende Nacherbfolge im Erbschein. Grundbuchrechtliches.** Schon in Erl. 3 ist auf den sachlichen Zusammenhang des § 2113 mit den Vorschriften des § 2363 und des § 52 GBO. hingewiesen worden. Indem § 2363 verlangt, daß in dem einem Vorerben erteilten Erbschein die Anordnung der Nacherbfolge, die Voraussetzungen derselben und die Person des Nacherben angegeben werden, schränkt er die Gefahr, daß Verfügungen des Vorerben, gegen deren wirksame Vornahme der Nacherbe durch § 2113 Abs. 1, 2 gesichert sein soll, sich nach § 2113 Abs. 3 doch als wirksam erweisen, wesentlich ein. Denselben Zweck verfolgt hinsichtlich der Verfügungen des Vorerben über Grundstücke und Grundstücksrechte § 52 GBO. durch die Bestimmung, daß bei der Eintragung eines Vorerben im Grundbuch zugleich das Recht des Nacherben (und soweit der Vorerbe von der Beschränkung seines Verfügungsrechtes befreit ist, auch die Befreiung) von Amts wegen einzutragen ist (vgl. besonders Predari Komm. z. GBO. S. 635 ff.). Folgende Punkte sind besonders hervorzuheben:

a) Im § 52 GBO. (wegen dessen Anwendung auf fideikommissarische Substitutionen des älteren Rechtes bzw. auf gemeinrechtliche Universalfideikommisse vgl. Predari Erl. 5 und dazu

KG. v. 17. Mai 1906 in DNV. 1907 S. 55) ist nur der Fall vorgesehen, daß der Vorerbe eingetragen wird. Dazu bedarf es des Antrags einer zu dessen Stellung legitimierten Person. Der Nacherbe kann die Eintragung des Vorerben nötigenfalls im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 895 durchsetzen.

b) Erfolgt die Eintragung des Vorerben, so hat gleichzeitig die Eintragung des Nacherben (über dessen Verzicht vgl. die Ausführung unter c) von Amts wegen stattzufinden. Sie darf selbst dann nicht unterbleiben, wenn der Erblasser den Vorerben von der im § 2113 Abs. 1 bestimmten Beschränkung befreit hat; wohl aber ist in diesem Falle außer dem Rechte des Nacherben auch der Umfang der dem Vorerben zukommenden Befreiung von Amts wegen einzutragen. Die P. II Bd. 5 S. 110 rechtfertigen diese Behandlung einerseits damit, daß die dem Vorerben erteilte Befreiung das beschränkende Recht des Nacherben nicht beseitige (man berücksichtige dabei besonders § 2113 Abs. 2 und § 2115, von welchen Vorschriften der Erblasser nicht befreien kann; vgl. § 2136), und das Grundbuch somit bei Eintragung des Vorerben ohne das Recht des Nacherben unrichtig sei, andererseits durch die Erwägung, daß die Nichteintragung des Rechtes des Nacherben diesen der Gefahr der Vereitelung oder Beeinträchtigung seines Rechtes durch eine vom Vorerben erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge vorgenommene und nach Maßgabe der §§ 892, 893 wirksame Verfügung aussetze (vgl. auch RG. v. 12. Juli 1905 Bd. 61 S. 232 und vom 23. Februar 1907 in JW. 1907 S. 213). Die Eintragung des Rechtes des Nacherben im Sinne des § 52 GBO. setzt übrigens nicht voraus, daß die Person des Nacherben bereits individuell feststeht oder bereits existent ist. Kommen als Nacherben z. B. die in § 2104 bestimmten gesetzlichen Erben in Betracht, oder ist eine noch nicht erzeugte Person oder eine noch nicht existierende Stiftung als Nacherbe eingesetzt, so ist auch das Recht eines solchen Nacherben durch eine den Umständen entsprechende Eintragung zu wahren (vgl. KG. 28 S. A 85; RG. in RJA. 4 S. 228; s. auch Erl. 3 zu § 2101 a. E.).

Erfolgt die Eintragung des Rechtes des Nacherben bei einer vorerbschaftlichen Hypothek, so steht dagegen dem Eigentümer des Grundstücks keine Beschwerde zu (vgl. OLG. Dresden in Annalen 28 S. 139).

Die erforderliche Kenntnis von dem Rechte des Nacherben erlangt das Grundbuchamt regelmäßig durch die ihm zur Rechtfertigung des Antrags auf Eintragung des Vorerben vorgelegten Urkunden (Erbschein, unter Umständen die Verfügung von Todes wegen nach GBO. § 36). In denjenigen Fällen freilich, in welchen die Zugehörigkeit eines Grundstücks oder Grundstücksrechtes auf Surrogation (§ 2111) beruht, wird das Grundbuchamt, dafern der Antragsteller diesen Sachverhalt nicht selbst angegeben hat, meist nicht in der Lage sein, der Anforderung des § 52 GBO. (vgl. KG. in Rspr. 8 S. 321, CBl. 4 S. 69) zu entsprechen. Ist die Eintragung des Rechtes des Nacherben bei der Eintragung des Rechtes des Vorerben aus diesem oder aus einem anderen Grunde unterblieben, so ist das Grundbuch unrichtig, und kann der Nacherbe nach GBO. § 22 Abs. 1 die Berichtigung des Grundbuchs selbst ohne Bewilligung des Vorerben (§ 894) herbeiführen. Übrigens wird das Grundbuchamt die unterbliebene Eintragung des Rechtes des Nacherben, solange der Vorerbe noch im Grundbuch steht, mit Rücksicht auf § 52 GBO. auch ohne Antrag von Amts wegen nachzuholen haben. Die Rechtsstellung Dritter, deren Rechte bereits eingetragen worden sind, darf und kann jedoch durch die Nachholung der Eintragung des Rechtes des Nacherben nicht mehr beeinträchtigt werden (vgl. Rspr. 5 S. 432). Siehe hierüber, sowie über den Fall, daß der Antrag auf Eintragung des Dritten vor der erwähnten Nachholung beim Grundbuchamte bereits eingegangen ist, Predari S. 639 (Erl. 4).

c) Die Eintragung des Rechtes des Nacherben hat zu unterbleiben, wenn dem Grundbuchamt der Verzicht des Nacherben auf die Vornahme der Eintragung vorgelegt wird (vgl. KG. 29 S. A 163, 166 = Rspr. 9 S. 410; ferner Rspr. 10 S. 446; s. auch RG. Bd. 61 S. 232). Durch solchen Verzicht wird übrigens an der Unrichtigkeit des Grundbuchs nichts geändert (vgl. auch Predari S. 640) und wird somit auch den der Vorschrift des § 2113 zuwider laufenden Verfügungen des Vorerben nicht schlechthin die Wirksamkeit gesichert. Die infolge des Verzichtes unterbliebene Eintragung des Rechtes des Nacherben bewirkt nur, daß dieser der durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegebenen Gefahr einer Vereitelung oder Beeinträchtigung seines Rechtes ausgesetzt ist. Aus der Möglichkeit des Verzichtes des Nacherben auf die Vornahme der Eintragung folgt zugleich, daß die bereits vorgenommene Eintragung, obschon der Eintritt der Nacherbfolge noch bevorsteht, auf Antrag des Nacherben zu löschen ist. Abgesehen hiervon hat die Löschung zu erfolgen, wenn dem Grundbuchamte nachgewiesen ist, daß der Eintritt der Nacherbfolge (z. B. infolge der Ausschlagung des Nacherben) bereits aus-

geschlossen ist, oder daß das in Frage kommende Grundstück oder Grundstücksrecht endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist (vgl. dazu Erl. 1 zu § 2114). Nach dem Eintritte der Nacherbfolge erfolgt die Löschung regelmäßig bei der auf Antrag des Nacherben stattfindenden endgültigen Grundbuchberichtigung, möglicherweise aber auch auf Grund des vom Dritten, dem das erbschaftliche Grundstück oder Grundstücksrecht vom Vorerben übertragen worden ist, erbrachten Nachweises, daß die Verfügung des Vorerben dem Nacherben gegenüber (z. B. durch Genehmigung) wirksam geworden ist.

d) Die Eintragung des Anwartschaftsrechtes des Nacherben führt nicht zu einer Sperre des Grundbuchs. Die den Verfügungen des Vorerben über erbschaftliche Grundstücke und Grundstücksrechte entsprechenden Eintragungen sind vielmehr in aller Regel vorzunehmen, da der Gefahr einer Vereitelung oder Beeinträchtigung des Rechtes des Nacherben ja gerade durch die gleichzeitige Eintragung des Anwartschaftsrechtes desselben vorgebeugt ist. Buchtechnische Schwierigkeiten ergeben sich jedoch, wenn der Vorerbe die Löschung des in Frage kommenden erbschaftlichen Rechtes bewilligt hat. Da die grundbuchrechtlichen Vorschriften einen nur bedingt wirkenden Löschungsvermerk nicht kennen, eine schlechthin erfolgende Löschung aber dem Rechte des Vorerben vorgreifen würde, so genügt die Bewilligung des Vorerben zur Löschung nicht (vgl. RG. Bd. 17 S. 232; KG. 22 S. A 316 = Rspr. 10 S. 448; RG. in JW. 1907 S. 213). Zu ihrer Vornahme ist somit auch die Einwilligung des Nacherben (KG. 30 S. A 261 = RJA. 6 S. 69) oder die Erbringung des Nachweises, daß es sich um eine auch gegenüber dem Nacherben wirksame Löschung handelt (vgl. Erl. 1 zu § 2114), erforderlich. Eine Sicherung des dem Dritten zukommenden Rechtes auf Löschung durch Vormerkung (wenn dessen Recht ein nur obligatorisches ist) oder durch Widerspruch (wenn die vorzunehmende Löschung den Charakter der Grundbuchberichtigung hat) ist dagegen sehr wohl möglich.

e) Im § 52 GBO. ist der Fall unberücksichtigt geblieben, daß der Vorerbe über ein erbschaftliches Grundstück oder Grundstücksrecht, ohne sich als Rechtsnachfolger des Erblassers eintragen zu lassen, auf Grund des § 41 GBO. durch Rechtsübertragung oder Bewilligung der Löschung verfügt. Mit Rücksicht auf das unter d Gesagte darf als völlig sicher gelten, daß das Grundbuchamt auch hier den lediglich auf die Bewilligung des Vorerben sich stützenden Löschungsantrag zurückzuweisen hat (§ 18 GBO.). Aber auch, wenn es sich um die Eintragung einer vom Vorerben verfügten Rechtsübertragung handelt, darf sie vom Grundbuchamt nicht ohne weiteres vorgenommen werden (anders Thiesing S. 263, der das von ihm gewonnene entgegengesetzte Ergebnis zwar für unerfreulich, aber für unvermeidlich hält). Das Grundbuchamt darf (abgesehen vom Falle des Verzichtes des Beeinträchtigten) keine Eintragung vornehmen, die sich nach Maßgabe der ihm vorliegenden Urkunden (Erbschein, Verfügung von Todes wegen) als unrichtig darstellt (§ 18 GBO.). Unrichtig würde aber die dem Antrag entsprechende Eintragung deswegen sein, weil das durch sie verlautbarte Recht des Dritten sich nach dem Inhalt der Eintragung als stärker darstellt, als es nach Maßgabe des § 2113 sein kann. Hierbei ist zu erwägen, daß zwar der auf Grund der Verfügung des Vorerben eingetragene Dritte wegen des Umstandes, daß der Verfügende selbst im Grundbuch nicht eingetragen war, sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen kann, wohl aber kann dies ein Vierter, dessen Eintragung auf Grund einer Verfügung des Dritten erfolgt ist. Aus diesem auch von Thiesing (S. 263) zugegebenen Umstande ergibt sich zugleich, daß die vorbehaltslose Eintragung des Dritten einen unrichtigen Buchstand schaffen würde, dessen wissentliche Herstellung dem Grundbuchamte jedenfalls dann untersagt ist, wenn nicht zugleich ein Verzicht des Nacherben auf die Eintragung seines Rechtes vorliegt. Die Erledigung des Eintragungsantrags kann man sich verschieden denken. Entweder so, daß das Grundbuchamt den Antrag nach § 18 GBO. zurückweist bzw. dem Antragsteller zur Hebung des daraus sich ergebenden Hindernisses, daß nicht auch die Buchung des Rechtes des Vorerben und damit auch die des Rechtes des Nacherben beantragt oder der Verzicht des Nacherben auf die Eintragung seines Rechtes oder dessen Einwilligung in die Verfügung des Vorerben vorgelegt ist, eine angemessene Frist bestimmt (vgl. KG. 26 S. A 264 = Rspr. 6 S. 320 = RJA. 3 S. 250; RJA. 4 S. 56, 59; RG. in JW. 1907 S. 213). Oder so, daß das Grundbuchamt dem Antrag, wenigstens in denjenigen Fällen, wo anzunehmen ist, daß der Antragsteller die Eintragung der Übertragung in Verbindung mit der gleichzeitigen Eintragung des Rechtes des Nacherben der Ablehnung des Eintragungsantrags vorzieht, in der Weise stattgibt, daß es in entsprechender Anwendung des § 52 GBO. zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen bucht (vgl. auch Blankmeister a. a. O.; Strohal II § 63 Anm. 4; Dernburg V § 58

§. 2114. Gehört zur Erbschaft eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld, so steht die Kündigung und die Einziehung dem Vorerben zu. Der Vorerbe kann jedoch nur verlangen, daß das Kapital an ihn nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben gezahlt oder daß es für ihn und den Nacherben hinterlegt wird. Auf andere Verfügungen über die Hypothekenforderung, die Grundschuld oder die Rentenschuld finden die Vorschriften des §. 2113 Anwendung.

---

bei Anm. 10; Güthe Komm. z. GBO. Anm. 5 zu § 41; anders jedoch KG. 30 S. 215 = RSpr. 12 S. 160; zweifelnd Predari S. 641, im praktischen Ergebnis der eben erwähnten Ansicht aber doch nahestehend). Die zweite Behandlung wird, soweit sie im konkreten Falle mit dem Inhalte des Eintragungsantrags überhaupt verträglich ist, als einfacher und zweckmäßiger bezeichnet werden dürfen. Über den Wortlaut des Gesetzes geht sie allerdings hinaus. Sie beruht aber auf einer kaum abzuweisenden Konsequenz des in § 52 GBO. sich ausprägenden Grundgedankens, daß das Recht des Nacherben von Amts wegen zu buchen ist, wenn das Recht des Vorerben zur Buchung kommt. Um eine Buchung des Rechtes des Vorerben handelt es sich aber praktisch auch dann, wenn die Buchung desjenigen in Frage steht, welchem der Vorerbe sein Recht nach Maßgabe des § 41 GBO. übertragen hat. Denn das zu buchende Recht tritt hier an die Stelle des sonst zu buchenden Rechtes des Vorerben. Die Nichterwähnung dieses Falles in § 52 GBO. ist nicht auf bewußte gesetzgeberische Absicht, sondern darauf zurückzuführen, daß man sich den Fall bei der Fassung der genannten Bestimmung nicht gegenwärtig gehalten hat. Die daraus sich ergebende Lücke ist daher nach Maßgabe der erkennbaren Absicht des Gesetzes auszufüllen. Darüber, daß im Falle einer vom Vorerben nach § 41 GBO. vorgenommenen Rechtsübertragung unter dem durch die Eintragung „betroffenen Erben" lediglich der Vorerbe zu verstehen ist, und nicht (wie in RJA. 3 S. 254 angenommen ist) „Vorerbe und Nacherbe zusammen" vgl. RG. in JW. 1907 S. 213. Zu KG. 30 S. A 212, wo angenommen ist, daß bei der Eintragung eines Vorerben als Eigentümer eines ihm bei der Erbteilung zu Sondereigentum zugewiesenen Nachlaßgrundstücks das Recht des Nacherben nicht mit einzutragen sei, vgl. Predari S. 641, der diese Entscheidung mit Recht nur wegen der darin bestehenden Besonderheit des gegebenen Falles gerechtfertigt findet, daß die übereignenden Miterben zugleich die Nacherben waren.

f) Wegen der Anwendung des § 52 GBO. im Falle der Befreiung des Vorerben von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 vgl. noch Erl. 3 zu 2136.

§ 2114.

E. I §§ 1818—1821, 1828; II § 1987 rev. § 2091; III § 2089. P. I S. 9249 ff., 11351, 11423 ff.; M. V S. 96 ff., 114 ff. P. II Bd. 5 S. 101 ff. D. S. 732.

1. Unter den zur Vorerbschaft gehörenden Rechten an Grundstücken werden die **Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden** (vgl. übrigens Erl. 5) in einigen Beziehungen besonders behandelt. Der Bedeutung, die diese Rechte für den Verkehr haben, würde eine vollständige Durchführung des im § 2113 Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes nicht entsprechen. Auch die durch § 2120 begründete Verpflichtung des Nacherben, zu solchen Verfügungen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft erforderlich sind, seine Einwilligung zu erteilen, würde dem Bedürfnisse nicht immer Genüge tun, da mit der Einholung der Einwilligung vielfach Weitläufigkeiten und Verzögerungen verbunden sein würden, die zu schwerer Schädigung der Erbschaft führen könnten. Hauptsächlich dieser Gesichtspunkt führt dazu, die Befugnis zur **Kündigung** der Hypothek ꝛc. dem Vorerben selbständig zu übertragen, wie dies im Satz 1 geschieht. Zu folgern ist, daß auch die Kündigung seitens des Schuldners wirksam gegenüber dem Vorerben allein geschehen kann. Nicht so frei ist der Vorerbe bezüglich der **Einziehung** gestellt. Ohne die Einwilligung des Nacherben kann er nur verlangen, daß das Kapital für ihn und den Nacherben hinterlegt wird. Geschieht dies, so können der Vorerbe und der Nacherbe über den hinterlegten Betrag wie nach § 2116 Abs. 2 über hinterlegte Wertpapiere nur gemeinschaftlich verfügen (vgl. Erl. 3 zu § 2116; Hachenburg Studien S. 41). Liegt ein Verzicht des Hinterlegenden auf Rücknahme (vgl. § 378) vor, so scheidet (indem zugleich Surrogation eintritt) die Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld aus der Erbschaft von Rechts wegen aus und findet auf Grund der dem Grundbuchamte vorgelegten Nachweise die der eingetretenen Rechtslage (vgl. besonders §§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1164, 1173, 1192, 1200) entsprechende

§. 2115. Eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt, ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Verfügung ist unbeschränkt wirksam, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers oder ein an einem Erbschaftsgegenstande bestehendes Recht geltend gemacht wird, das im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber wirksam ist.

Grundbuchberichtigung statt. Will der Vorerbe statt der Hinterlegung oder nach vorangegangener Hinterlegung die Auszahlung des Kapitals an sich erwirken, so muß er die Einwilligung des Nacherben beibringen, die im Hinblicke darauf, daß mit der Einziehung meist Grundbuchakte, wie die Löschung der Hypothek oder die Umschreibung auf den Eigentümer verbunden sein werden, in der Regel in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form zu erklären ist (GBO. § 29, vgl. § 2120 Satz 2, 3). Vgl. die auf preuß. Recht bezüglichen, aber noch jetzt beachtenswerten Ausführungen in der Entsch. des RG. Bd. 17 S. 228 ff.; betreffs der Hinterlegung s. die §§ 372 ff. und EG. Art. 144—146. Die im § 2114 betreffs der Einziehung gemachte Beschränkung greift sicherlich auch bezüglich der Annahme der vom Schuldner aus freien Stücken angebotenen Leistung durch (gegen die abweichende Ansicht Salingers S. 167 mit Recht Peiser S. 93 Anm. 64).

2. Die Vorschriften der Sätze 1, 2 gelten grundsätzlich auch für die hypothekarisch gesicherte Forderung, mithin auch gegenüber dem persönlichen Schuldner, wenn dieser ein anderer als der Grundstückseigentümer ist (P. II Bd. 5 S. 104; vgl. aber doch auch Hachenburg, Vorträge S. 195). Andere persönliche Forderungen (bezüglich der Forderungen aus Wertpapieren vgl. aber §§ 2116 ff.) unterliegen nach § 2112 der Verfügung des Vorerben, gleichviel ob sie auf Zinsen ausstehen oder nicht. Der Vorerbe ist mithin auch bezüglich der zur Erbschaft gehörenden Forderungen freier gestellt als nach §§ 1076 ff. der Nießbraucher. Ist die für eine zur Erbschaft gehörende Forderung bestehende hypothekarische Sicherheit nachträglich (z. B. durch Ausfall bei der Zwangsversteigerung) weggefallen, so kann der Vorerbe über die Forderung nunmehr nach § 2112 verfügen.

3. Andere als die im Satz 1, 2 bezeichneten Verfügungen über die Hypothek ꝛc. sind gemäß Satz 3 nach § 2113 zu beurteilen, also vorbehaltlich der Rechte gutgläubiger Dritter bei dem Eintritte der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Dies gilt insbesondere für die Abtretung und Löschungsbewilligung (RG. 22 S. A 315), ja selbst für die Aufrechnung. Das Recht des Schuldners zur Aufrechnung bleibt unberührt.

4. Befreiung von den Beschränkungen des § 2114 ist nach §§ 2136, 2137 zulässig.

5. Die Vorschriften des § 2114 gelten grundsätzlich auch für zur Erbschaft gehörende hypothekarisch versicherte Forderungen aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, oder einem mit Blankoindossament versehenen Orderpapier, ferner für Ansprüche aus Grundschuld- und Rentenschuldbriefen auf den Inhaber. Da aber die Verfügung über solche Ansprüche nicht nach den grundbuchrechtlichen Vorschriften, sondern nach dem Rechte der Inhaber- und Orderpapiere erfolgt (vgl. § 1187) und dem Dritterwerber dabei in weitem Umfange die Vorschriften über den Erwerb auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten zustatten kommen, steht hier dem Nacherben zur Sicherung seiner Rechte die im § 2116 bestimmte Befugnis zu (vgl. auch § 2117). Handelt es sich freilich um eine hypothekarisch gesicherte Forderung aus einem auf den Namen des Erblassers lautenden Orderpapier, so greift § 2116 nicht durch.

§ 2115.

E. I § 1829; II § 1988 rev. § 2092; III § 2090. P. I S. 9178 ff., 9193 ff., 11667 ff., 12236 f.; M. V S. 117. P. II Bd. 5 S. 112 ff.; Bd. 6 S. 92 f. D. S. 732.

1. Eine Verfügung, die im Wege der **Zwangsvollstreckung** oder der **Arrestvollziehung** oder **durch den Konkursverwalter** erfolgt, wird an vielen Stellen des BGB. (s. z. B. § 135, § 161 Abs. 1, § 184 Abs. 2, § 353 Abs. 2, §§ 499, 883 Abs. 2, vgl. Bd. I S. 186) einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichgestellt. Hinsichtlich der Verfügungen über Gegenstände der Vorerbschaft ist diese Gleichstellung abgelehnt. Während der Vorerbe, soweit durch die Vorschriften

der §§ 2113, 2114 nicht besondere Schranken gezogen sind, nach § 2112 über die Erbschaftsgegenstände mit Wirkung gegen den Nacherben verfügen und demgemäß — unbeschadet seiner Verantwortlichkeit nach § 2130 — auch Eigenverbindlichkeiten, selbst wenn sie die Leistung von Geld zum Gegenstande haben, erfüllen kann, ist nach § 2115 eine zur Hereinbringung oder Sicherung einer ihn als Eigenverbindlichkeit treffenden Geldschuld in Ansehung eines Erbschaftsgegenstandes gegen ihn getroffene Verfügung, mit dem Eintritte der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Der Grund für diese Behandlung liegt darin, daß das Verfügungsrecht dem Vorerben nur persönlich zum leichteren Gebrauche seiner Befugnisse und unter seiner Verantwortlichkeit für die Ausübung zugestanden ist, daß es daher ein Mißbrauch dieses Rechtes sein würde, wenn die Gläubiger des Vorerben es zu ihren Zwecken ausbeuten dürften. Im Zusammenhange mit § 2115 steht die Ordnungsvorschrift des § 773 CPO., laut deren hinsichtlich eines vorerbschaftlichen Gegenstandes die zwangsvollstreckungsrechtliche Veräußerung bzw. Überweisung zu unterbleiben hat, wenn sie im Falle des Eintritts der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber unwirksam sein würde. Der Nacherbe kann, wenn dem Verbote zuwider im Wege der Einzelvollstreckung die Veräußerung oder Überweisung beantragt bzw. erfolgt ist (nicht auch wegen anderer Vollstreckungsmaßregeln; KG. 27 S. A 133) schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge nach Maßgabe des § 771 der CPO. im Wege der Klage Widerspruch erheben. Die Eintragung einer Zwangshypothek auf ein vorerbschaftliches Grundstück wegen einer Eigenverbindlichkeit des Vorerben darf das Grundbuchamt nicht ablehnen (vgl. KG. am vorhin a. O. = Rspr. 7 S. 352 = RJA. 4, 59). Doch ist selbstverständlich § 52 GBO. zu beachten.

Daß unter einer Verfügung „im Wege der Zwangsvollstreckung" wie an anderen Stellen so auch hier nur die Zwangsvollstreckung zu verstehen ist, die wegen einer Geldforderung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Schuldners betrieben wird (CPO. Buch 8 Abschnitt 2 Titel 1, 2), ergibt sich aus dem festen Sprachgebrauch des Gesetzes. Durch Satz 2 von § 2115 (vgl. Erl. 5 a. E. zu § 2112) aber wird klargestellt, daß die im Satz 1 bestimmte Unwirksamkeit nur eintritt, wenn der Geldforderung, wegen welcher die Zwangsverfügung stattfindet, eine Eigenverbindlichkeit des Vorerben entspricht. Als Vollstreckungshandlungen kommen die Pfändung, Eintragung einer Sicherungshypothek, Beschlagnahme, Veräußerung, Überweisung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in Betracht. Dagegen gilt § 2115 nicht für die Fälle der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung (CPO. §§ 894, 895, Verfügung „durch Urteil") und ebensowenig für die Wegnahme und Übergabe beweglicher Sachen durch den Gerichtsvollzieher gemäß CPO. §§ 883, 884, 897. In den Fällen dieser Art ersetzt das Urteil bzw. die Vollstreckungshandlung eine Tätigkeit des Schuldners (Vorerben), zu der dieser zivilrechtlich verpflichtet ist, und es liegt daher in Wahrheit eine rechtsgeschäftliche Verfügung des Vorerben vor (s. Erl. 5 zu § 2112; P. II Bd. 5 S. 113; Küntzel bei Gruch. Bd. 41 S. 591 ff.; Strohal I § 28 Anm. 32).

Wegen der Arrestvollziehung vgl. CPO. §§ 928—932. Als Maßregeln kommen hier nur Pfändung und Eintragung einer Sicherungshypothek in Betracht.

2. Bei der in Satz 1 besonders erwähnten **Verfügung durch den Konkursverwalter** ist an den Fall zu denken, daß über das Vermögen des Vorerben der Konkurs eröffnet worden ist. Nach dem Inhalt der Vorschrift ist hier die vom Konkursverwalter vorgenommene Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand insoweit unwirksam, als sie das Recht des Vorerben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Hierzu tritt noch das an den Konkursverwalter sich richtende Verbot des § 128 KO. (dazu Jaeger Komm. Anm. 1—9) betreffend die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes, die nach § 2115 dem Nacherben gegenüber unwirksam sein würde. Die berufenen Bestimmungen begründen für den Nacherbfolgeanwärter hinsichtlich der Zeit vor dem Eintritte der Nacherbfolge zwar noch kein Aussonderungsrecht (vgl. darüber Vorbm. Nr. 4b auf S. 397), sichern ihn aber für den Fall, daß die Nacherbfolge eintritt, tunlichst vor der Gefahr einer Beeinträchtigung durch Verfügungen des Konkursverwalters. Die durch § 2115 bzw. KO. § 128 betroffenen Verfügungen des Konkursverwalters können sehr verschiedener Natur sein. Zu nennen ist vor allem die (gleichviel, ob freihändige oder nichtfreihändige) Veräußerung von Erbschaftsgegenständen. Darunter fällt auch die Befriedigung von Konkursgläubigern aus vorerbschaftlichem Gelde, sowie die Erfüllung einer vom Vorerben eingegangenen Verpflichtung zur Veräußerung eines bestimmten Erbschaftsgegenstandes (vgl. Strohal I § 28 Anm. 33). Es können aber auch Verfügungen des Konkursverwalters in Frage kommen, die keine Veräußerungen sind: so z. B. die Belastung von Erbschaftsgegenständen oder die der Vorschrift des § 2114 nicht

entsprechende Einziehung einer vorerbschaftlichen Hypothekenforderung, Grundschuld oder Rentenschuld. Die Kündigung und Einziehung von zur Erbschaft gehörenden Ansprüchen wird dem Konkursverwalter mit der aus § 2114 bezüglich der Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden sich ergebenden Beschränkung zuzugestehen sein. Das Eingegangene gehört jedoch auch in diesem Falle kraft Surrogation (§ 2111) zur Erbschaft und ist der Verfügung des Konkursverwalters nach Maßgabe des § 2115 entzogen.

3. Rechtliche Natur der Unwirksamkeit. Wie bei § 2113 entsteht auch bei § 2115 die Frage, von welcher rechtlichen Beschaffenheit die mit der Nacherbfolge eintretende Unwirksamkeit der Verfügung ist. Die Motive zum E. I (V S. 117) und die Protokolle der zweiten Lesung (Bd. 5 S. 113, Bd. 6 S. 92) gehen davon aus, daß der § 2115 sich an den § 161 anschließe, mithin auf dem Gedanken des bedingten bzw. zeitlich beschränkten Rechtes beruhe. Anders jedoch die Begründung zur Zivilprozeßnovelle (S. 117), welche der im § 2115 bestimmten und in CPO. § 773 berücksichtigten Unwirksamkeit dieselbe Bedeutung zuschreibt, wie der in den §§ 135, 136 (vgl. dazu CPO. § 772) bestimmten; ähnlich auch die D. z. KO. S. 32. Man wird der ersten Auffassung zustimmen müssen. Denn es ist durchaus nicht abzusehen, warum die mit dem Eintritte der Nacherbfolge sich herausstellende Unwirksamkeit in den Fällen des § 2115 eine grundsätzlich andere sein sollte als in den Fällen der §§ 2113, 2114. Dazu kommt noch, daß der § 2115 sich in dem praktisch wichtigsten Punkte, nämlich bezüglich der Frage, ob die Unwirksamkeit auch für den Fall des Konkurses festgehalten wird, nicht an den § 135, sondern an den § 161 anschließt. Die Frage, ob sich auch ein Dritter auf die Unwirksamkeit berufen kann, ist auch hier (vgl. Erl. 1c, 2 zu § 2113) bejahend zu entscheiden. Beispiel: Nachdem ein persönlicher Gläubiger des Vorerben die Eintragung einer Sicherungshypothek bei einem vorerbschaftlichen Grundstück erlangt hat, setzt ein Nachlaßgläubiger auf Grund eines mit dem Erblasser geschlossenen Kaufvertrags seine Eintragung als Eigentümer durch. Auf die mit dem Eintritte der Nacherbfolge sich herausstellende Unwirksamkeit jener Zwangsverfügung wird sich vor allen doch der neue Eigentümer des Grundstücks berufen können.

4. Abweichend von § 2113 Abs. 3 ist im § 2115 die entsprechende Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, nicht vorgeschrieben. Dies beruht darauf, daß durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen nur der rechtsgeschäftliche Erwerb, nicht auch der Erwerb von Rechten im Wege der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung geschützt wird. Es ist jedoch zu unterscheiden zwischen den Vollstreckungs- bzw. Arrestvollziehungshandlungen, die für den Gläubiger unmittelbar ein Recht begründen (Pfändung, Beschlagnahme, Sicherungshypothek, Überweisung), und der im Vollstreckungsverfahren erfolgenden Veräußerung an einen Dritten, die nur die Verwertung des beschlagnahmten Gegenstandes bezweckt. Diese Veräußerung hat für den Dritten die Bedeutung eines rechtsgeschäftlichen Erwerbes und untersteht daher, soweit es sich um den Schutz des Dritten handelt, den für einen solchen Erwerb geltenden Normen. Wenn daher der Gerichtsvollzieher eine zur Vorerbschaft gehörende bewegliche Sache nach voraufgegangener Pfändung freihändig verkauft oder öffentlich versteigert, so erwirbt der Käufer, dem die Zugehörigkeit der Sache zur Vorerbschaft ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, mit der Übergabe das Eigentum ohne die Beschränkung des § 2115 (s. § 1244 in Verbindung mit § 161 Abs. 3). Nicht minder findet, wenn der Konkursverwalter entgegen der Vorschrift der KO. § 128 ein vorerbschaftliches Grundstück verkauft und auflässt, zugunsten des gutgläubigen Erwerbers der § 892 Anwendung, ja, es wird sogar anzunehmen sein, daß dem Erwerber, dem der Konkursverwalter eine zur Vorerbschaft gehörende bewegliche Sache veräußert hat, der fahrnisrechtliche Schutz der §§ 932—936 in Verbindung mit § 161 Abs. 3 zustatten kommt. Besondere Grundsätze gelten für die Zwangsversteigerung von Grundstücken, indem das Recht des Nacherben hier, wenn es nicht im Grundbuch eingetragen und nicht rechtzeitig geltend gemacht ist, vermöge der ausschließenden Kraft des Zuschlagsurteils auch dann erlischt wenn es dem Ersteher bekannt war (ZVG. § 37 Nr. 4, 5, §§ 44, 45, 52, 90, 91). Darüber, ob und wie im Falle der Pfändung und Überweisung oder Veräußerung einer zur Vorerbschaft gehörenden Forderung der Drittschuldner geschützt ist, s. Hachenburg, Studien S. 50.

5. Der **Satz 2** bezieht sich auf Ansprüche, die vermöge ihrer rechtlichen Natur auch dem Nacherben gegenüber wirksam sind und wegen deren daher auch die Zwangsvollstreckung in Gegenstände der Vorerbschaft mit voller Wirkung gegen den Nacherben betrieben werden kann. Während die zuerst genannten Ansprüche der Nachlaßgläubiger (§ 1967 Abs. 2) persönlicher Natur sind, handelt es sich bei der zweiten Gruppe um dingliche Ansprüche aus Rechten

§. 2116. Der Vorerbe hat auf Verlangen des Nacherben die zur Erbschaft gehörenden Inhaberpapiere nebst den Erneuerungsscheinen bei einer Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann. Die Hinterlegung von Inhaberpapieren, die nach §. 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören, sowie von Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheinen kann nicht verlangt werden. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind.

Ueber die hinterlegten Papiere kann der Vorerbe nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen.

---

an Erbschaftsgegenständen, deren Bestand durch den Eintritt der Nacherbfolge nicht berührt wird, weil das Recht schon vor dem Erbfalle bestanden hat (z. B. eine vom Erblasser bestellte Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast), oder weil es vom Vorerben nach § 2112 wirksam bestellt worden ist (z. B. das Pfandrecht an einer beweglichen Erbschaftssache), oder weil der Nacherbe in die Bestellung des Rechtes (z. B. einer Hypothek) durch den Vorerben eingewilligt hat.

Durch Satz 2 wird übrigens auch denjenigen Verfügungen des Konkursverwalters die Wirksamkeit gesichert, durch deren Vornahme einer der bezeichneten Ansprüche, also z. B. der Anspruch eines Nachlaßgläubigers auf Leistung eines bestimmten Erbschaftsgegenstandes oder auf Zahlung einer Geldsumme oder der Anspruch eines Grundschuldgläubigers (aus einer dem Nacherben gegenüber wirksamen Grundschuld) auf Zahlung des Grundschuldkapitals samt Zinsen aus der Erbschaft erfüllt wird (so wohl auch Jaeger KO. Anm. 2 zu § 128).

6. Die Vorschrift des § 2115 ist **zwingender** Natur und gilt auch bei der Einsetzung des Nacherben auf den Überrest (§§ 2136, 2137). Weitergehende Beschränkungen der Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben treten nach CPO. § 863 im Falle des § 2338 ein. Wegen der Frage, ob das Recht des Vorerben als Ganzes der Zwangsvollstreckung unterliegt, s. die Vorbm. 4a.

§ 2116.

E. I § 1822; II § 1989 rev. § 2093; III § 2091. M. I S. 9255 ff., 11849 ff.; M. V S. 98 ff. P. II Bd. 5 S. 99, 106 ff.; Bd. 6 S. 93 f. D. S. 732.

1. Die Gefahren, die mit der leichten Verkehrsfähigkeit von **Wertpapieren**, insbesondere Inhaberpapieren, verbunden sind, lassen es geboten erscheinen, zum Schutze des Nacherben besondere Vorschriften zu treffen, wie solche auch in anderen Fällen zum Schutze des Eigentümers oder der sonst Berechtigten bestehen (vgl. §§ 1082, 1392, 1814). Diesem Zwecke dienen die §§ 2116, 2117, nach denen der Vorerbe zur Hinterlegung der Papiere oder statt ihrer zur Herbeiführung der Umschreibung auf seinen Namen oder der Umwandlung in Buchforderungen verpflichtet ist. Die Verpflichtung tritt jedoch nur ein, wenn der Nacherbe die Hinterlegung verlangt, und der Nacherbe hat nur ein Recht auf die Hinterlegung, während es dem Vorerben überlassen ist, diese durch eine der beiden anderen Sicherungsmaßregeln abzuwenden. Der Erblasser kann den Vorerben von der Verpflichtung befreien (§§ 2136, 2137).

2. Die Hinterlegungspflicht besteht in erster Reihe für **Inhaberpapiere**, nicht nur für Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff.; § 1195), sondern für Inhaberpapiere jeder Art, insbesondere auch für Inhaberaktien (HGB. § 179, § 320 Abs. 3), desgleichen für Grund- und Rentenschuldbriefe auf den Inhaber (§§ 1195, 1199; vgl. auch Erl. 5 zu § 2114). Den Inhaberpapieren werden **Orderpapiere** gleichgestellt, die mit Blankoindossament versehen sind (Abs. 1 Satz 3; vgl. WO. Art. 9, 12, 13, 98 Nr. 2; HGB. §§ 363 ff.). Dagegen bezieht sich die Vorschrift nicht auf die Legitimationspapiere des § 808, insbesondere nicht auf Sparkassenbücher. Mit dem Stammpapier ist der Erneuerungsschein (§ 805) zu hinterlegen, nicht dagegen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine. Wegen der Ausnahme für Inhaberpapiere, die zu den verbrauchbaren Sachen gehören, vgl. die Erl. zu § 1392.

Bezüglich des Ortes, wo die Hinterlegung zu bewirken ist, steht dem Vorerben (s. § 262, auch § 1082 Satz 2) die Wahl zwischen einer Hinterlegungsstelle und der Reichsbank frei. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen und die bei ihnen auszuführende Hinterlegung selbst unterliegt nach EG. Art. 144—146 der landesgesetzlichen Regelung. Die §§ 372 ff. finden hier keine Anwendung. Vgl. im übrigen Erl. 3 zu § 1814 (Bd. IV S. 699).

§. 2117. Der Vorerbe kann die Inhaberpapiere, statt sie nach §. 2116 zu hinterlegen, auf seinen Namen mit der Bestimmung umschreiben lassen, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann. Sind die Papiere von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgestellt, so kann er sie mit der gleichen Bestimmung in Buchforderungen gegen das Reich oder den Bundesstaat umwandeln lassen.

Die Hinterlegung hat mit der Bestimmung zu erfolgen, daß die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangt werden kann. Durch eine dieser Bestimmung zuwiderlaufende Herausgabe wird die Hinterlegungsstelle dem Nacherben gegenüber nicht befreit. Nach § 2120 ist jedoch der Nacherbe verpflichtet, in die Herausgabe zu willigen, wenn diese zur ordnungsmäßigen Verwaltung, sei es der hinterlegten Papiere, sei es der ganzen Erbschaft, erforderlich ist. Da der Vorerbe für die Verwaltung der Papiere trotz der Hinterlegung verantwortlich bleibt (§ 2130), so wird es zweckmäßig und die Regel sein, daß er der Bank bzw. Hinterlegungsstelle nicht nur die Verwahrung, sondern auch die Verwaltung überträgt. Die Ermächtigung an Stelle der hinterlegten gleichartige Wertpapiere zurückzugewähren (§ 2 des vorerwähnten Gesetzes v. 5. Juli 1896), kann dem Verwahrer von dem Vorerben nur mit Zustimmung des Nacherben erteilt werden; s. jedoch wegen der Hinterlegungsstellen EG. Art. 145.

3. Ist die Hinterlegung nach Maßgabe des Abs. 1 erfolgt, so kann der Vorerbe über die hinterlegten Papiere nur mit Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung; vgl. §§ 182 bis 184) des Nacherben verfügen (Abs. 2). Die hierdurch bestimmte Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben ist von wesentlich anderer Art als die aus § 2113 Abs. 1 und 2 sich ergebenden Beschränkungen. Denn im Falle des § 2116 Abs. 2 erweist sich die der Zustimmung des Nacherben ermangelnde Verfügung des Vorerben nicht erst mit dem Eintritte der Nacherbfolge, sondern schon von Anfang an als unwirksam. Andererseits besteht diese Beschränkung nur so lange, als die Papiere hinterlegt sind. Mit deren tatsächlicher Ausfolgung an den Vorerben entfällt die Verfügungsbeschränkung selbst dann, wenn jene pflichtwidrig erfolgt ist und eine Befreiung der Hinterlegungsstelle gegenüber dem Nacherben nicht herbeigeführt hat (vgl. auch Meischeider S. 260 Anm. 2; Hachenburg, Vorträge S. 148). Macht der Vorerbe den Versuch, über die nach Maßgabe des § 2116 hinterlegten und von der Hinterlegungsstelle noch nicht ausgefolgten Papiere im Wege der Abtretung des mittelbaren Besitzes (§§ 931, 934) zu verfügen, so wird der Mangel der Verfügungsmacht des Vorerben auch durch den guten Glauben des Dritten nicht geheilt. Denn infolge des Umstandes, daß die Ausfolgung der Papiere von der Zustimmung des Nacherben abhängig ist, liegt für den Vorerben ein mittelbarer Besitz von der in den §§ 931, 934 vorausgesetzten Art nicht vor (vgl. auch Strohal I § 28 Anm. 12). Werden die Papiere jedoch dem Dritten von der Hinterlegungsstelle ausgefolgt, so steht der Anwendung der Schlußbestimmung des § 934 nichts entgegen.

Bei der Beratung des § 2116 hatten sich in der zweiten Kommission Zweifel darüber ergeben, ob die Aufnahme des Abs. 2 überhaupt erforderlich sei. Diese Frage wurde von der Redaktionskommission, der sie zunächst zur Entscheidung überlassen war, auf Grund der Erwägung, daß sich der Schutz des Nacherben schon aus Abs. 1 ergebe, verneint (P. II Bd. 5 S. 108 Anm. 2), von der Hauptkommission aber schließlich aus dem Grunde in bejahendem Sinne entschieden, weil die gegenüber dem Grundsatze des § 137 vorliegende Besonderheit ausdrücklich festgelegt werden müsse (P. II Bd. 6 S. 93 f.).

§ 2117.

E. I § 1822 Abs. 1; II § 1900 rev. § 2094; III § 2092. M. I S. 926 f.; M. V S. 99. P. II Bd. 5 S. 99 f., 106 ff.

Der § 2117 begründet nur Befugnisse des Vorerben, durch deren Ausübung er die Verpflichtung zur Hinterlegung der Inhaberpapiere nach § 2116 abwenden kann (s. dort Erl. 1). Entsprechende Vorschriften sind im § 1393 für den Ehemann und im § 1815 Abs. 1 für den Vormund gegeben. Es kann auf die dortigen Erläuterungen verwiesen werden. Wegen des Satzes 2 s. auch Erl. 2 zu § 2118. Die auf das Reichsschuldbuch und auf die Staatsschuldbücher einzelner Bundesstaaten sich beziehenden Gesetze sind in Erl. 3 zu § 232 (Bd. I S. 387) angeführt.

§. 2118. Gehören zur Erbschaft Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat, so ist der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben verpflichtet, in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen, daß er über die Forderungen nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann.

§. 2119. Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft dauernd anzulegen ist, darf der Vorerbe nur nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften anlegen.

---

§ 2118.

E. II § 1991 rev. § 2095; III § 2093. P. II Bd. 5 S. 99, 106 ff.

1. Nach den in Erl. zu 2117 berufenen Gesetzen, von denen das Reichsgesetz betr. das Reichsschuldbuch, v. 31. Mai 1891, das preuß. Ges. v. 20. Juli 1883 und das sächs. Ges. v. 25. April 1884 besonders erwähnt sein mögen, können Schuldverschreibungen der Reichsanleihen bzw. von Anleihen der ein Staatsschuldbuch führenden Bundesstaaten in Buchschulden auf den Namen eines bestimmten Gläubigers umgewandelt werden (vgl. Erl. zu Art. 97 EG. in Bd. VI S. 214 ff.). Für den Fall, daß solche Buchforderungen zu einer Vorerbschaft gehören, gleichviel ob sie schon bei dem Erbfalle vorhanden gewesen oder später, insbesondere gemäß § 2111, erworben sind, wird im § 2118 eine besondere Vorschrift zum Schutze des Nacherben gegeben (vgl. § 1816). Der Vorerbe hat in das Schuldbuch den Vermerk eintragen zu lassen, daß er über die Forderung nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann (s. § 10 Abs. 1, 2 des RGes. v. 31. Mai 1891). Die Verpflichtung besteht entsprechend dem § 2116 nur, wenn der Nacherbe die Eintragung verlangt, auch kann der Erblasser den Vorerben von ihr befreien (§§ 2136, 2137). Von Amts wegen (vgl. GBO. 52) oder auf Antrag des Nacherben findet die Eintragung nicht statt. Doch kann der Nacherbe die Stellung des Antrags durch den Vorerben erzwingen.

2. Was die **Wirkung des Vermerkes** anbetrifft, so ist im § 2118 ein dem § 2116 Abs. 2 entsprechender Rechtssatz nicht aufgenommen worden, obgleich nach der Absicht der zweiten Kommission sachlich hier das gleiche gelten soll wie zu § 2116 (s. dort Erl. 3 a. E.). Trotzdem ist die Frage nicht, wie Meischeider S. 262 glaubt, für den Fall des § 2118 ungelöst geblieben. Denn nach § 399 kann die Abtretbarkeit einer Forderung und damit zugleich die Verfügung durch Nießbrauchs- und Pfandbestellung (vgl. § 1069 Abs. 2, § 1274 Abs. 2) ausgeschlossen und somit auch beschränkt werden. Demgemäß ist eine rechtsgeschäftliche Verfügung über die Buchforderung nur nach Maßgabe des vereinbarten Vermerks möglich. Gegen Zwangsverfügungen und Verfügungen des Konkursverwalters ist der Nacherbe ohnedies schon durch § 2115 geschützt. Ganz abgesehen hiervon ist aber das Interesse des Nacherben auch schon durch die auf Abtretungen und Verpfändungen von Buchforderungen sich beziehenden Vorschriften des Reichsgesetzes v. 31. Mai 1891 (§ 7 Abs. 3) und der in Frage kommenden Landesgesetze hinreichend gewahrt.

Über den Fall, daß die ordnungsmäßige Verwaltung der Erbschaft eine Verfügung über die Buchschuld, insbesondere deren Einziehung, erforderlich macht, vgl. § 2120.

§ 2119.

E. II § 1992 rev. § 2096; III § 2094. P. II Bd. 5 S. 104 f.

Anlegung erbschaftlichen Geldes.

1. Die Vorschrift des § 2119 (vgl. E. I § 1820) beruht auf dem Gedanken, daß der Vorerbe bei der Nutzung erbschaftlichen Geldes die Rücksicht auf die Erhaltung des Kapitals der Erzielung einer Rente voranstellen muß, damit die Erbschaft in wirklichen Vermögensbeständen und nicht in bloßen Ersatzansprüchen gegen den Vorerben auf den Nacherben übergeht (P. II Bd. b S. 105). Im Anschluß an ähnliche Vorschriften bei dem Nießbrauch und dem Pfandrecht an einer Forderung, dem ehemännlichen und elterlichen Nutzungsrechte (§§ 1079, 1288, § 1377 Abs. 2, § 1642) soll dieses Ziel dadurch erreicht werden, daß der Vorerbe angewiesen wird, eine während der Dauer seines Rechtes notwendig werdende Kapitalanlage nur nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften zu bewirken. Hiernach darf die Anlegung nur auf eine der im § 1807, eventuell § 1808 bezeichneten Arten oder in Wertpapieren erfolgen, die durch eine auf Grund des EG. Art. 212 erlassene landesgesetzliche Vorschrift zur Anlegung

§. 2120. Ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten, eine Verfügung erforderlich, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann, so ist der Nacherbe dem Vorerben gegenüber verpflichtet, seine Einwilligung zu der Verfügung zu ertheilen. Die Einwilligung ist auf Verlangen in öffentlich beglaubigter Form zu erklären. Die Kosten der Beglaubigung fallen dem Vorerben zur Last.

---

von Mündelgeld für geeignet erklärt sind (vgl. auch EG. Art. 144 Satz 2). Genaueres s. in den Erläuterungen zu §§ 1807, 1808. Unter den verschiedenen zulässigen Arten der Anlegung hat der Vorerbe die Wahl, eine entsprechende Anwendung des § 1810 ist ausgeschlossen. Auch eine entsprechende Anwendung des § 1809, die mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 2114, 2116 bis 2118 nur für die Fälle des § 1807 Abs. 1 Nr. 5 und des § 1808 in Betracht kommen könnte, findet nicht statt (a. M. Böhm S. 122).

2. Der § 2119 begründet nicht, wie es nach den Ausführungen von Wilke (Anm. 1 a. E., vgl. M. V S. 98) scheinen könnte, eine allgemeine Verpflichtung des Vorerben zur festen und verzinslichen Anlegung des erbschaftlichen Geldes. Wie weit eine solche stattzufinden hat oder aber das Geld zeitweilig unangelegt liegen bleiben darf, richtet sich nach den vom Gesetz in Bezug genommenen Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, mithin entscheiden in diesem Punkte die für die Verwaltungspflicht des Vorerben überhaupt maßgebenden Grundsätze (§ 2130). Der § 2119 betrifft nur die Art der Anlegung und stellt betreffs dieser den besonderen Satz auf, daß die Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt seitens des Vorerben nur dann angenommen wird, wenn das Geld mündelsicher angelegt ist, während der Vorerbe im allgemeinen nur für die von ihm in eigenen Angelegenheiten beobachtete Sorgfalt einzustehen hat (§ 2131; wegen der möglichen Folgen eines Verstoßes gegen § 2119 s. §§ 2128, 2129). Andererseits wird dem Vorerben auch nicht die Verpflichtung auferlegt, Kapitalien, die bei dem Beginne der Vorerbschaft in anderer Weise angelegt sind, in mündelsichere Anlagen umzuwandeln. Der § 2119 gilt vielmehr nur für Neuanlagen, mithin für ausstehende Kapitalien nur dann, wenn zufolge einer Rückzahlung ihre Wiederanlegung erforderlich wird. Insbesondere ist der Vorerbe befugt, ein zur Erbschaft gehörendes Erwerbsgeschäft fortzuführen und, wenn die Umstände, z. B. die Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit, dies gebieten, auch mit erbschaftlichem Gelde zu erweitern.

3. Der Erblasser kann den Vorerben von der Verpflichtung aus § 2119 befreien (§§ 2136, 2137).

§ 2120.

E. I § 1823, § 1828 Abs. 3, § 1831; II § 1993 rev. § 2097; III § 2095. P. I E. 9196, 9245 f., 9266 f., 11351; M. V E. 107 ff., 116 f. P. II Bd. 5 E. 109. 112. 130; Bd. 6 E. 94.

1. Durch die Beschränkungen der Verfügungsmacht des Vorerben darf die ordnungsmäßige Verwaltung der Erbschaft nicht unmöglich gemacht werden. Deshalb wird dem Nacherben im § 2120 die Verpflichtung auferlegt, zu allen **Verfügungen über Erbschaftsgegenstände, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung,** sei es des betreffenden Gegenstandes, sei es der ganzen Erbschaft, **erforderlich** sind, aber nach den Vorschriften des § 2113 Abs. 1, § 2114, § 2116 Abs. 2 oder der §§ 2117, 2118 (vgl. § 2136) von dem Vorerben nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vorgenommen werden können, seine Einwilligung zu erteilen. Als ein Hauptfall wird die Notwendigkeit der Verfügung zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten hervorgehoben. Dabei ist zunächst an die Veräußerung von Erbschaftsgegenständen zwecks Beschaffung der Mittel für die Berichtigung von Geldschulden zu denken. Es gehören dahin aber auch solche Fälle, in denen eine Nachlaßverbindlichkeit direkt auf die Vornahme einer Verfügung gerichtet ist, die der Vorerbe mit Wirkung gegen den Nacherben nur mit dessen Zustimmung treffen kann, z. B. also der Fall, daß der Erblasser ein Haus verkauft, die hierdurch begründete Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums aber noch nicht erfüllt hat. Auch in einem Falle dieser Art ist die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich, und der Vorerbe hat ein berechtigtes Interesse, daß durch die Zustimmung des Nacherben diesem gegenüber das Bestehen der Verpflichtung und die dadurch begründete Notwendigkeit der Verfügung festgestellt wird. Hat der Erblasser ein Grundstück vermacht, so wird hierin unter Umständen zugleich eine Befreiung des Vorerben von dem Erfordernisse der Zustimmung des Nacherben zu der behufs Erfüllung des Vermächtnisses erforderlichen Verfügung gefunden werden können.

§. 2121. Der Vorerbe hat dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichniß der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzutheilen. Das Verzeichniß ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von dem Vorerben zu

---

Der § 2120 hat den doppelten Zweck, dem Vorerben nach außen hin, gegenüber der Behörde, dem Erbschaftsschuldner oder dem Erwerber von Erbschaftsgegenständen die Legitimation zu der Verfügung zu verschaffen und ihm andererseits gegenüber den späteren Ansprüchen des Nacherben eine Deckung zu gewähren (M. V S. 117). Um diese Zwecke zu erreichen, muß die Zustimmung des Nacherben zunächst im voraus erteilt werden (als Einwilligung, § 183); wenn sie vor der Verfügung unterblieben ist, natürlich auch nachträglich (als Genehmigung, § 184). Sodann aber ist der Vorerbe berechtigt, die Erteilung in öffentlich beglaubigter Form (§ 129, vgl. das FGG. §§ 167, 183, 191) zu verlangen. Daß die Kosten der Beglaubigung dem Vorerben, nicht der Erbschaft, zur Last fallen, rechtfertigt sich, abgesehen von der Verhütung eines Mißbrauchs, dadurch, daß sie zu den gewöhnlichen Verwaltungskosten gehören (§ 2124 Abs. 1, vgl. P. II Bd. 6 S. 94; a. M. Wilke Anm. 2). Die erklärte Einwilligung ist unwiderruflich (Erl. 1 zu § 183).

2. Die Verpflichtung des Nacherben gemäß § 2120 besteht nur gegenüber dem Vorerben, nicht auch gegenüber dem bei der Verfügung beteiligten Dritten (P. II Bd. 5 S. 112). Der Vorerbe kann aber seinen Anspruch dem Dritten abtreten, und es kann unter Umständen die Annahme begründet sein, daß zugleich mit der Verfügung eine stillschweigende Abtretung des Rechtes auch auf die förmliche Zustimmungserklärung (Genehmigung in öffentlich beglaubigter Form) erfolgt ist. Auf einem grundsätzlich anderen und dem beteiligten Dritten günstigeren Standpunkt stand E. I (vgl. § 1823, § 1828 Abs. 3). Danach sollte der Vorerbe eine zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft erforderliche Verfügung über einen Nachlaßgegenstand schlechthin mit Wirksamkeit gegenüber dem Nacherben vornehmen können und bildete daher auch die Zustimmung des Nacherben in Fällen solcher Art kein materielles Erfordernis, sondern nur eine die Wirksamkeit der Verfügung ausweisende Legitimation, auf deren nachträgliche Erteilung der Dritte ein selbständiges Recht hatte, wenn die Erteilung im voraus unterblieben war. Die zweite Kommission (vgl. P. II Bd. 5 S. 109) ist von dieser Behandlung auf Grund der Erwägung abgegangen, daß in allen Fällen der Dritte, die angegangene Behörde (Hinterlegungsstelle, Grundbuchamt), „die Beibringung der Genehmigung des Nacherben fordern und sich nicht auf eine Prüfung des Vorhandenseins der objektiven Erfordernisse verlassen werde". Trotzdem wird nicht zu bezweifeln sein, daß es auch nach dem BGB. Fälle gibt, in welchen dem Dritten, zu dessen Gunsten der Vorerbe ohne die zur Wirksamkeit der Verfügung grundsätzlich erforderliche Zustimmung des Nacherben verfügt hat, ein selbständiges Recht gegenüber dem Nacherben auf nachträgliche Erteilung der Zustimmung zukommt (a. A. Herzfelder S. 391; Peiser S. 83 Anm. 120). So verhält es sich insbesondere, wenn die Verfügung des Vorerben in der Erfüllung einer auf Übertragung eines Grundstücks oder Grundstücksrechtes gerichteten Nachlaßverbindlichkeit besteht. Das Verlangen des Dritten wird sich hier praktisch meist auf Löschung des im Grundbuch eingetragenen Rechtes des Nacherben (§ 52 GBO.) zuspitzen. Darauf allein freilich wird sich der Dritte dem Nacherben gegenüber nicht mit Erfolg stützen können, daß er gegen den Vorerben die rechtskräftige Verurteilung zur Erfüllung der bezeichneten Nachlaßverbindlichkeit erwirkt hat. Denn nach CPO. § 326 Abs. 1 wirkt ein solches Urteil nicht gegen den Nacherben.

§ 2121.

E. I §§ 1815, 993, 1042; II § 1994 rev. § 2098; III § 2096. P. I S. 9207 ff.; M. V S. 103. P. II Bd. 5 S. 93 f., 98.

1. Die §§ 2121—2123 bezwecken den Schutz des Nacherben und auch des Vorerben, indem sie für gewisse Maßnahmen tatsächlicher Natur Vorsorge treffen, welche die Feststellung des Bestandes und Zustandes der Erbschaft als Grundlage für die künftige Auseinandersetzung oder aber die Schaffung einer Gewähr für die ordnungsmäßige Bewirtschaftung gewisser wertvoller Vermögensstücke zum Ziele haben. Der § 2121, der sich auf die Herstellung eines **Verzeichnisses der Erbschaftsgegenstände** bezieht, entspricht, wenngleich mit verschiedenen Abweichungen, den für den Nießbrauch und das eheliche Güterrecht geltenden Vorschriften des § 1035 und des § 1372 Abs. 1, vgl. auch § 2215 (§§ 2027, 2127, 2314). Nicht schon von Rechts wegen, sondern nur

unterzeichnen; der Vorerbe hat auf Verlangen die Unterzeichnung öffentlich beglaubigen zu lassen.

Der Nacherbe kann verlangen, daß er bei der Aufnahme des Verzeichnisses zugezogen wird.

Der Vorerbe ist berechtigt und auf Verlangen des Nacherben verpflichtet, das Verzeichniß durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen zu lassen.

Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen der Erbschaft zur Last.

---

auf Verlangen des Nacherben ist der Vorerbe verpflichtet, das Verzeichnis aufzunehmen bzw. aufnehmen zu lassen und es dem Nacherben mitzuteilen. Entspricht der Vorerbe dem Verlangen nicht, so kann der Nacherbe seinen Anspruch nicht durch Anrufung des Nachlaßgerichts, sondern nur im Prozeßwege durchsetzen (Rspr. 8 S. 274). Das Verlangen kann von dem Nacherben jederzeit, nicht nur bei dem Beginne der Vorerbschaft, gestellt werden, dagegen ist der Vorerbe zu einer Wiederholung der Aufzeichnung auch dann nicht verpflichtet, wenn durch Surrogation (§ 2111) in dem Bestande der Erbschaft erhebliche Veränderungen vor sich gehen. Ebensowenig kann der Nacherbe ein Nachtragsverzeichnis verlangen, wenn die Erbschaft einen Zuwachs erfährt (§ 2110). Zur eidlichen Bekräftigung des Verzeichnisses ist der Vorerbe nicht verpflichtet (ebenso Bayer. ObLG. im Recht 1903 S. 457; a. A. Wilke Anm. 3 zu § 2128). Ist der Nacherbe Kind des Vorerben, so ist neben § 2121 auch § 1640 maßgebend (vgl. Rspr. 4 S. 113). Besonders geartet ist der Fall des § 2127, in welchem der Nacherbe vom Vorerben nach Maßgabe des § 260 Auskunft über den Bestand der Erbschaft und eventuell auch Leistung des Offenbarungseids verlangen kann.

Der Inhalt des Verzeichnisses beschränkt sich auf die zur Zeit der Aufnahme vorhandenen Erbschaftsgegenstände (Sachen und Rechte). Der Wert der Gegenstände braucht nicht angegeben zu werden, ebensowenig die Verbindlichkeiten. Was die Form anbetrifft, so genügt an sich ein mit dem Tagesdatum und der Unterschrift oder dem Handzeichen des Vorerben versehenes Privatinventar. Der Nacherbe kann jedoch die öffentliche Beglaubigung der Unterzeichnung (§ 129, vgl. das FGG. §§ 167, 183, 191) verlangen. Er kann auch verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Zuständigkeit und Form, insbesondere auch die Notwendigkeit der Unterzeichnung durch den Vorerben, richten sich in diesem Falle nach den landesgesetzlichen Vorschriften; vgl. für Preußen FGG. Art. 31, 38, 108, 111, 118 (Amtsgericht, Notar, Dorfgericht; bzw. Ortsvorsteher, Bürgermeister, Gemeindevorstand); für Bayern NotG. Art. 2 (Notar); Sachsen § 37 Ges. v. 15. Juni 1900 (Amtsgericht, Notar); für Württemberg AG. z. BGB. Art. 125 (Amtsgericht, Notar); für Baden Rechtspolizeiß. § 43 (Notar); für Hessen AG. z. BGB. Art. 117 (Nachlaßgericht, Notar, Ortsgericht); für Elsaß-Lothringen AG. z. FGG. § 37 (Notar).

Die Kosten fallen nach Abs. 4 der Erbschaft bzw. dem mit der Nacherbfolge belasteten Erbteile zur Last, sind also weder von dem Vorerben noch von dem Nacherben persönlich zu tragen.

2. Ein Recht des Vorerben wird durch den § 2121 nur insofern begründet, als er, wenn der Nacherbe die Mitteilung des Verzeichnisses verlangt, gemäß Abs. 3 befugt ist, es durch die Behörde ꝛc. herstellen zu lassen. Diese Befugnis enthält als das Geringere auch das Recht, bei eigener Aufnahme des Verzeichnisses die Behörde ꝛc. zuzuziehen (§ 2002). Schreitet dagegen der Vorerbe aus eigenem Entschlusse zur Aufnahme des Verzeichnisses, so darf er die Kosten nur dann aus der Erbschaft bestreiten, wenn er nach Lage des Falles auf Grund des § 2124 Abs. 2 oder des § 2125 Abs. 1 dazu berechtigt ist. Einen Anspruch auf Mitwirkung des Nacherben bei der Aufnahme hat der Vorerbe selbst dann nicht, wenn der Nacherbe die Aufnahme verlangt.

3. Seiner rechtlichen Bedeutung nach ist das Verzeichnis wie im Falle des § 1035 (vgl. P. II Bd. 3 S. 395 f.) eine bloße Beweisurkunde. Es enthält das Bekenntnis des Vorerben bzw., wenn es im Falle des Abs. 3 sich nicht als eine Erklärung des Vorerben darstellt, das amtliche Zeugnis, daß die verzeichneten Gegenstände vorhanden gewesen sind. In dem letzteren Falle begründet das Verzeichnis, wenn es den Erfordernissen einer öffentlichen Urkunde (CPO. § 415) entspricht, nach Maßgabe des § 418 der CPO. vollen Beweis seines Inhalts.

§. 2122. Der Vorerbe kann den Zustand der zur Erbschaft gehörenden Sachen auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen. Das gleiche Recht steht dem Nacherben zu.

§. 2123. Gehört ein Wald zur Erbschaft, so kann sowohl der Vorerbe als der Nacherbe verlangen, daß das Maß der Nutzung und die Art der wirthschaftlichen Behandlung durch einen Wirthschaftsplan festgestellt werden. Tritt eine erhebliche Aenderung der Umstände ein, so kann jeder Theil eine entsprechende Aenderung des Wirthschaftsplans verlangen. Die Kosten fallen der Erbschaft zur Last.

Das Gleiche gilt, wenn ein Bergwerk oder eine andere auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen gerichtete Anlage zur Erbschaft gehört.

§. 2124. Der Vorerbe trägt dem Nacherben gegenüber die gewöhnlichen Erhaltungskosten.

Andere Aufwendungen, die der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er aus der Erbschaft bestreiten. Bestreitet er sie aus seinem Vermögen, so ist der Nacherbe im Falle des Eintritts der Nacherbfolge zum Ersatze verpflichtet.

Enthält das Verzeichnis als Privaturkunde oder als öffentliche Urkunde der im § 415 der CPO. bezeichneten Art eine Erklärung des Vorerben, so unterliegt diese der freien Beweiswürdigung. Eine materielle Rechtsvermutung wie nach § 2009, insbesondere nach negativer Richtung, ist mit dem Verzeichnisse niemals verbunden. Ebensowenig hat das Verzeichnis die Bedeutung eines Anerkennungsvertrags, vielmehr steht dem Vorerben und dem Nacherben (unbeschadet des für diese Frage nicht in Betracht kommenden § 418 Abs. 2 der CPO.) jederzeit der Nachweis eines Irrtums offen.

4. Von der Verpflichtung zur Mitteilung des Verzeichnisses kann der Erblasser den Vorerben nicht befreien (§ 2136), sie besteht auch im Falle der Einsetzung des Nacherben auf den Überrest (§ 2137).

§ 2122.

E. I §§ 1815, 992; II § 1995 rev. § 2099; III § 2097. P. I S. 9219 ff.; M. V S. 103. P. II Bd. 5 S. 94, 99.

Feststellung des Zustands der zur Erbschaft gehörenden Sachen. Der Satz 1 enthält eine an sich selbstverständliche Vorschrift, die jedoch klarstellt, daß auch dann, wenn der Antrag von dem Vorerben ausgeht, auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen die Vorschriften des FGG. §§ 15, 164 Anwendung finden. Durch den Satz 2 wird für den Nacherben ein materielles Recht begründet, von dem der Erblasser den Vorerben nicht befreien kann (§ 2136). Zu beachten ist, daß die Kosten nach § 2122 abweichend von § 2121 stets demjenigen, welcher das Verfahren veranlaßt, und nicht der Erbschaft zur Last fallen. Zu vgl. sind § 1034, § 1372 Abs. 2.

§ 2123.

E. II § 1996 rev. § 2100; III § 2098. P. II Bd. 5 S. 127 f.; Bd. 6 S. 344.

Feststellung eines Wirtschaftsplans. Der § 2123 entspricht bis auf die Bestimmung über die Tragung der Kosten (Abs. 1 Satz 3) vollständig der für den Nießbrauch geltenden Vorschrift des § 1038. Es kann daher auf das dort Bemerkte verwiesen werden, vgl. auch EG. Art. 67, 68, 83. Der Erblasser kann den Vorerben von den Beschränkungen und Verpflichtungen aus § 2123 befreien (§ 2136).

§ 2124.

E. I §§ 1815, 997—999; II § 1997 rev. § 2101; III § 2099. P. I S. 9207 ff.; M. V S. 103 f. P. II Bd. 5 S. 100, 115 ff.

1. **Übersicht.** In den §§ 2124—2126 ist die Frage geregelt, von wem die Kosten und Lasten der Erbschaft im Verhältnisse zwischen dem Vorerben und dem Nacherben zu tragen sind.

Der § 2124 trifft über diejenigen Kosten Bestimmung, die sich als notwendige Aufwendungen zur Erhaltung der Erbschaft darstellen, der § 2125 betrifft sonstige Verwendungen, der § 2126 die Lasten der Erbschaft. Ein scharf abgrenzbarer Unterschied zwischen Kosten und Lasten besteht wohl nicht (vgl. Dernburg V § 57 Anm. 5). „Lasten" ist jedenfalls der umfassendere Begriff. Versuche (nicht ganz einwandfreier) abgrenzender Begriffsbestimmungen bei Hachenburg, Studien S. 58 f. und Dernburg a. a. O. Bei der Verteilung der Kosten und Lasten zwischen dem Vorerben und dem Nacherben (bzw. der Erbschaft) ist nicht wie im ehelichen Güterrecht (§§ 1384 bis 1387) und bei der elterlichen Nutznießung (§ 1654) eine Aufzählung der einzelnen Verpflichtungen unternommen worden, die dem zur Verwaltung und Nutznießung berechtigten Teile (hier dem Vorerben) obliegen. Eine solche Aufzählung würde nicht dem Umstand entsprechen, daß der Vorerbe bis zum Eintritt des Falles der Nacherbfolge Herr der Erbschaft ist und deren Verwaltung nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung führt. Vielmehr unterscheidet das Gesetz allgemein zwischen notwendigen und nicht notwendigen Aufwendungen. Zu den notwendigen Aufwendungen gehören alle Lasten und von den Kosten diejenigen, welche der Erhaltung der Erbschaft dienen. Die Lasten treffen den Vorerben bis auf gewisse außerordentliche, die von der Erbschaft zu tragen sind (§ 2126). Bezüglich der Erhaltungskosten wird zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen unterschieden, erstere treffen schlechthin den Vorerben (§ 2124 Abs. 1), bei den letzteren entscheiden die Grundsätze über den Auftrag (§ 2124 Abs. 2). Nicht notwendige Aufwendungen sind nur insoweit von dem Nacherben zu tragen, als nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag eine Ersatzpflicht besteht (§ 2125). Vgl. betreffs anderer Rechtsverhältnisse die §§ 546, 547, 601, 994 ff., 1041 ff., 2022. Für Nachlaßverbindlichkeiten, die der Vorerbe im Verhältnisse zum Nacherben zu tragen hat, haftet er gemäß § 2145 Abs. 1 Satz 2 auch nach dem Eintritte der Nacherbfolge dem Gläubiger.

2. Daß die **gewöhnlichen Erhaltungskosten** dem Vorerben zur Last fallen, entspricht dem wirtschaftlichen Grundsatze, nach welchem die laufenden Unkosten aus den jährlichen Nutzungen zu decken sind. Ob in einem einzelnen Jahre die Kosten in den Nutzungen ihre Deckung finden oder der Vorerbe zusetzen muß, ist gleichgültig; es wird angenommen, daß der Fehlbetrag eines Jahres durch den Überschuß eines anderen ausgeglichen wird. Das Wort „Erhaltung" ist hier in dem weiteren Sinne zu verstehen, daß es auch die Verwaltung mit umfaßt. Der Abs. 1 findet daher nicht nur auf die Kosten der gewöhnlichen Ausbesserungen (vgl. § 582), sondern, wenn zu der Vorerbschaft irgendein gewerblicher Betrieb gehört, auf alle regelmäßigen Betriebsausgaben Anwendung, Lohnzahlungen, Anschaffung der Materialien ꝛc. Wegen der Verteilung der Fruchtgewinnungskosten des letzten Jahres s. Erl. 2 b zu § 2130. Hierher gehören ferner die Beiträge oder Prämien für die Versicherung der erbschaftlichen Gegenstände, soweit sie nicht wie die Feuerkassenbeiträge wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Natur als Lasten anzusehen sind (s. die Erl. zu § 103, wegen der Versicherungspflicht des Vorerben Erl. 2 a zu § 2130). Dagegen fallen die Kosten eines Rechtsstreits, den der Vorerbe mit einem Dritten über einen gegen ihn als Erben gerichteten Anspruch oder einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand führt, nicht unter den Abs. 1, sondern nach Lage des Falles unter den Abs. 2 oder unter § 2125 (abweichend von § 1387 Nr. 1, vgl. M. V S. 104).

3. **Andere Aufwendungen.** Abgesehen von den gewöhnlichen Erhaltungskosten fallen Aufwendungen, die der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen macht, dem Nacherben zur Last, wenn der Vorerbe sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Mit dieser Bestimmung knüpft der Abs. 2 an die Vorschriften über den Auftrag an (§ 670, wegen des Falles, daß die vorgedachte Voraussetzung nicht zutrifft, vgl. Erl. 1 zu § 2125). Der Vorerbe braucht nicht in der Aussicht auf Erstattung sein eigenes Vermögen auf die Erhaltung der Erbschaft zu verwenden, vielmehr kann er die Aufwendungen aus dem Grundstocke der Erbschaft bestreiten, und zwar auch dann, wenn die Veräußerung von Erbschaftsgegenständen unter ungünstigen Bedingungen geschehen muß. Verwendet der Vorerbe eigenes Vermögen, so ist der Nacherbe, sobald der Fall der Nacherbfolge eintritt, ersatzpflichtig. Zinsen kann der Vorerbe erst von dem eben genannten Zeitpunkt an fordern (§ 256). Wegen der Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten s. § 257, wegen des Zurückbehaltungsrechts § 273. Die Ersatzpflicht des Nacherben hat die Natur einer Nachlaßverbindlichkeit, der Nacherbe kann daher gemäß § 2144 die Beschränkung seiner Haftung auf das aus der Erbschaft Erlangte herbeiführen. Dagegen schadet es dem Vorerben nicht, wenn die Erbschaft durch seine Aufwendung nicht mehr bereichert, insbesondere die wiederhergestellte oder verbesserte Sache untergegangen ist (vgl. P. II Bd. 5 S. 120). Wegen der Beschränkung der Ersatzpflicht, die bei der Einsetzung des

§. 2125. Macht der Vorerbe Verwendungen auf die Erbschaft, die nicht unter die Vorschrift des §. 2124 fallen, so ist der Nacherbe im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ersatze verpflichtet.

Der Vorerbe ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er eine zur Erbschaft gehörende Sache versehen hat, wegzunehmen.

Nacherben auf den Überrest eintritt, s. § 2138 Abs. 1 Satz 2 und die dortige Erl. 2. Beispiele für Aufwendungen nach Abs. 2 sind außergewöhnliche Ausbesserungen, Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses, Ergänzung des durch eine Seuche verringerten Viehstandes (welche letzteren Fälle Böhm S. 127 mit Unrecht unter § 2125 subsumiert; vgl. Hachenburg, Studien S. 58), ferner die in Erl. 2 a. E. genannten Prozeßkosten.

§ 2125.

E. I §§ 1815, 1010; II § 1998 rev. § 2102; III § 2100. P. I S. 9207 ff.; M. V S. 103 f. P. II Bd. 5 S. 100, 115 ff.

1. Aufwendungen, die der Vorerbe nicht für erforderlich halten durfte. Über die Bedeutung des § 2125 im allgemeinen und seinen Zusammenhang mit den §§ 2124, 2126 ist das Nötige in der Erl. 1 zu § 2124 bemerkt. Der Kreis der durch den § 2125 betroffenen Verwendungen wird nur negativ dahin bestimmt, daß sie nicht unter die Vorschrift des § 2124 fallen. Hiernach kommen zunächst solche Verwendungen in Betracht, die nicht dem Zwecke der Erhaltung dienen, z. B. Luxusaufwendungen für vorübergehende Zwecke oder Neuanlagen, die nicht durch die Rücksicht auf die Erhaltung des schon Bestehenden wirtschaftlich geboten sind, mag es sich dabei um Luxus, Spekulation, Gemeinnützigkeit oder sonstige Zwecke handeln. Außerdem aber fallen unter § 2125 solche Aufwendungen, die zwar zur Erhaltung der Erbschaft dienen sollen, die der Vorerbe jedoch bei sachgemäßer Prüfung zu diesem Zwecke nicht für erforderlich halten darf, insbesondere die Ausgaben für technisch verkehrte oder unnütz kostspielige Maßregeln. Je nachdem es sich um Aufwendungen der einen oder der anderen Art handelt, führen die im § 2125 für anwendbar erklärten Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu verschiedenen Ergebnissen. Bei Aufwendungen der ersteren Art können die Vorschriften des § 683 oder die des § 684 anwendbar sein, mithin kann sich der Anspruch des Vorerben auf vollen Ersatz erstrecken oder auf die Herausgabe der Bereicherung beschränken. Dagegen kommt bei Aufwendungen der zweiten Art nur der Bereicherungsanspruch nach § 684 in Betracht. Denn im § 683 wird durch die Verweisung auf den Auftrag („wie ein Beauftragter") aus dem § 670 auch die Voraussetzung übernommen, daß der Handelnde die Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich halten darf, an der es in den fraglichen Fällen gerade fehlt (s. die Erl. zu § 683 Nr. 1 Abs. 1 a. E.). Die abweichende Ansicht Endemanns (III § 40 bei Anm. 29), der dem Vorerben auch für Aufwendungen, die er nicht für erforderlich halten durfte, unter Umständen den Ersatzanspruch zubilligt, beruht auf einem Übersehen des Unterschiedes, der im § 683 zwischen der Übernahme und der Ausführung der Geschäftsbesorgung gemacht wird.

Nach dem Vorbemerkten ist ein Anspruch auf Ersatz des Verwendeten in den Fällen des § 2125 nur dann begründet, wenn

a) Aufwendungen in Frage stehen, die nicht zu Erhaltungszwecken gemacht sind, und

b) die Inangriffnahme des Geschäfts dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Nacherben entspricht (§ 683) oder zur Erfüllung einer Pflicht geschieht, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt (§§ 679, 683), und wenn

c) zur Ausführung solche Maßnahmen getroffen werden, die der Vorerbe den Umständen nach für erforderlich halten darf (§§ 670, 683).

In allen anderen Fällen, die überhaupt von dem § 2125 betroffen werden, besteht nur der Bereicherungsanspruch (§ 684 Satz 1). Inwieweit in diesen Fällen die Genehmigung des Nacherben die Wirkung hat, einen Ersatzanspruch zu begründen, hängt davon ab, auf welche Handlungen des Vorerben die Genehmigung zu beziehen ist (§ 684 Satz 2, vgl. dort Erl. Nr. 2 Abs. 1 a. E.).

§. 2126. Der Vorerbe hat im Verhältnisse zu dem Nacherben nicht die außerordentlichen Lasten zu tragen, die als auf den Stammwerth der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind. Auf diese Lasten finden die Vorschriften des §. 2124 Abs. 2 Anwendung.

---

2. Soweit dem Vorerben ein Ersatzanspruch zusteht, kann er gemäß § 257 auch die Befreiung von einer übernommenen Verbindlichkeit und gemäß § 256 von dem Eintritte der Nacherbfolge an die Zahlung von Zinsen verlangen (s. Erl. 3 zu § 2124 und die Erl. zu § 256).

3. Durch den Abs. 2 wird nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Vorerben zur Wegnahme der Einrichtung begründet; vgl. wegen der Ausübung § 258.

§ 2126.

E. I § 1815, § 1003 Nr. 1; II § 1999 rev. § 2103; III § 2101. M. I S. 9226 ff.; M. V S. 103 f. P. II Bd. 5 S. 100, 115 ff.

1. Für die Lasten, die auf den Erbschaftsgegenständen ruhen, ist im allgemeinen der Grundsatz des § 103 maßgebend, d. h. der Vorerbe trägt im Verhältnisse zu dem Nacherben die regelmäßig wiederkehrenden Lasten nach dem Verhältnisse der Dauer seines Rechtes, andere Lasten aber insoweit, als sie während der Dauer der Vorerbschaft zu entrichten sind. Dies gilt für öffentliche wie für privatrechtliche Lasten (Realsteuern, Deichlasten, Feuerkassenbeiträge und sonstige sog. gemeine Lasten des Grundbesitzes, andererseits Reallasten, Renten einer Rentenschuld, Grundschuld- und Hypothekenzinsen 2c.). Eine Abweichung von den Vorschriften des § 103 tritt nach § 2126 bezüglich solcher **außerordentlicher Lasten** ein, die als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind. Diese Lasten sind, auch wenn sie während der Dauer der Vorerbschaft entrichtet werden müssen, gegenüber dem Nacherben nicht von dem Vorerben zu tragen (Satz 1, vgl. § 995 Satz 2, § 1047, § 1385 Nr. 1). Auch dieser Satz gilt gleichmäßig für öffentliche wie für privatrechtliche Lasten. Beispiele bieten einerseits Straßenkosten- oder Kanalisationskostenbeiträge sowie Kriegskontributionen, die von einem erbschaftlichen Grundstücke zu entrichten sind, andererseits Hypotheken und Grundschulden, die während der Dauer der Vorerbschaft fällig werden.

2. Im Satz 2 wird bezüglich der vorbezeichneten außerordentlichen Lasten auf den § 2124 Abs. 2 verwiesen, der Vorerbe kann sie also aus der Erbschaft bestreiten bzw., wenn er sie aus seinem Vermögen bestreitet, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge von dem Nacherben Ersatz beanspruchen. Befriedigt der Vorerbe aus Erbschaftsmitteln eine Forderung, für die an einem erbschaftlichen Grundstück eine Hypothek besteht, so fällt die Hypothek bzw. die Grundschuld, in die sie sich zufolge des Erlöschens der Forderung verwandelt, selbstverständlich in die Erbschaft (§§ 1163, 1177, 2111). Erfolgte dagegen die Befriedigung des Hypothekars aus den Mitteln des Vorerben, so gehört die Eigentümerhypothek dann, aber auch nur dann zur Erbschaft, wenn deren Erwerb durch den Vorerben wesentlich darauf beruht, daß dieser infolge der Vorerbfolge Eigentümer des Grundstücks geworden ist. Denn es handelt sich unter dieser Voraussetzung um einen Erwerb auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes (§ 2111); die hierzu erforderlich gewesene Aufwendung hat jedoch der Nacherbe dem Vorerben zu ersetzen. Anders verhält es sich, wenn der Vorerbe den Hypothekengläubiger aus eigenen Mitteln unter solchen Verhältnissen befriedigt, vermöge deren die Hypothek auf ihn auch übergegangen sein würde, wenn er das Eigentum am Grundstück im Wege der Vorerbfolge nicht erlangt hätte (vgl. §§ 268, 774, 1164), eine zur Erbschaft gehörende Eigentümerhypothek ist hier nicht anzunehmen (vgl. Strohal I § 28a Anm. 19; jetzt auch Beyer, Surrogation S. 216 Anm. 1; bei Hachenburg, Studien S. 58 sind die bezeichneten Gestaltungen unberücksichtigt geblieben).

3. **Nachlaßverbindlichkeiten als außerordentliche Lasten.** Obschon in § 2022 Abs. 2 die Nachlaßverbindlichkeiten den Lasten der Erbschaft gegenübergestellt werden, so werden unter den außerordentlichen Lasten im Sinne des § 2126 doch auch diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten verstanden werden müssen, welche einmalige Leistungen aus dem Stamme der Erbschaft zum Gegenstande haben (vgl. auch Hachenburg, Studien S. 59). Für Vermächtnisse ist jedoch zu beachten, daß der Erblasser auch beabsichtigt haben kann, nur den Vorerben zu belasten, so

§. 2127. Der Nacherbe ist berechtigt, von dem Vorerben Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu verlangen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt.

---

daß dieser die Mittel zur Entrichtung des Vermächtnisses aus den Nutzungen entnehmen muß (vgl. den gestrichenen § 1834 des E. I und dazu M. V S. 123f.; P. II Bd. 5 S. 132). Soweit ferner der Vorerbe durch eine Erbschaftssteuer lediglich in Ansehung des von ihm durch den Erbschaftserwerb erlangten Vermögensvorteils getroffen werden soll, bildet sie wirtschaftlich nicht eine Last der Erbschaft selbst und ist sie daher im Verhältnis zum Nacherben lediglich vom Vorerben zu tragen (vgl. Strohal I § 28 Anm. 17; s. jetzt auch § 27 des Reichs-Erbschaftssteuergesetz v. 3. Juni 1906).

§ 2127.

E. II § 2000 rev. § 2104; III § 2102. P. II Bd. 5 S. 96 f.

1. Sicherungsmittel für den gefährdeten Nacherben. Die §§ 2127—2129 enthalten diejenigen Sicherungsmittel, welche im Gegensatze zu den in den §§ 2121—2123 bezeichneten Maßnahmen dem Nacherben erst dann zu Gebote stehen, wenn seine Rechte durch den Vorerben gefährdet erscheinen. Diese Sicherungsmittel sind: Das im § 2127 bestimmte Recht auf Auskunfterteilung, das Recht auf Sicherheitsleistung nach § 2128 Abs. 1 und eventuell sogar (§ 2128 Abs. 2) das Recht darauf, daß die Verwaltung der Erbschaft mit der im § 2129 bestimmten Wirkung einem gerichtlich bestellten Verwalter übertragen werde. Die Voraussetzungen der Geltendmachung sind für jedes einzelne der genannten Rechte besonders bestimmt. Von allgemeiner Bedeutung sind nur folgende Punkte. Die Vorschriften der §§ 2127 und 2128 stimmen darin überein, daß sie nur die Gefahr einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben berücksichtigen. Die Wahrnehmung der dem Nacherben zustehenden Befugnisse kann nach § 2222 einem Testamentsvollstrecker übertragen werden, für einen noch nicht erzeugten oder seiner Persönlichkeit nach noch unbestimmten Nacherben ist nach § 1913 Satz 2 die Bestellung eines Pflegers zulässig. Sind mehrere Personen nebeneinander als Nacherben eingesetzt, so wird jede von ihnen die hier in Frage kommenden Befugnisse zur Wahrung ihres Interesses selbständig, auch ohne Mitwirkung und selbst gegen den Willen der übrigen Nacherben geltend machen können (vgl. auch § 1922 Abs. 2). Der Erblasser kann den Vorerben von den Beschränkungen und Verpflichtungen der §§ 2127—2129 befreien (§§ 2136, 2137).

2. Vor dem Eintritte der Nacherbfolge hat der Nacherbe gegenüber dem Vorerben ein **Recht zur Auskunfterteilung** über den Bestand der Erbschaft grundsätzlich nicht. Der § 2127 gewährt ihm jedoch ein solches Recht dann, wenn Grund zur Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung das Recht des Nacherben erheblich verletzt. Damit sind zwei Voraussetzungen aufgestellt. Es muß nicht nur Grund zur Annahme einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben gegeben sein, sondern auch dazu, daß diese Verletzung auf der Verwaltung des Vorerben beruhe (vgl. Bayer. ObLG. im Recht 1903 S. 458, wo hervorgehoben ist, daß in der bloßen Feststellung des Bestandes der Erbschaft ein Verwaltungsakt im Sinne des § 2127 noch nicht erblickt werden könne). Die Auskunftspflicht nach § 2127 ist daher nicht begründet, wenn der Nacherbe die bezeichnete Annahme lediglich auf die ungünstige Vermögenslage des Vorerben stützen kann (vgl. § 2128). Der Nacherbe kann seinen Anspruch auf Auskunfterteilung erforderlichenfalls im Prozeßwege geltend machen. Den bereits erfolgten Eintritt der Rechtsverletzung braucht er nicht zu beweisen, es genügt, wenn er diejenigen Umstände dartut, welche die vorerwähnte Annahme zu begründen geeignet sind.

Die den Vorerben nach § 2127 treffende Auskunftspflicht ist übrigens eine beschränkte. Er hat in unserem Falle nur über den Bestand der Erbschaft Auskunft zu erteilen, nicht, wie nach § 1374 (vgl. dort Erl. 2) der Ehemann, über den Stand der Verwaltung, auch nicht, wie nach § 2027 Abs. 1 (vgl. dort Erl. 1) der Erbschaftsbesitzer, über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände (so auch Bayer. ObLG. a. a. O.). Die Verpflichtung beschränkt sich mithin auf die Angabe des derzeitigen Bestandes, zur Rechenschaftsablegung ist der Vorerbe erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge gehalten (§ 2130 Abs. 2). Zur Auskunfterteilung gehört nach § 260 die Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses und nötigenfalls die Leistung des Offenbarungseids (vgl. Bayer. ObLG. a. a. O.; s. auch Erl. 1 zu § 2121).

§. 2128. Wird durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgniß einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet, so kann der Nacherbe Sicherheitsleistung verlangen.

Die für die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung geltenden Vorschriften des §. 1052 finden entsprechende Anwendung.

---

§ 2128.

E. I §§ 1815, 1005, 1006; II § 2001 rev. § 2105; III § 2103. P. I S. 9207 ff.; M. V S. 104. P. II Bd. 5 S. 100, 121 ff. D. S. 732.

1. Das BGB. kennt für den Vorerben wie für den Nießbraucher **keine allgemeine Kautionspflicht**, vielmehr besteht eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung wie bei dem Nießbrauch (§ 1051) und der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft (§ 1391) nur unter besonderen Voraussetzungen (vgl. M. III S. 518 f., IV S. 185, V S. 104). Diese *Voraussetzungen* werden im § 2128 Abs. 1 dahin bestimmt, daß durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet sein muß. Hierzu ist zu bemerken:

a) Das dabei in Frage kommende *Verhalten des Vorerben* wird zwar regelmäßig, braucht aber nicht notwendig ein ihm als Schuld anzurechnendes zu sein (vgl. auch Strohal I § 28 Anm. 38; s. ferner Erl. 1 zu § 1051 in Bd. III; a. A. Peiser S. 108 mit Berufung auf die nicht entscheidende Bemerkung der M. III S. 519). Hierbei ist besonders zu beachten, daß der Vorerbe dem Nacherben gegenüber nach § 2131 nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, und daß im konkreten Falle eine Verletzung der Rechte des Nacherben gerade dadurch herbeigeführt sein kann, daß der Vorerbe z. B. bei der Stundung von Nachlaßforderungen nicht das volle Maß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276) angewendet hat. Das die Besorgnis der Rechtsverletzung begründende Verhalten des Vorerben kann sowohl ein positives (z. B. die Vornahme unentgeltlicher Verfügungen) als auch ein negatives (z. B. die Unterlassung der entsprechenden Anlegung von Erbschaftsgeld, die Nichtvornahme einer durch die Umstände geboten gewesenen Kapitalskündigung, die nach Lage der Sache ungerechtfertigte Verzögerung betreffs der Geltendmachung der zur Erbschaft gehörenden Ansprüche) sein. Soweit der Nacherbe seinen Sicherstellungsanspruch auf die *ungünstige Vermögenslage* des Vorerben stützt, kommt es nicht darauf an, ob diese schon bei dem Beginne der Vorerbschaft bestanden hat oder erst später eingetreten ist.

b) Daß durch das Verhalten des Vorerben eine erhebliche Verletzung des Rechtes des Nacherben *bereits eingetreten* sei, ist *nicht* gefordert, es braucht *hierdurch* (also in *ursächlichem* Zusammenhang mit den bezeichneten Umständen) nur eine objektiv *begründete Besorgnis* einer solchen Verletzung gegeben zu sein. Ob diese Voraussetzung zutrifft, beurteilt das Prozeßgericht nach freiem Ermessen. Ein Antrag, zwischen der gegenwärtigen Gefährdung von Ersatzansprüchen des Nacherben und der Besorgnis künftiger Schädigung der Erbschaft (vgl. § 1391 Abs. 1 und 2) zu unterscheiden, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden.

2. Wie die *Sicherheitsleistung* zu bewirken ist, ergeben die §§ 232 ff. Die Höhe wird nach Lage des Falles vom Prozeßgerichte nach freiem Ermessen festgesetzt. Der Vorerbe haftet für die Sicherheit persönlich mit seinem gesamten Vermögen (P. II, Bd. 5 S. 123, 125).

3. Die im Abs. 2 vorgeschriebene entsprechende Anwendung der Vorschriften, die nach § 1052 für die Kautionspflicht des Nießbrauchers gelten, führt zu folgenden Ergebnissen:

a) Ist der Vorerbe zur *Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilt*, so kann der Nacherbe statt der Sicherheitsleistung verlangen, daß die Ausübung der Rechte des Vorerben für dessen Rechnung einem *gerichtlich zu bestellenden Verwalter* übertragen wird. Voraussetzung für die *Entziehung der Verwaltung* ist danach stets die vorherige Verurteilung zur Sicherheitsleistung; ohne diese kann die zwangsweise Verwaltung auf Grund des § 2128 (abweichend von § 1054) auch dann nicht angeordnet werden, wenn die Rechtsverletzung schon tatsächlich eingetreten ist (s. jedoch Erl. 4). Das Recht des Nacherben auf *Leistung der Sicherheit* ist dagegen von der rechtskräftigen Verurteilung des Vorerben und der Entziehung der Verwaltung unabhängig (RG. in JW. 1904 S. 555).

b) Die Anordnung der Verwaltung ist nur zulässig, wenn dem Vorerben auf Antrag des Nacherben von dem Gericht eine *Frist zur Sicherheitsleistung* bestimmt worden und die Frist, ohne daß die Sicherheit geleistet worden, verstrichen ist. Die Frist kann auf Antrag des

§. 2129. Wird dem Vorerben die Verwaltung nach den Vorschriften des §. 1052 entzogen, so verliert er das Recht, über Erbschaftsgegenstände zu verfügen.

Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung. Für die zur Erbschaft gehörenden Forderungen ist die Entziehung der Verwaltung dem Schuldner gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntniß erlangt oder wenn ihm eine Mittheilung von der Anordnung zugestellt wird. Das Gleiche gilt von der Aufhebung der Entziehung.

Nacherben in dem Urteile bestimmt werden (ZPO. § 255 Abs. 2), dagegen erfolgt die Bestellung des Verwalters immer erst nach dem Ablaufe der Frist auf Grund eines neuen Verfahrens vor dem Prozeßgerichte.

c) Selbstverständlich hat der Vorerbe die Erbschaftsgegenstände an den Verwalter herauszugeben. Aus dieser Herausgabepflicht ergibt sich zugleich eine Pflicht des Vorerben gegenüber dem Verwalter zur Auskunfterteilung und eventuell zur Leistung des Offenbarungseides nach § 260, was besonders dann wichtig wird, wenn der Nacherbe nicht in der Lage war, schon auf Grund des § 2127 Auskunft zu verlangen (vgl. Erl. 2 zu § 2127).

d) Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Gerichts (das ihn bestellt hat, nicht etwa des Nachlaßgerichts oder des Vollstreckungsgerichts) wie ein für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellter Verwalter (vgl. ZVG. § 153 und EG. § 14).

e) Die Verwaltung ist aufzuheben, wenn der Vorerbe die Sicherheit nachträglich leistet.

4. Durch die Vorschriften des § 2128 werden die allgemeinen Sicherungsmaßregeln des Arrestes und der einstweiligen Verfügung nicht ausgeschlossen. Ihre Anwendung unterliegt lediglich den Vorschriften der ZPO. (§§ 916 ff., 935 ff.). Hat der Erblasser den Vorerben von den Beschränkungen nach § 2128 befreit, so stehen dem Nacherben nur jene Sicherungsmittel zu Gebote (Wilke Anm. 2, vgl. auch P. II, Bd. 5 S. 124).

§ 2129.

E. II § 2002 rev. § 2106; III § 2104. M. II Bd. 5 S. 124 ff.; Bd. 6 S. 319.

1. Der § 2129 handelt von den Wirkungen, die eintreten, wenn dem Vorerben nach §§ 1052, 2128 wegen des Unterbleibens der Sicherheitsleistung die Verwaltung der Erbschaft entzogen wird. Die Entziehung hat für den Vorerben den **Verlust** des ihm nach § 2112 zustehenden **Verfügungsrechts** zur Folge. Diese Wirkung tritt mit der Vollstreckbarkeit der Entscheidung ein, durch welche die Verwaltung angeordnet wird (vgl. die Erl. 3a, b zu § 2128). Die vom Vorerben nach diesem Zeitpunkte vorgenommenen Verfügungen über Erbschaftsgegenstände sind (in gleicher Weise wie dessen Verfügungen über die nach § 2116 hinterlegten Papiere) grundsätzlich unwirksam und zwar selbst hinsichtlich der Zeit vor dem Eintritte der Nacherbfolge (vgl. aber doch auch Abs. 2 Satz 1 und § 185 Abs. 2). Durch Abs. 1 unberührt bleibt jedoch der Fall, daß der Vorerbe in seiner Eigenschaft als Miterbe nach § 2033 Abs. 1 über seinen Anteil am Nachlaß verfügt; denn hierbei handelt es sich nicht um eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand.

2. Der Abs. 2 enthält zwei **den Schutz Dritter** bezweckende Rechtssätze:

a) Aus der durch Satz 1 angeordneten entsprechenden Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, ergibt sich das Bedürfnis und zugleich auch die rechtliche Möglichkeit einer Eintragung der Verfügungsbeschränkung bei den zur Erbschaft gehörenden Grundstücken und Grundstücksrechten (§ 892). Für eine Eintragung von Amts wegen ist zwar keine Vorsorge getroffen. Doch wird nicht zu bezweifeln sein, daß der Nacherbe schon zugleich mit dem Verlangen auf gerichtliche Bestellung eines Verwalters begehren kann, daß das Grundbuchamt durch das Bestellungsgericht um die buchliche Eintragung der Bestellung des Verwalters ersucht werde und daß, wenn dies unterblieben ist, der bestellte Verwalter diese Eintragung beim Grundbuchamt beantragen kann (vgl. auch Predari S. 638). Ist die erwähnte Eintragung erfolgt, so dürfte hierdurch das Grundbuch für weitere Verfügungen des Vorerben gesperrt sein. Andernfalls ist der Erwerber geschützt, wenn ihm zur entscheidenden Zeit (§ 892) die Unrichtigkeit des Grundbuchs unbekannt war. Bei Verfügungen des Vorerben über Fahrnis hat der Schutz des Erwerbers (welcher die Zu-

§. 2130. Der Vorerbe ist nach dem Eintritte der Nacherbfolge verpflichtet, dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergiebt. Auf die Herausgabe eines landwirthschaftlichen Grundstücks findet die Vorschrift des §. 592, auf die Herausgabe eines Landguts finden die Vorschriften der §§. 592, 593 entsprechende Anwendung.

Der Vorerbe hat auf Verlangen Rechenschaft abzulegen.

---

gehörigkeit der Sache zur Vorerbschaft kennt oder grobfahrlässig nicht kennt) zur Voraussetzung, daß ihm der Wegfall des Verfügungsrechtes des Vorerben weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Darauf allein, daß der infolge der gerichtlichen Bestellung eines Verwalters eingetretene Wegfall der Verfügungsmacht des Vorerben aus dem diesem erteilten Erbschein nicht ersichtlich ist, kann sich der Dritte deshalb nicht mit Erfolg stützen, weil der Erbschein zur Aufnahme dieses Sachverhalts nicht bestimmt ist (vgl. auch Erl. zu §§ 2366, 2367).

b) Der Satz 2 (vgl. § 1070 Abs. 2, § 1275) enthält eine besondere Schutzvorschrift zugunsten der Schuldner erbschaftlicher Forderungen, die sich ohne diese in einer ungünstigen Lage befinden würden, da ihnen die gerichtliche Entscheidung, durch welche die Verwaltung angeordnet wird, nicht wie dem Drittschuldner bei der Forderungspfändung oder der Beschlagnahme (CPO. § 829; ZVG. § 22) zugestellt wird. Bei der im Satz 2 erwähnten Zustellung, die der Kenntnis der gerichtlichen Anordnung gleichgestellt wird, ist an eine Mitteilung seitens des Nacherben zu denken.

Wer eine zur Erbschaft gehörende Forderung nach dem entscheidenden Zeitpunkte von dem Vorerben durch Abtretung erwirbt, ist nicht geschützt, da ihm weder Satz 1 noch Satz 2 zustatten kommt (s. Hachenburg, Studien S. 56).

3. Mit der Wiederaufhebung der Verwaltung fällt das Verfügungsrecht an den Vorerben zurück. In diesem Falle ist die in Erl. 2a erwähnte Eintragung selbstverständlich zu löschen und finden nach Abs. 2 Satz 3 die im Satz 1, 2 aufgestellten Regeln auf eine Verfügung Anwendung, die der Verwalter etwa noch vornimmt.

§ 2130.

E. I §§ 1815, 1007; II § 2003 rev. § 2107; III § 2105. M. I S. 921 ff.; M. V S. 101 f. P. II Bd. 5 S. 95 f., 99 f., 128. D. S. 732.

1. Die Frage, ob eine allgemeine Verwaltungspflicht des Vorerben anzuerkennen sei, wurde vom E. I verneint, weil der Vorerbe die Verwaltung für eigene Rechnung zwecks Verwirklichung eines ihm zustehenden Rechtes führe und daher nur verpflichtet sei, sich innerhalb der Grenzen seines Rechtes zu halten. Immerhin wird in den Motiven (V S. 101 f.) zugestanden, daß die Grenzen dieses Rechtes auch durch Vorschriften obligatorischer Natur festgesetzt seien und daß daher ein Legalschuldverhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben sowie nach Maßgabe der Vorschriften über den Nießbrauch eine gewisse Fürsorgepflicht des Vorerben bestehe. In der zweiten Kommission bestanden über die Frage verschiedene Ansichten. Die Mehrheit entschied sich gegen die grundsätzliche oder wenigstens ausdrückliche Anerkennung einer Verpflichtung des Vorerben zur ordnungsmäßigen Verwaltung, war aber doch der Meinung, daß „eine gewisse Verwaltungspflicht als Korrelat des Verfügungsrechts" aufgenommen werden müsse. Diesem Standpunkte gemäß ist im § 2130 einerseits sowohl eine **materielle Fürsorgepflicht** als eine **formelle Rechenschaftspflicht des Vorerben** anerkannt, andererseits aber vorgeschrieben, daß die Ersatzansprüche des Nacherben wegen einer Vernachlässigung jener Fürsorgepflicht und der Anspruch auf Rechenschaftsablegung erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge geltend gemacht werden können. Hieraus ergibt sich der wichtige Satz, daß der Nacherbe nicht eine einzelne Verwaltungshandlung des Vorerben herausgreifen und aus ihr besondere Ansprüche ableiten darf, vielmehr das Gesamtergebnis der Verwaltung des Vorerben berücksichtigen muß (P. II Bd. V S. 96). Der § 2130 bringt dies in der Weise zum Ausdrucke, daß nicht die Verwaltungspflicht des Vorerben an die Spitze gestellt, vielmehr der Zustand, in welchem die Erbschaft bei der Beendigung des Rechtes des Vorerben herauszugeben ist, betont wird. Aus dem vom Gesetze geforderten Endergebnisse sind durch einen Rückschluß mittelbar die Verpflichtungen abzuleiten, die dem Vorerben während der Dauer seines Rechtes obliegen (vgl. die entsprechende Vorschrift für die Pacht im § 591).

2. Im einzelnen ist betreffs der dem Vorerben nach § 2130 obliegenden Pflichten folgendes zu sagen:

a) Was zu der ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft gehört, ist abgesehen von den §§ 2119, 2123 nicht näher bestimmt. Insbesondere enthält das BGB. (abweichend vom E. I § 1817) keine Vorschrift darüber, inwieweit der Vorerbe zur Versicherung der Erbschaftsgegenstände verpflichtet ist. Es ist anzunehmen, daß der Vorerbe eine bei dem Beginne der Vorerbschaft bestehende Versicherung nur dann fortzusetzen und eine neue Versicherung nur dann einzugehen braucht, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Ob dies der Fall ist, muß gemäß der nach Zeit und Ort verschiedenen allgemeinen Anschauung beurteilt werden (vgl. die Erl. zu § 1045 und zu § 1385; wegen des Anspruchs auf die Versicherungssumme s. Erl. 2 zu § 2111). Auch im übrigen entscheidet die Anschauung des Lebens, soweit nicht für einzelne Erbschaftsgegenstände, z. B. für ein Handelsgeschäft (nach HGB. §§ 38ff.), besondere gesetzliche Regeln bestehen. Gehört ein Inbegriff von Sachen zur Erbschaft, so wird eine ordnungsmäßige Verwaltung in der Regel erfordern, daß ausscheidende Stücke nicht ohne Ersatz bleiben (P. II Bd. 5 S. 113). Wegen des Maßes der Sorgfalt, für das der Vorerbe einzustehen hat, s. § 2131 und die dortigen Erläuterungen.

b) Die Herausgabe der Erbschaft muß erfolgen, sobald der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist (vgl. § 2139). Ist der Nacherbe zu dieser Zeit nur als nasciturus vorhanden, so kann für ihn vor seiner Geburt der Herausgabeanspruch natürlich nicht begründet sein. Vgl. übrigens auch Erl. 4 b, α zu § 2108. Wegen des Zurückbehaltungsrechts des Vorerben s. § 273 Abs. 2, wegen des Rechtes auf Wegnahme einer Einrichtung § 2125 Abs. 2, wegen späterer Verfügungen des Vorerben § 2140. Die Herausgabepflicht enthält gemäß § 260 die Pflicht zur Vorlegung eines Verzeichnisses und eventuell zur Leistung des Offenbarungseids. Für die Auseinandersetzung wegen der Früchte, der Fruchtgewinnungskosten und der Lasten der Erbschaft gelten im allgemeinen die §§ 101—103. Auf die Herausgabe eines landwirtschaftlichen Grundstücks bzw. eines Landguts (s. Erl. 3 zu § 98) werden jedoch, wie bei dem Nießbrauch (§ 1055 Abs. 2) und der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft (§ 1421 Satz 2), die für die Pacht geltenden Vorschriften über den Ersatz der Bestellungskosten und die Zurücklassung landwirtschaftlicher Erzeugnisse (§ 592 bzw. §§ 592, 593) für anwendbar erklärt.

c) Die nach Abs. 1 auf Verlangen des Nacherben abzulegende Rechenschaft erstreckt sich (abgesehen von den Fällen des § 2133) natürlich nur auf die Substanz, nicht auf die Nutzungen und die von dem Vorerben zu tragenden laufenden Kosten der Erbschaft. Insofern ist die nach § 259 mitzuteilende Rechnung inhaltlich beschränkter als in anderen Fällen einer Rechnungslegung. Vgl. im übrigen Hachenburg S. 59; Böhm S. 128.

3. Von der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung und zur Rechenschaftsablegung kann der Erblasser den Vorerben nach §§ 2136, 2137 befreien. Die Herausgabepflicht kann nur nach Maßgabe der §§ 2137, 2138 beschränkt werden, da ein vollständiger Erlaß dieser Pflicht mit dem Wesen der Nacherbeinsetzung im Widerspruche stehen würde.

4. **Rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs.** Der im § 2130 bestimmte Herausgabeanspruch des Nacherben gegen den Vorerben hat mit dem Erbschaftsanspruch im technischen Sinne (§ 2018) viel Verwandtes, ist aber mit ihm durchaus nicht identisch (vgl. Strohal II § 94b Anm. 9). Der Hervorhebung bedürfen folgende Punkte:

a) Während sich der Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2018, d. i. gegen einen Gegner richtet, der die Erbschaft oder etwas aus ihr auf Grund einer ungerechtfertigten Erbrechtsanmaßung erlangt hat, wendet sich der Anspruch aus § 2130 gegen den Vorerben, d. i. gegen denjenigen, welcher die Erbschaft auf Grund eines ihm wirklich zukommenden Erbrechts erlangt hat und setzt dieser Anspruch auch nicht voraus, daß der Vorerbe sich die Fortdauer seines Rechtes aus der Vorerbfolge auch für die Zeit nach dem Eintritte der Nacherbfolge angemaßt hat (man denke nur an den Fall, daß der Vorerbe das Recht des Nacherben ohne weiteres anerkennt und die Herausgabe der Erbschaft nur mit Rücksicht auf die von ihm vor dem Eintritte der Nacherbfolge gemachten Aufwendungen verweigert; vgl. §§ 2124, 2125).

b) Die Haftung des Vorerben dem Nacherben gegenüber bestimmt sich hinsichtlich der Zeit vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge nicht nach den Bestimmungen über den Erbschaftsanspruch, sondern nach den die Verantwortlichkeit des Vorerben regelnden besonderen Vorschriften.

§. 2131. Der Vorerbe hat dem Nacherben gegenüber in Ansehung der Verwaltung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

§. 2132. Veränderungen oder Verschlechterungen von Erbschaftssachen, die durch ordnungsmäßige Benutzung herbeigeführt werden, hat der Vorerbe nicht zu vertreten.

---

c) Maßt sich der bisherige Vorerbe die Erbenstellung auch für die Zeit nach dem Eintritte der Nacherbfolge an, so wird er dadurch zum Erbschaftsbesitzer im technischen Sinne und ist gegen ihn somit der Erbschaftsanspruch begründet (vgl. Erl. 2 b α zu § 2018). Selbst in diesem Falle greifen aber die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch nicht schlechthin durch. Denn ganz abgesehen davon, daß hinsichtlich der Zeit vor dem Eintritte der Nacherbfolge das unter b Gesagte maßgebend bleibt, ist für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Vorerben hinsichtlich der Zeit nach dem Eintritte der Nacherbfolge (und der von ihm seit dieser Zeit in Ansehung von Nachlaßgegenständen vorgenommenen Verfügungen) nach § 2140 der Umstand von entscheidender Bedeutung, ob der Vorerbe von dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge Kenntnis hatte oder haben mußte, oder ob dies nicht zutrifft.

Ungeachtet der hervorgehobenen Verschiedenheiten wird es aber zulässig sein, die auf den Erbschaftsanspruch sich beziehenden Vorschriften zur Ausgestaltung des im § 2130 bestimmten Anspruchs ergänzungsweise zur entsprechenden Anwendung zu bringen (Strohal a. a. O.; vgl. auch Langheineken, Anspruch S. 154 bei Anm. 2; Binder III S. 394f.). Die sachliche Verwandtschaft zwischen beiden Ansprüchen zeigt sich insbesondere darin, daß der Anspruch aus § 2130 ebensowenig ein rein obligationenrechtlicher ist (anders die früheren Auflagen und Herzfelder S. 400) als der Erbschaftsanspruch (vgl. Vorbm. 6 auf S. 219). Soweit der Vorerbe schon von vornherein oder kraft Surrogation (§ 2111) zur Erbschaft gehörende Sachen herauszugeben oder in eine vorzunehmende Grundbuchberichtigung einzuwilligen hat, kommt auch dem auf § 2130 sich stützenden Anspruch dinglicher Charakter zu. Das dem Nacherben nach dem Eintritte der Nacherbfolge im Konkurse des Vorerben zukommende Aussonderungsrecht ist schon in Vorbm. S. 397 besprochen worden.

§ 2131.

E. I §§ 1815, 991; II § 2004 rev. § 2108; III § 2106. P. I S. 9207 ff.; M. V S. 102. P. II Bd. 5 S. 96, 98.

Für welches Maß von Sorgfalt der Vorerbe dem Nacherben in Ansehung der Verwaltung einzustehen hat, war für das gem. Recht bestritten, während das preuß. Recht an der allgemeinen Haftung für mäßiges Versehen festhielt (Dernburg Pand. III § 120 Anm. 9; preuß. PrivR. III § 158 Anm. 12). Der E. I (§ 1815 in Verbindung mit § 991) stand auf dem letzteren Standpunkte, die zweite Kommission hat jedoch die Haftung des Vorerben auf das Maß derjenigen Sorgfalt abgeschwächt, welche er **in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt** (s. die §§ 276, 277, vgl. §§ 690, 708, 1359, 1664). Maßgebend war die Erwägung, daß diese Beschränkung dem mutmaßlichen Willen des Erblassers wie auch der Stellung des Vorerben als Erben und Eigentümers der Erbschaftssachen entspreche. Mit dem im § 2130 aufgestellten Erfordernis einer ordnungsmäßigen Verwaltung ist die Vorschrift des § 2131 in der Weise zu vereinigen, daß zunächst der objektive Maßstab anzulegen, dem Vorerben aber der Beweis freizulassen ist, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger verfahre (s. Erl. 2 zu § 277). Betreffs einzelner Verwaltungshandlungen wird das Prinzip des § 2131 verlassen, indem von dem Vorerben schlechthin die Beobachtung der für diese Fälle aufgestellten besonderen Vorschriften verlangt wird. Hauptsächlich gilt dies für die Anlegung von Geld, die nach § 2119 in mündelsicherer Weise geschehen muß; weitere Ausnahmefälle enthalten die §§ 2123, 2133 (vgl. Erl. 2 zu § 2119; Hachenburg S. 53, 54). Außerdem haftet der Vorerbe gemäß § 277 unbedingt wegen grober Fahrlässigkeit, der Erblasser kann ihn freilich auch von dieser Schranke befreien (§§ 2136, 2137).

§ 2132.

E. I §§ 1815, 1007 Abs. 1; II § 2006 Abs. 2 rev. § 2109; III § 2107. P. I S. 9207 ff.; M. V S. 98. P. II Bd. 5 S. 128 f.

Der § 2132 enthält bezüglich der Erbschaftssachen (§ 90) eine genauere Bestimmung des im § 2130 ausgesprochenen Grundsatzes. Daß der Vorerbe die durch ordnungsmäßige Benutzung herbeigeführte Abnutzung **nicht zu vertreten** hat, folgt aus seinem Rechte, die

§. 2133. Zieht der Vorerbe Früchte den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider oder zieht er Früchte deshalb im Uebermaße, weil dies in Folge eines besonderen Ereignisses nothwendig geworden ist, so gebührt ihm der Werth der Früchte nur insoweit, als durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die ihm gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden und nicht der Werth der Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zur Wiederherstellung der Sache zu verwenden ist.

Erbschaftssachen durch Gebrauch und Fruchtziehung (§ 100) zu benutzen und entspricht den für die Miete, die Leihe und den Nießbrauch geltenden Vorschriften (§§ 548, 602, 1050). Eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 2131, die Frommhold mittels eines arg. e contr. in dem § 2132 zu erblicken scheint, enthält dieser nicht; der Hinweis auf die Motive (III S. 520) ist in dieser Beziehung nicht mehr zutreffend.

§ 2133.

E. I § 1815, § 988 Abs. 2; II § 2005 rev. § 2110; III § 2108. P. I S. 9215 ff.; M. V S. 101. P. II Bd. 5 S. 127 f.

1. Die Vorschrift des § 2133 beruht auf demselben Gedanken wie die des § 1039 (Nießbrauch). Sie bezieht sich auf den Fall einer **gegen die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verstoßenden** oder infolge besonderer Umstände **im Übermaß gebotenen Fruchtziehung** des Vorerben. Der Verstoß gegen die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft kann in dem Übermaße der gezogenen Früchte, aber auch darin liegen, daß Früchte vorzeitig gezogen oder getrennt werden. Als Ereignisse, die einen übermäßigen Fruchtbezug notwendig machen, kommen vorzugsweise schädigende Naturereignisse wie bei Wäldern Windbruch, Schneebruch oder Raupenfraß in Betracht. Auch an diesen Früchten erwirbt der Vorerbe mit der während der Dauer seines Rechtes erfolgten Trennung das freie Eigentum derart, daß sie nicht zur Erbschaft gehören und hinsichtlich ihrer daher auch das Surrogationsprinzip nicht durchgreift (vgl. Erl. 2b zu § 2111). Die vom BGB. angestrebte billige Verteilung von Lasten und Vorteilen zwischen dem Vorerben und dem Nacherben, die jenem insofern zustatten kommt, daß er die außerordentlichen Aufwendungen und Lasten nicht zu tragen hat (§ 2129 Abs. 2, § 2126), erfordert jedoch in Ansehung der vom Vorerben in der angegebenen Weise erworbenen außerordentlichen Nutzungen, soweit sie unter normalen Verhältnissen dem Nacherben zugekommen wären, eine entsprechende Ausgleichung zugunsten des Nacherben.

2. **Durchführung der Ausgleichung.** Sie erfolgt dadurch, daß der Vorerbe dem Nacherben den Wert der bezeichneten Nutzungen beim Eintritte der Nacherbfolge zu ersetzen hat. Hatte der ordnungswidrige oder übermäßige Fruchtbezug die Wirkung, daß der Vorerbe in der Folgezeit hinsichtlich der ihm für die Dauer seines Rechtes gebührenden Nutzungen beeinträchtigt wurde, so verbleibt dem Vorerben regelmäßig der Wert desjenigen, was er andernfalls durch die regelmäßige Nutzung noch gewonnen haben würde. Selbst dieser Vorteil des Vorerben kommt jedoch insoweit in Wegfall, als der Wert der außerordentlichen Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zur Wiederherstellung der fruchttragenden Sache zu verwenden war (gleichviel, ob die Wiederherstellung durch den Vorerben bewirkt worden ist oder nicht). Hat z. B. der Vorerbe durch den Verkauf des infolge eines Windbruchs gewonnenen Holzes 10000 erlöst, demnächst aber zufolge jenes Ereignisses in den drei Jahren, während deren er die Erbschaft noch hatte, je 1000 Mindereinnahme gehabt, so gebührt ihm von den 10000 der Teilbetrag von 3000. War jedoch die alsbaldige Wiederaufforstung der abgeholzten Fläche geboten und würde diese einen Aufwand von 8000 erfordert haben, so darf der Vorerbe nur 2000 behalten.

Zur Sicherheitsleistung für die Erfüllung der Herausgabe- bzw. Ersatzpflicht ist der Vorerbe (im Gegensatz zum Nießbraucher; § 1039 Abs. 1 Satz 2) auf Grund des § 2133 nicht verpflichtet. Doch kann infolge des pflichtwidrigen Verhaltens des Vorerben ein Sicherstellungsanspruch nach § 2127 begründet sein. Es ist ferner nicht zu übersehen, daß die Vorschrift des § 2133 eine Haftung des Vorerben für den dem Nacherben schuldbar zugefügten Schaden nicht ausschließt. Das ist zwar in § 2133 nicht besonders gesagt (vgl. dazu § 1039), versteht sich aber mit Rücksicht auf § 2130 von selbst.

Hat der Erblasser den Vorerben von den Verpflichtungen des § 2133 befreit, so verbleibt dem Vorerben der volle Wert der gezogenen Früchte.

§. 2134. Hat der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand für sich verwendet, so ist er nach dem Eintritte der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber zum Ersatze des Werthes verpflichtet. Eine weitergehende Haftung wegen Verschuldens bleibt unberührt.

§. 2135. Hat der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermiethet oder verpachtet, so finden, wenn das Mieth- oder Pachtverhältniß bei dem Ein-

---

§ 2134.

G. I § 1815, § 1007 Abs. 1; II § 2006 Abs. 1 rev. § 2111; III § 2109. M. I S. 9207 ff.; M. V S. 93. P. II Bd. 5 S. 100, 128 f.

1. Ersatzpflicht wegen Verwendung eines Erbschaftsgegenstandes durch den Vorerben. Wie das Gesetz durch die Vorschriften des § 2111 und des § 2113 Abs. 2 dafür sorgt, daß an die Stelle der vom Vorerben veräußerten Erbschaftsgegenstände ein entsprechender Ersatz tritt, trifft das Gesetz in § 2134 eine analoge Anordnung hinsichtlich derjenigen Erbschaftsgegenstände, welche der Vorerbe für sich verwendet. Während der angestrebte Zweck dort durch den Ausschluß unentgeltlicher Verfügungen und durch das Prinzip der Surrogation erreicht wird, erfolgt die Beschaffung des Ersatzes hier durch die Belastung des Vorerben mit der Verpflichtung zum Wertersatz. Dem Nacherben gegenüber (hinsichtlich des Verhältnisses des Vorerben zu den Nachlaßgläubigern vgl. § 1978) tritt diese Verpflichtung erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge ein. Die vom Vorerben in der angegebenen Weise verwendeten Erbschaftsgegenstände können nicht nur verbrauchbare, sondern auch unverbrauchbare Sachen, ja sogar Rechte sein. Die Verwendung kann im Verbrauch einer Sache oder auch darin bestehen, daß eine Erbschaftssache infolge einer vom Vorerben vorgenommenen Verarbeitung, Verbindung, Vermischung derart im Vermögen des Vorerben aufgeht, daß eine zugunsten der Erbschaft eintretende Surrogation nicht in Frage kommt. Besondere Hervorhebung verdient die Verwendung von Erbschaftsgeld und sonstigen Erbschaftsgegenständen zur Tilgung von Eigenverbindlichkeiten des Vorerben. Eine Verwendung eines Rechtes im Sinne des § 2134 liegt vor, wenn der Vorerbe eine zur Erbschaft gehörende Forderung gegen eine ihn treffende Eigenverbindlichkeit aufrechnet. Nicht hierher gehört selbstverständlich die Verwendung der vom Vorerben zu freiem Eigentum erworbenen Früchte, ebensowenig der nach § 2132 zu beurteilende Fall der Veränderung oder Verschlechterung eines Erbschaftsgegenstandes durch dessen ordnungsmäßige Benutzung, wogegen § 2134 wieder zutrifft, wenn der Vorerbe im Falle der Zugehörigkeit eines Erwerbsgeschäftes zur Erbschaft eine zum geschäftlichen Verkauf bereite Sache für seine Eigenwirtschaft in bleibende Verwendung nimmt.

2. Über den für die Wertbestimmung des verwendeten Erbschaftsgegenstandes **maßgebenden Zeitpunkt** spricht sich das Gesetz nicht besonders aus. Sachliche Gründe führen zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich der Wert zur Zeit der Verwendung entscheidend ist. Hierfür durchschlagend dürfte der Gesichtspunkt sein, daß der im Falle des § 2134 vom Vorerben zu leistende Wertersatz dieselbe wirtschaftliche Funktion hat, wie das im Falle der entgeltlichen Veräußerung des Erbschaftsgegenstandes an einen Dritten in Betracht kommende Surrogat. Dabei ist zu beachten, daß der Vorerbe wie bei der Veräußerung von Erbschaftsgegenständen, so auch bei der Einverleibung von solchen in sein Eigenvermögen sich über die an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen nicht hinwegsetzen darf. Trifft ihn in dieser Beziehung ein Verschulden, so haftet er dem Nacherben über den Wert des verwendeten Gegenstandes hinaus auf Schadensersatz. Solche Fälle können z. B. vorliegen, wenn durch die Verwendung einzelner Stücke ein größeres Ganze eine Wertminderung erlitten hat (Wilke Anm. 1), oder wenn der Vorerbe zur Verwendung von Erbschaftsgegenständen für sein Eigenvermögen einen Zeitpunkt gewählt hat, in welchem diese gerade einen plötzlichen und offenbar nur vorübergehenden Preisrückgang erfahren haben.

3. Nach Maßgabe der §§ 2136, 2137 kann der Erblasser den Vorerben von den ihn nach § 2134 (Satz 1, 2) treffenden Verpflichtungen befreien.

§ 2135.

G. I §§ 1815, 1006; II § 2007 rev. § 2112; III § 2110. M. I S. 9231 ff.; M. V S. 104 f. P. II. Bd. 5 S. 101, 129.

Der § 2135 regelt für den Fall, daß der Vorerbe ein **erbschaftliches Grundstück** über die Dauer seines Rechtes hinaus **vermietet oder verpachtet** hat, die Rechtsbeziehungen

tritte der Nacherbfolge noch besteht, die Vorschriften des §. 1056 entsprechende Anwendung.

§. 2136. Der Erblasser kann den Vorerben von den Beschränkungen und Verpflichtungen des §. 2113 Abs. 1 und der §§. 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134 befreien.

---

des Vorerben, des Nacherben und des Mieters oder Pächters in der gleichen Weise, wie dies in den §§ 1423, 1663 für den entsprechenden Fall bei der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft und bei der elterlichen Nutznießung geschieht, nämlich durch eine Verweisung auf die Vorschriften über den Nießbrauch. In dem angezogenen § 1056 aber werden wiederum in der Hauptsache die für den Fall der Veräußerung des Grundstücks geltenden Vorschriften (§§ 571 ff.) für entsprechend anwendbar erklärt. Die Übertragung dieser Vorschriften und der für den Fall der Beendigung des Nießbrauchs geltenden besonderen Bestimmungen führt im wesentlichen zu folgenden Sätzen:

a) Verwirklicht sich der Fall der Nacherbfolge, nachdem der Vorerbe das Grundstück dem Mieter überlassen hat, so tritt der Nacherbe an Stelle des Vorerben in die Rechte und Pflichten des Vermieters ein. Der Vorerbe haftet wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage (§§ 771 ff.) verzichtet hat, kann sich jedoch von dieser Haftung durch Mitteilung des Eintritts der Nacherbfolge an den Mieter für die Folgezeit befreien (§ 1056 Abs. 1, § 571).

b) Eine vom Mieter bestellte Sicherheit besteht zugunsten des Nacherben fort (§ 1056 Abs. 1, § 572, aus dessen Satz 2 sich auch ergibt, unter welchen Voraussetzungen der Nacherbe zur Rückgewähr der Sicherheit verpflichtet ist).

c) Verfügungen des Vorerben über den auf die Zeit der Berechtigung des Nacherben entfallenden Mietzins, Rechtsgeschäfte zwischen dem Vorerben und dem Mieter in Ansehung der Mietzinsforderung und eine Aufrechnung, die der Mieter mit einer ihm an den Vorerben zustehenden Forderung gegen die Mietzinsforderung vornimmt, sind nach den näheren Vorschriften des § 573 Satz 1 und der §§ 574, 575 wirksam. (Der § 573 Satz 2 kommt nicht zur Anwendung).

d) Zeigt der Vorerbe dem Mieter an, daß die Nacherbfolge eingetreten sei, so muß er den Eintritt gegen sich gelten lassen, auch wenn er in Wahrheit nicht erfolgt ist (§ 1056 Abs. 1, § 576).

e) Bei einer Veräußerung des Grundstücks durch den Nacherben und bei dem Eintritte des Falles einer weiteren Nacherbfolge finden die zu a—d entwickelten Sätze nach Maßgabe des § 579 entsprechende Anwendung.

f) Der Nacherbe (nicht der Mieter) ist berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist (§§ 565, 566) zu kündigen, und zwar nicht nur für den ersten zulässigen Kündigungstermin, sondern auch später. Gibt der Vorerbe dem Nacherben die Erbschaft vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge heraus, so ist die Kündigung doch erst von dem Zeitpunkt an zulässig, in welchem der Fall der Nacherbfolge tatsächlich eintritt (§ 1056 Abs. 2, vgl. die Erl. 3 zu § 2139).

g) Der Mieter ist berechtigt, den Nacherben unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er von dem Kündigungsrechte Gebrauch mache. Die Kündigung kann dann nur bis zum Ablaufe dieser Frist erfolgen (§ 1056 Abs. 3).

Alles, was vorstehend zu a—g von der Miete gesagt ist, gilt in gleicher Weise auch für die Pacht (§ 581 Abs. 2, vgl. § 595). Ist die Vermietung oder Verpachtung eines erbschaftlichen Grundstücks zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich und nur unter der Voraussetzung möglich, daß sich der Nacherbe für den Fall des Eintritts seines Rechtes in gleicher Weise wie der Vorerbe für gebunden erklärt, so ist entsprechend § 2120 anzunehmen, daß der Nacherbe seine Einwilligung zu dem abzuschließenden Miet- oder Pachtvertrag erteilen muß.

§ 2136.

E. I 1824; II § 2008 rev. § 2113; III § 2111. P. I S. 9256, 9261 f., 11352; M. V S. 103, 109. P. II Bd. 5 S. 109. D. S. 733.

Wegen der Literatur s. die Angaben bei § 2113. Dazu noch Herold, Die Verfügungen des Vorerben über Grundbuchrechte in Lobes CBl. 8 S. 213.

1. **Abweichungen von der regelmäßigen Stellung des Vorerben durch vom Erblasser angeordnete Befreiungen oder durch von ihm besonders auferlegte Beschränkungen und Verpflichtungen.** Indem der § 2136 eine große Anzahl der in den vorhergehenden Paragraphen aufgeführten Beschränkungen und Verpflichtungen des Vorerben als solche bezeichnet, von denen der Erblasser den Vorerben befreien kann, stellt er die dispositive Natur der meisten jener Vorschriften klar. Zugleich geht aus dem § 2136 hervor, daß das BGB. nicht nur zwei bestimmte Formen der Nacherbeinsetzung zuläßt, die gewöhnliche und die Einsetzung auf den Überrest (§ 2137), sondern daß der Erblasser nach seinem Ermessen durch Befreiung von einzelnen gesetzlichen Schranken Zwischenformen schaffen kann, die seiner konkreten Absicht entsprechen. Die Frage, ob und inwieweit der Erblasser den Vorerben über das gesetzliche Maß hinaus beschränken kann, ist dahin zu beantworten, daß dies nur in demselben Maße und auf demselben Wege zulässig ist, wie jeder andere Erbe beschränkt oder beschwert werden kann, also durch Vermächtnisse, Auflagen und die Ernennung eines Testamentsvollstreckers. Insbesondere kann nach § 2209 (vgl. § 2338 Abs. 1 Satz 2) die Verwaltung vollständig einem Testamentsvollstrecker übertragen werden. Durch ein Vermächtnis zugunsten des Nacherben kann der Erblasser den Vorerben auch zur Herausgabe der während der Dauer der Vorerbschaft gezogenen Nutzungen oder des von diesen Nutzungen Ersparten verpflichten (s. Strohal I § 28 Anm. 8; Dernburg Band. III § 123 Anm. 3).

2. **Die zulässigen Befreiungen.** Die Befreiung ist nach § 2136 zulässig hinsichtlich der Beschränkungen in der Verfügung über Grundstücke und Rechte an solchen (§ 2113 Abs. 1, § 2114) sowie über Inhaberpapiere und Buchforderungen (§§ 2116—2118), hinsichtlich der Anlegung von Geld (§ 2119) und der Feststellung eines Wirtschaftsplans (§ 2123), hinsichtlich der Verpflichtung zur Auskunftserteilung (§ 2127; vgl. aber doch auch die folgende Erl. 3 und Erl. 1 zu § 2138), zur Sicherheitsleistung (§§ 2128, 2129) sowie zur ordnungsmäßigen Verwaltung und Rechenschaft (§ 2130), hinsichtlich der Haftung für die in eigenen Angelegenheiten angewendete Sorgfalt (§ 2131), hinsichtlich des Wertersatzes für ordnungswidrig oder im Übermaße gezogene Früchte (§ 2133) und für die im eigenen Nutzen verwendeten Erbschaftsgegenstände (§ 2134).

Unzulässig ist die Befreiung des Vorerben von den Beschränkungen hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen (§ 2113 Abs. 2) und solcher Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen (§ 2115). Ebensowenig kann der Erblasser den Vorerben von der Verpflichtung befreien, ein Verzeichnis mitzuteilen (§ 2121) und die Feststellung des Zustandes der Erbschaftssachen zu dulden (§ 2122). Auch die Vorschrift des § 2124 Abs. 1, nach welcher der Vorerbe die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen hat, ist im § 2136 nicht unter denjenigen Vorschriften aufgeführt, von welchen der Erblasser den Vorerben befreien kann. Mittelbar ist der Erblasser aber hierzu dadurch imstande, daß er den Vorerben von den Verpflichtungen des § 2130 oder des § 2134 befreit.

Aus der Nichterwähnung des § 2111 in § 2136 ist ferner zu schließen, daß der Erblasser den Vorerben von der zugunsten des Nacherben eintretenden Surrogation nicht befreien kann. Wohl aber kann er durch Anordnung eines Vermächtnisses zugunsten des Vorerben wirksam bestimmen, daß sich die Herausgabepflicht des Vorerben auf bestimmte schon von vornherein oder kraft Surrogation zur Erbschaft gehörende Gegenstände nicht erstrecken soll. In ähnlicher Weise kann der Erblasser dem Vorerben auch die Möglichkeit verschaffen, einzelne unentgeltliche Verfügungen mit Wirksamkeit gegenüber dem Nacherben vorzunehmen. Gestattet der Erblasser dem Vorerben z. B., daß er zur Ausstattung seiner Kinder 10000 Mk. aus dem Stamme der Erbschaft entnehmen dürfe, so wird man hierin je nach den besonderen Umständen ein Vermächtnis zugunsten der Kinder des Vorerben oder ein Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben selbst zu erblicken haben. Die von Hachenburg DNV. 6 S. 330 (vgl. übrigens auch Jastrow Formularbuch 13. Aufl. S. 257) für Fälle solcher Art vertretene Auffassung, daß man es hier mit einer dem Nacherben gemachten Auflage im technischen Sinne zu tun habe, zufolge deren der Nacherbe zur unentgeltlichen Verfügung des Vorerben seine Zustimmung zu erteilen habe, dürfte nicht durchführbar sein. Berechtigte Bedenken gegen Auflagen solcher Art vgl. bei Dernburg V § 161 Anm. 6; dazu wieder Jastrow DNV. 6 S. 103.

Bezüglich der mehrfach aufgeworfenen Frage, ob der Erblasser dem Nacherben gestatten könne, in Ansehung der Vorerbschaft überhaupt oder einzelner zu ihr gehörenden Gegenstände von Todes wegen zu verfügen, ist grundsätzlich zu bemerken, daß die rechtliche Stellung des Nacherben, wenn und soweit es zur Nacherbfolge überhaupt kommt, durch eine vom Vorerben getroffene

Verfügung von Todes wegen völlig unberührt bleibt und daß die Gestattung des Erblassers hieran nichts zu ändern vermag. Eine vom Erblasser ausgesprochene Gestattung der vorerwähnten Art kann aber unter Umständen auch den Sinn haben, daß die Anordnung der Nacherbfolge nur für einen Fall gelten soll, dessen Eintritt ausgeschlossen ist, wenn der Vorerbe in bestimmter Weise testiert (vgl. auch Erl. 4 zu § 2106).

Die Erwähnung von Befreiungen in dem für den Vorerben ausgestellten Erbschein ist im § 2363, abgesehen von den Fällen des § 2137, nicht vorgeschrieben, wird aber für zulässig zu erachten sein.

3. Die Befreiung von der Bestimmung des § 2113 Abs. 1 insbesondere.

a) Grundsätzliches. Schon in Erl. 4 zu § 2113 ist dargelegt worden, daß die im Falle der Eintragung des Vorerben von Amts wegen vorzunehmende Eintragung des Rechtes des Nacherben selbst dann nicht unterbleiben darf, wenn der Vorerbe von der Beschränkung seines Verfügungsrechtes befreit ist. Eine solche Befreiung findet vielmehr nur die Berücksichtigung, daß im bezeichneten Falle außer dem Rechte des Nacherben auch die vom Erblasser zugestandene Befreiung von Amts wegen einzutragen ist. Denkt man sich diese Buchung vollzogen, so verhält es sich hinsichtlich der auf Grund von Verfügungen des befreiten Vorerben vorzunehmenden Eintragungen also: Im Falle der Belastung oder Übertragung eines vorerbschaftlichen Grundstücks oder Grundstücksrechtes durch den Vorerben kann die der Verfügung entsprechende Buchung vorgenommen werden, ohne daß sich das Grundbuchamt auf eine Prüfung der Beschaffenheit des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts einläßt. Die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Nacherben ist durch die vorausgesetzte Eintragung des Rechtes des Nacherben und der dem Vorerben zukommenden Befreiung festgelegt und hängt somit von dem Umfange der Befreiung und, selbst wenn diese in dem vollen überhaupt zulässigen Maße erteilt war, mit Rücksicht darauf, daß der Erblasser den Vorerben von der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 nicht befreien kann, doch noch immer davon ab, ob die Verfügung eine entgeltliche oder eine unentgeltliche ist. Hat der Vorerbe innerhalb der ihm zufolge der Befreiung wirklich zukommenden oder vermöge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs nach § 892 zugunsten des Erwerbers als vorhanden anzunehmenden Verfügungsmacht verfügt, so erweist sich die Verfügung auch dem Nacherben gegenüber als wirksam; war die Verfügung des Vorerben dagegen eine unentgeltliche, so stellt sie sich beim Eintritte der Nacherbfolge als insoweit unwirksam heraus, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Obschon sich derjenige, zu dessen Gunsten die Rechtsänderung eingetragen wird, in aller Regel darüber klar sein wird, ob das für ihn in Betracht kommende Kausalgeschäft im Verhältnis zur Vorerbschaft den Charakter der Entgeltlichkeit oder den der Unentgeltlichkeit hat, so ist doch nicht zu verkennen, daß sich bei der bezeichneten Art der Buchung trotz tatsächlich vorhandener Entgeltlichkeit für die praktische Stellung des eingetragenen Erwerbers (der etwa eine ihm vom befreiten Vorerben bestellte Hypothek oder Grundschuld geltend machen will) und für den weiteren bücherlichen Verkehr eine unerfreuliche Unsicherheit ergibt. Eine Ausschließung bzw. Beseitigung dieser Unsicherheit ist bei der vorausgesetzten Sachlage nur dadurch möglich, daß dem Grundbuchamt zum Zwecke der Buchung eines entsprechenden Vermerks (bei Belastungen) bzw. zur Löschung des eingetragenen Rechtes des Nacherben (bei Übertragungen) entweder die Einwilligung des Nacherben oder doch der Nachweis vorgelegt wird, daß die Verfügung wegen ihrer Entgeltlichkeit (man denke vor allem an ein sich hierauf beziehendes Anerkenntnis des Nacherben; vgl. aber auch S. 460 und S. 462) oder aus anderem Grunde (so z. B. weil sie vom Erblasser angeordnet ist; vgl. OLG. Stuttgart in DNV. 6 S. 684, ferner 7 S. 191) dem Nacherben gegenüber auch ohne dessen Einwilligung wirksam ist. Einem auf Bewilligung des befreiten Vorerben sich stützenden Antrag auf Löschung eines vorerbschaftlichen Rechtes darf das Grundbuchamt, weil dem eingetragenen Rechte des Nacherben sonst präjudiziert sein würde, überhaupt nur entsprechen, wenn eine der vorerwähnten Voraussetzungen (Vorlegung der Einwilligung des Nacherben oder Nachweis der Entbehrlichkeit dieser Einwilligung wegen der Entgeltlichkeit der Verfügung oder aus sonstigem besonderen Grunde) erfüllt ist.

An diesen Ergebnissen wird im wesentlichen auch dadurch nichts geändert, daß der befreite Vorerbe über ein vorerbschaftliches Grundstück oder Grundstücksrecht nach § 41 GBO. verfügt. Liegt nicht eine der bezeichneten Voraussetzungen vor, so wird das Grundbuchamt die Vornahme einer auf Grund der Verfügung des befreiten Vorerben beantragten Löschung schlechthin, die Eintragung einer Übertragung (Belastungen kommen bei einer Verfügung nach § 41

GBO. nicht in Frage) aber dann abzulehnen haben, wenn sie nach dem Antrage erfolgen soll, ohne daß ihr die im § 52 vorgesehene Buchung vorangeht.

b) Ausgestaltung in der Praxis. Die unter a dargelegte Auffassung hat bezüglich der Frage, ob und wie die Entgeltlichkeit der Verfügung des befreiten Vorerben dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen werden könne, in der bisherigen Rechtsprechung, insbesondere in der des KG. und des RG. eine eigenartige Ausgestaltung erfahren. Das KG. hat sich bereits in der E. v. 16. Februar 1903 (vgl. KGJ. 26 S. A 264 = Rspr. 6 S. 320 = RJA. 3 S. 250) auf den Standpunkt gestellt, daß auch der befreite Vorerbe nur unter Zustimmung des Nacherben oder nach vorangegangener Eintragung des Rechtes des Nacherben über ein Nachlaßgrundstück verfügen kann, selbst wenn er eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde über das nach Angabe der Beteiligten der Verfügung zugrunde liegende entgeltliche Kausalgeschäft vorlegt. Dieser vom KG. seitdem festgehaltenen (vgl. Rspr. 9 S. 403, 10 S. 448; KGJ. 30 S. A 261) Auffassung hat sich in dem Beschlusse v. 18. März 1905 (vgl. Recht 1905 S. 256, SeuffA. 60 S. 343) auch das Bayer. ObLG. angeschlossen. Zu einer anderen Auffassung bekannte sich auf Grund der in DJZ. 1906 S. 1348 mitgeteilten sorgfältigen Begründung das OLG. Dresden. Daraufhin fällte das RG. nach GBO. § 79 Abs. 3 die E. v. 12. Juli 1905, Bd. 61 S. 228. Es beantwortete die a. a. O. in der Überschrift gestellte Frage: „Darf auf Grund einer Verfügung des befreiten Vorerben ohne Rücksicht auf das Recht des Nacherben eine Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen werden, oder bedarf es dazu, so oft der Nacherbe in die Verfügung nicht eingewilligt hat, der vorherigen Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben, sowie der Befreiung des Vorerben von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts?" — im Sinne der zweiten Alternative, also in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem Beschlusse des KG. v. 16. Februar 1903. Zur Begründung wird ausgeführt, daß mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln, abgesehen von einer beglaubigten Erklärung des Nacherben, nicht mit Sicherheit festgestellt werden könne, ob eine Verfügung des Vorerben eine entgeltliche oder eine unentgeltliche sei. Denn, selbst wenn eine äußerlich als entgeltlich sich darstellende Verfügung vorliege, sei es nicht ausgeschlossen, daß durch sie in Wirklichkeit eine unentgeltliche Verfügung verdeckt werde. Mit der überaus verantwortlichen Prüfung dieses Punktes dürfe das Grundbuchamt nicht befaßt werden, sondern es müsse die Entscheidung dem Nacherben selbst überlassen und dadurch vorbehalten bleiben, daß dessen Recht in allen Fällen nach GBO. § 52 zur Eintragung gelangt. Allerdings könne das Grundbuchamt von dem besonderen Nachweise der Voraussetzungen einer Eintragung, die nicht in einer Eintragungsbewilligung oder einer sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärung bestehen, soweit absehen, als bei ihm diese Voraussetzungen offenkundig sind (GBO. § 29 Satz 2). Offenkundigkeit der Entgeltlichkeit einer Verfügung werde aber kaum jemals in Betracht kommen und könne insbesondere nicht aus dem allgemeinen Erfahrungssatze entnommen werden, daß Grundstücke und Grundstücksrechte nicht verschenkt zu werden pflegen; es gehe deshalb auch nicht an (mit dem OLG. Dresden), die Entgeltlichkeit der getroffenen Verfügung schon deswegen anzunehmen, weil nicht das Gegenteil aus den von den Beteiligten abgegebenen Erklärungen ersichtlich ist.

Bezüglich der vom befreiten Vorerben bewilligten Löschung eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes hat das KG. seinen grundsätzlichen Standpunkt in der E. v. 1. Mai 1905 (KGJ. 30 S. A 261 = RJA. 6 S. 69; etwas anderes noch KGJ. 25 S. A 278 = Rspr. 6 S. 324) dahin zum Ausdruck gebracht, daß es dazu stets der Zustimmung des Nacherben bedarf (vgl. auch KGJ. 33 S. A 178). In einem im Beschwerdewege an das Bayer. ObLG. gelangten Falle, wo es sich gleichfalls um die Löschung eines vorerbschaftlichen Rechtes handelte, war das genannte Gericht (Beschl. v. 28. Dezember 1906 in SeuffBl. 72 S. 102) geneigt, zur Frage eine andere Stellung zu nehmen, sah sich jedoch an der eigenen Entscheidung sowohl durch die Praxis des KG. als auch durch die vorerwähnte RGE. v. 12. Juli 1905 behindert. So kam es zur RGE. v. 23. Februar 1907, in JW. 1907 S. 212 ff. = Bd. 65 S. 214 ff. Ihr wesentlicher Inhalt ist, daß auf Grund der Verfügung des befreiten Vorerben die Löschung eines eingetragenen vorerbschaftlichen Rechtes, speziell einer Hypothek nur erfolgen kann, wenn feststeht, daß die Löschung keine unentgeltliche ist oder wenn die Einwilligung des Nacherben beigebracht wird, ferner (in Übereinstimmung mit der E. in Bd. 61 S. 228), daß der (abgesehen von dem hier nicht praktisch werdenden Falle von GBO. § 29 Satz 2) zu erbringende Nachweis des Nichtvorliegens einer Unentgeltlichkeit dem Grund-

buchamt gegenüber mit der erforderlichen Zuverlässigkeit nur durch die Beibringung einer die Entgeltlichkeit und damit zugleich die Wirksamkeit der Verfügung ihm gegenüber anerkennenden beglaubigten Erklärung des Nacherben erbracht werden könne (vgl. dazu auch KG. 33 S. A 43 = Rspr. 14 S. 297, wonach ein solches für den Nacherben von einem Pfleger gemachtes „Zugeständnis" im Gegensatz zur Erteilung einer materiellrechtlichen Zustimmung — vgl. KG. in Rspr. 14 S. 299 = RJA. 7 S. 268 — nicht der vormundschaftlichen Genehmigung, auch nicht der nach § 1822 Nr. 13 bedarf).

Ganz besonders bemerkenswert ist die vom RG. zur E. v. 23. Februar 1907 gegebene Begründung aber noch insofern, als sie sich auch über die grundbuchrechtliche Behandlung derjenigen Verfügungen ausspricht, welche etwa der Inhaber der elterlichen Gewalt oder der Vormund in Vertretung des Kindes hinsichtlich der zum Kindesvermögen gehörenden Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden (vgl. § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 2, aber auch § 1822 Nr. 13) oder der Testamentsvollstrecker in Ansehung der zum Nachlaß gehörenden Grundstücke und Grundstücksrechte trifft. Auch der Inhaber der elterlichen Gewalt sowie der Vormund können in Vertretung des Kindes nach §§ 1641, 1804 grundsätzlich keine Schenkungen machen, und auch der Testamentsvollstrecker ist grundsätzlich zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt (§ 2205). Soll das Grundbuchamt auch hier zur Vornahme der auf Grund der Verfügungen eines solchen Verwalters eines fremden Vermögens beantragten Buchungen nur schreiten dürfen, wenn das Nichtvorhandensein einer die Wirksamkeit der Verfügung ausschließenden Unentgeltlichkeit durch ein dem Grundbuchamt vorgelegtes Anerkenntnis des zu diesem Zwecke für das Kind bestellten Pflegers oder (im Falle der Testamentsvollstreckung) des Erben dargetan ist? Das RG. lehnt diese Konsequenz nachdrücklich ab. Denn bei den grundbuchlichen Verfügungen der genannten Verwalter eines fremden Vermögens handle es sich für das Grundbuchamt „lediglich um eine Frage der Legitimationsprüfung", wobei nicht ausschließlich urkundliche Beweise zu erfordern seien, sondern „auch allgemeine, feststehende Erfahrungssätze", deren Nichtbeachtung eine Lahmlegung des Grundbuchverkehrs zur Folge haben müßte, berücksichtigt werden müssen. Da nun die genannten Verwalter erfahrungsgemäß in den seltensten Fällen unentgeltliche Verfügungen zum Nachteil der Herren der verwalteten Vermögen vornehmen, so werden hier die Erklärungen der Beteiligten, daß die in Frage kommende Verfügung keine unentgeltliche sei, vom Grundbuchamt als wahr zu erachten sein, dafern nicht besondere Umstände einen bestimmten Anhalt für die Annahme des Gegenteils bieten. Bei der Beurteilung der Verfügungen des befreiten Vorerben verhalte es sich dagegen deswegen anders, weil das Gesetz den Nacherben gegen unentgeltliche Verfügungen des befreiten Vorerben über zur Erbschaft gehörende Grundstücke und Grundstücksrechte durch die Vorschrift des § 52 GBO. besonders schützen wollte. Bezüglich der neuesten RGE. v. 9. November 1907 vgl. weiter unten S. 463.

c) **Würdigung** der Auffassung des RG. Die hiermit charakterisierte Praxis des KG. und des RG. hat eine sehr lebhafte Gegenströmung hervorgerufen, die in der bereits bei § 2113 angeführten, zum Teil sehr beachtlichen und lehrreichen Literatur ihren Ausdruck findet. Soweit sich der Widerspruch einzelner Schriftsteller dagegen wendet, daß im Falle der Nacherbfolge unter dem durch eine Eintragung betroffenen Erben im Sinne des § 41 GBO. nur der Vorerbe und der Nacherbe zusammen zu verstehen sei (so KG. 26 S. A 264), erledigt sich derselbe durch die RGE. v. 23. Februar 1907 (vgl. darüber E. 4e zu § 2113). Sodann hat das RG. einen wesentlichen Angriffspunkt, den dessen Haltung in unserer Frage zunächst zu bieten schien, dadurch beseitigt, daß es in der E. vom 23. Februar 1907 seinen Standpunkt bezüglich der Beurteilung der grundbuchlichen Verfügungen der Verwalter eines fremden Vermögens in der oben angegebenen Weise fixierte. Nach dieser Richtung ist die erwähnte RGE. als höchst erfreulich, ja man darf fast sagen, als erlösend zu begrüßen. Nicht in gleichem Maße überzeugend ist dagegen die Begründung der vom RG. hinsichtlich der grundbuchlichen Verfügungen des befreiten Vorerben vertretenen Auffassung (vgl. auch Weber DNV. 7 S. 475 ff.). Hierüber folgendes:

α) In den in der namhaft gemachten Literatur gegen den Standpunkt des RG. gerichteten Ausführungen wird entweder gar nicht oder doch nicht hinreichend beachtet, daß die Verhältnisse bei grundbuchlichen Verfügungen des befreiten Vorerben nach zwei Richtungen hin allerdings anders liegen, als bei solchen Verfügungen der Verwalter eines fremden Vermögens.

aa) Wird auf Grund der Verfügung des Verwalters eines fremden Vermögens eine Buchung überhaupt vorgenommen, so stellt sie sich äußerlich notwendig als eine dem Herrn des

Vermögens gegenüber wirksame dar. Auf Grund der Verfügungen des befreiten Vorerben sind dagegen, soweit es sich nicht um eine Löschung handelt, Buchungen möglich, welche die Frage der Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Nacherben offen lassen. Dies beruht darauf, daß das Grundbuch nach Vornahme der in § 52 GBO. vorgesehenen Eintragung selbst für Buchungen auf Grund unentgeltlicher Verfügungen nicht gesperrt ist. Daraus allein, daß im vorausgesetzten Falle auf Grund der Verfügung des befreiten Vorerben eine Buchung vorgenommen worden ist, kann sich daher auch noch nicht ergeben, daß die der Buchung zugrunde liegende Verfügung dem Nacherben gegenüber wirksam ist. Dazu kommt die grundbuchrechtliche Schwierigkeit, daß die GBO. keine Vorschriften darüber enthält, in welcher Weise die auf Grund entgeltlicher Verfügungen des befreiten Vorerben vorzunehmenden Buchungen von den auf Grund unentgeltlicher Verfügungen vorzunehmenden differenziert werden sollen. Bei vollständiger Übertragung eines vorerbschaftlichen Rechtes kann man zwar daran denken, daß das Grundbuchamt mit Rücksicht auf die von ihm (auch ohne Anerkenntnis des Nacherben) als nachgewiesen erachtete Wirksamkeit der Verfügung gegenüber dem Nacherben das eingetragene Recht des Nacherben bei der Buchung der Übertragung wieder zur Löschung bringt. Noch unsicherer ist die Antwort darauf, wodurch sich die Buchung einer entgeltlichen und deshalb dem Nacherben gegenüber wirksamen Belastung eines vorerbschaftlichen Grundstücks oder Grundstücksrechtes von der Buchung einer unentgeltlichen (oder bezüglich ihrer Entgeltlichkeit zweifelhaften) Belastung abheben soll und ob (eventuell wie) die vom Erwerber in dieser Beziehung angestrebte Eintragung ohne Mitwirkung des Nacherben erreicht werden kann. Diesen wesentlich grundbuchtechnischen Fragen kann hier nicht weiter nachgegangen werden. Doch ist zu konstatieren, daß die bezeichneten formellen Schwierigkeiten bei der Buchung von als entgeltlich anzunehmenden Verfügungen, die der befreite Vorerbe nach § 41 GBO. trifft, nicht vorhanden sind und bei der Vornahme der vom befreiten Vorerben unter hinreichender Liquidstellung der Entgeltlichkeit des zugrunde liegenden Geschäfts bewilligten Löschungen selbst dann nicht, wenn die in § 52 GBO. vorgesehene Eintragung bereits erfolgt war.

bb) Der Verwalter eines fremden Vermögens, insbesondere der Testamentsvollstrecker ist (ganz abgesehen von seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit) wegen der von ihm in der fremden Vermögenssphäre vorgenommenen Verfügungen auskunftspflichtig (vgl. §§ 1681. 1890, 2218) und wegen jeder Pflichtverletzung zivilrechtlich verantwortlich. Die Gefahr einer vom Verwalter des fremden Vermögens zum Nachteil des Herrn desselben vorgenommenen unentgeltlichen Verfügung tritt hierdurch noch mehr zurück.

Mit einer ganz anderen Sachlage hat man es zu tun, wenn grundbuchliche Verfügungen des befreiten Vorerben in Frage kommen. Dies hängt damit zusammen, daß die Befreiung des Vorerben regelmäßig so weit reicht, als sie nach § 2136 überhaupt zulässig ist. Trifft aber dies zu, so kann der Nacherbe dem Vorerben wegen dessen Gebaren nur mehr nach § 2138 Abs. 2 verantwortlich machen und entfällt auch grundsätzlich jede Auskunftspflicht des Vorerben wegen der von ihm vorgenommenen Verfügungen. Daraus ergibt sich, daß für das Grundbuchamt bei den auf Grund von Verfügungen des befreiten Vorerben vorzunehmenden Buchungen, ganz abgesehen von den unter aa hervorgehobenen formellen Schwierigkeiten, eine größere Zurückhaltung geboten ist als bei Buchungen auf Grund von Verfügungen des Verwalters eines fremden Vermögens. Denn es ist klar, daß sich der Nacherbe, wenn auf Grund einer Verfügung des befreiten Vorerben ohne vollständige Offenlegung des zugrunde liegenden Geschäftes eine dem Nacherben gegenüber als wirksam sich darstellende Buchung erfolgte, in überaus schwieriger Lage befände. Die rechtliche Möglichkeit der Bestreitung der Wirksamkeit der Verfügung (soweit sie nicht bereits infolge des Eingreifens der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gedeckt ist) wegen ihrer Unentgeltlichkeit sowie die Geltendmachung des im § 2138 Abs. 2 bezeichneten Schadensersatzanspruchs würde dem Nacherben zwar offen bleiben (vgl. dazu auch Brachvogel bei Gruch. 51 S. 311ff.). Allein den ihm nach allgemeinen Beweisgrundsätzen obliegenden Beweis der Unentgeltlichkeit (vgl. Kretzschmar a. a. O.) würde er in den seltensten Fällen führen können, zumal wenn die Unentgeltlichkeit geschickt verdeckt ist. Nach den für die Stellung des in der vorausgesetzten Weise befreiten Vorerben maßgebenden Grundsätzen würde der Nacherbe kein Recht darauf haben, vom Vorerben Auskunft über das der Verfügung zugrunde liegende Kaufalgeschäft, insbesondere darüber zu verlangen, ob überhaupt und welche Surrogate infolge der Verfügung in die Erbschaft getreten sind und ob diese Surrogate nicht vielleicht durch Gegenstände (Grundstücke oder Grundstücksrechte) gebildet werden, bezüglich deren § 52 GBO.

Anwendung findet. Er würde im Wege des Verlangens auf Auskunftserteilung also auch keine Anhaltspunkte darüber gewinnen können, ob die Verfügung nicht bloß fiduziarischer Natur ist, ob nicht ein negotium mixtum cum donatione vorliegt, oder ob die Entgeltlichkeit des zugrunde liegenden Geschäfts nicht so geartet ist, daß sie im Verhältnis zum Nacherben der Unentgeltlichkeit deswegen gleichsteht, weil z. B. das für ein erbschaftliches Grundstück zu entrichtende Entgelt an einen Dritten zu leisten ist, dem der Vorerbe in dieser Weise eine unentgeltliche Zuwendung macht.

Eine derartige Schutzlosigkeit des Nacherben gegenüber dem befreiten Vorerben hat aber das Gesetz, soweit Verfügungen über Grundstücke und Grundstücksrechte in Frage kommen (vgl. im übrigen Erl. 1 zu § 2138), nicht sanktionieren wollen. Sie ist durch § 52 GBO. ausgeschlossen. Der Zweck dieser Vorschrift erschöpft sich bei der befreiten Vorerbschaft keineswegs darin, dem Nacherben in dem Falle, daß der Vorerbe im Grundbuch eingetragen ist, gegen die Beeinträchtigung durch die Zwangsverfügungen des § 2115 und gegen die wirksame Vornahme von Verfügungen, die der Vorerbe nach der Beendigung seines Rechtes vornimmt, zu sichern (so Brachvogel bei Gruch. Bd. 50 S. 74; Weber DNV. 6 S. 633; OLG. Dresden in DJZ. 1906 S. 1343). Das Gegenteil ergibt sich daraus, daß nach § 52 GBO. für den Fall der Eintragung des Rechtes des Vorerben außer dem Rechte des Nacherben auch die dem Vorerben zukommende Befreiung von Amts wegen einzutragen ist. Ein sehr wesentlicher Zweck dieser letzteren Eintragung besteht offenbar darin, demjenigen, welcher auf Grund der Verfügung des befreiten Vorerben einen Erwerb macht, den nach Maßgabe der Sachlage möglichen Schutz selbst dann zu gewähren, wenn dem Grundbuchamt nicht hinreichend liquid gestellt ist, daß die Verfügung, auf Grund deren die Buchung einer Belastung oder Übertragung stattgefunden hat, wegen ihrer Entgeltlichkeit (oder aus anderem Grunde) auch dem Nacherben gegenüber wirksam ist. Danach ist also im Gesetze selbst die Eventualität vorgesehen, daß die wegen nicht hinreichend liquider Entgeltlichkeit vorerst zweifelhaft gebliebene Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben hinterher dem Nacherben gegenüber erwiesen werden muß.

Trotz dem Gesagten dürfte es aber über die Absicht des Gesetzes hinausgehen, wenn das RG. den Gegensatz zwischen den beiden im vorhergehenden einander gegenübergestellten Gruppen von Fällen dahin zuspitzt, daß eine lediglich dem Grundbuchamt gegenüber stattfindende Liquidstellung der Entgeltlichkeit hinsichtlich der Verfügungen des Verwalters eines fremden Vermögens, insbesondere des Testamentsvollstreckers zwar unbedenklich zulässig, bei Verfügungen des befreiten Vorerben dagegen schlechthin ausgeschlossen sein soll.

β) Das am Schluß von α ausgesprochene Bedenken ist jetzt noch weiter auszuführen:

aa) In den M. V S. 131 wird die Möglichkeit der Liquidstellung der Entgeltlichkeit gegenüber dem Grundbuchamt, und zwar insbesondere in den Fällen des jetzigen § 41 GBO., als selbstverständlich vorausgesetzt und in dieser Beziehung auf die GBO. verwiesen. Nun enthält freilich die GBO. eine den fraglichen Punkt betreffende besondere Bestimmung nicht. Doch kann weder daraus noch aus der Aufnahme des jetzigen § 52 GBO. der Schluß gezogen werden, daß jene in den M. als zulässig anerkannte Liquidstellung schließlich doch ausgeschlossen werden sollte. Denn der Inhalt des § 52 GBO. deckt sich mit dem bereits im E. I enthaltenen § 1826 und mit dem in M. I S. 131 aufgestellten weiteren Postulate, daß im Falle der befreiten Vorerbschaft auch die Verfügungsfreiheit des Vorerben in der Eintragung Ausdruck zu finden habe. Dies hat aber die M. a. a. O. nicht gehindert, doch auch die vorerwähnte Möglichkeit ins Auge zu fassen. Aus dem Mangel einer die Liquidstellung der Entgeltlichkeit gegenüber dem Grundbuchamt betreffenden besonderen Vorschrift darf ein Schluß auf die Unzulässigkeit einer solchen Liquidstellung schon deshalb nicht gezogen werden, weil sich sonst unüberwindbare Schwierigkeiten bei den auf Grund von Verfügungen der Verwalter eines fremden Vermögens, insbesondere solcher eines Testamentsvollstreckers, vorzunehmenden Buchungen ergeben würden.

bb) Ein absolut sicherer Nachweis der Entgeltlichkeit des einer Verfügung zugrunde liegenden Kaufgeschäftes kann mit den im Grundbuchverfahren zur Verfügung stehenden Beweismitteln allerdings nicht geführt werden. Allein es ist nicht einzusehen, warum die Berücksichtigung der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Beurteilung von Verfügungen des befreiten Vorerben nicht ebensogut zulässig sein soll wie bei den Verfügungen des Verwalters eines fremden Vermögens. Wenn schon, wie oben zugegeben wurde, bei der grundbuchrechtlichen Behandlung der Verfügungen des befreiten Vorerben eine größere Vorsicht geboten ist, als z. B. bei der Behandlung der Verfügungen eines Testamentsvollstreckers, so entfällt doch die aus der oben (α bb)

dargelegten Sachlage für den Nacherben sich ergebende Gefahr dann, wenn der Vorerbe zum Zwecke der Liquidstellung der Entgeltlichkeit seiner Verfügung das ihr zugrunde liegende Kausalgeschäft vollständig offen legt, die hierüber errichtete (der in § 29 GBO. verlangten, eventuell der nach BGB. erforderlichen strengeren Form entsprechende) Urkunde dem Grundbuchamt zur Aufbewahrung übergibt und er sowie die übrigen Beteiligten zugleich versichern, daß sich hinter dem Geschäfte keine unentgeltliche Verfügung verberge. Wird dieser Anforderung entsprochen und ergibt sich weder aus dem Inhalt der vorgelegten Urkunde noch aus sonstigen Umständen ein Bedenken, so dürfte hierdurch für das Grundbuchamt doch wohl eine zureichende Unterlage für die Annahme der Entgeltlichkeit gegeben sein und zwar umsomehr, als der befreite Vorerbe unter den bezeichneten Voraussetzungen doch offenbar ein viel größeres Interesse an der Vornahme einer entgeltlichen als einer unentgeltlichen Verfügung hat. Denn während er in jenem Falle das erlangte Entgelt grundsätzlich ohne jede Verantwortlichkeit für seine persönlichen Zwecke verwenden kann, muß ihn von der Vornahme einer durch den Schein der Entgeltlichkeit verdeckten unentgeltlichen Verfügung die durch die vollständige Offenlegung des Kausalgeschäftes leicht möglich gemachte Aufdeckung des wahren Sachverhalts, die ihn treffende straf- und zivilrechtliche (§ 2138 Abs. 2) Verantwortlichkeit, die aus § 2113 Abs. 2 i. V. m. § 2136 sich ergebende Unwirksamkeit der Verfügung und der Mangel jedes vernünftigen praktischen Interesses abhalten.

cc) Wie es bei den auf Grund der grundbuchlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers vorzunehmenden Buchungen eine Frage der Legitimationsprüfung bildet, daß der Verfügung nicht eine unzulässige Unentgeltlichkeit zugrunde liegt (vgl. RG. v. 23. Februar 1907), so handelt es sich um genau dieselbe Frage, wenn auf Grund der Verfügung des befreiten Vorerben eine äußerlich als dem Nacherben gegenüber wirksam sich darstellende Buchung (und dies trifft jedenfalls immer dann zu, wenn der befreite Vorerbe nach § 41 GBO. verfügt) angestrebt wird, nur mit dem Unterschiede, daß derjenige, mit Rücksicht auf welchen die bezeichnete Prüfung der Legitimation des Verfügenden stattzufinden hat, dort schon der gegenwärtige Herr der Erbschaft ist, während mit ihm (dem Nacherben) hier nur als deren eventuellem künftigen Herrn zu rechnen ist.

dd) Wird durchgehends darauf bestanden, daß der befreite Vorerbe den Nachweis der Entgeltlichkeit der von ihm vorgenommenen grundbuchlichen Verfügungen dem Nacherben gegenüber führen müsse, so werden hierdurch Kosten und Weiterungen verursacht, die oft ganz außer Verhältnis zu dem erstrebten Zwecke stehen, so daß dem Vorerben die Ausübung der ihm eingeräumten Verfügungsmacht, der zweifellosen Absicht des Erblassers zuwider, wesentlich verschränkt ist (vgl. auch Predari S. 641). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß es überall dort, wo der Nacherbe (bzw. dessen Pfleger) die vom Vorerben behauptete Entgeltlichkeit nicht anerkennen will, zur Führung von unerfreulichen Prozessen kommen muß (s. dazu OLG. Dresden v. 21. September 1907 an dem unten bei ee a. O.), bei denen den eigentlichen Gegenstand des Streites nicht etwa das, abgesehen vom Falle des (übrigens auf den nicht befreiten Vorerben zugeschnittenen) § 2120, rechtlich garnicht begründete Verlangen des Vorerben auf Erteilung einer materiellrechtlichen Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung i. S. des § 182) des Nacherben zur Verfügung sondern lediglich die Frage bildet, ob die vom befreiten Vorerben vorgenommene Verfügung eine entgeltliche und deshalb dem Nacherben gegenüber wirksame ist. Dazu kommt noch, daß der Nacherbe dadurch, daß der Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung ihm gegenüber geführt wird, eine größere materielle Garantie, als er sie bei der unter bb bezeichneten Behandlung erlangen würde, doch nicht erhält. Man denke nur z. B. daran, daß die Rückzahlung einer zur Erbschaft gehörenden hypothekarisch versicherten Forderung in Frage steht. Welcher Vorteil soll hier dem Nacherben daraus erwachsen, daß die beantragte Löschung der Hypothek nicht schon auf Grund der vom befreiten Vorerben ausgestellten und dasjenige, was zum Zwecke der Tilgung geleistet worden ist, genau bezeichnenden Quittung und auf Grund der Versicherung der Beteiligten, daß die Angaben der Quittung der Wahrheit entsprechen, sondern erst auf Grund des dem Nacherben gelieferten Nachweises des wirklichen Empfangs des Geleisteten stattfinden darf? In beiden Fällen gleichmäßig muß der Vorerbe gegen sich gelten lassen, daß an die Stelle der bisher zur Erbschaft gehörenden hypothekarisch versicherten Forderung der in der Quittung als empfangen bestätigte Geldbetrag (oder der sonstige daselbst angegebene Gegenwert) getreten ist. Ebensowenig wie im ersten Falle ist aber der Nacherbe im zweiten Falle gegen die Möglichkeit gesichert, daß von dem fraglichen Kapital zur Zeit des Eintrittes der Nacherbfolge nichts mehr vorhanden ist. Selbst wenn die

Rückzahlung der Hypothekenforderung vor den Augen des Nacherben erfolgt ist, so kann der in der vorausgesetzten Weise befreite Vorerbe den empfangenen Kapitalsbetrag doch wenige Augenblicke später herausgaben, ohne daß ihn deswegen eine andere als die im § 2138 Abs. 2 bestimmte Haftung träfe.

ee) Es ist endlich noch darauf hinzuweisen, daß eine konsequente Durchführung des Standpunktes, gegen welchen sich diese Ausführungen richten, kaum möglich ist. Dies tritt besonders in Fällen hervor, in denen die für die Verfügung des befreiten Vorerben über ein vorerbschaftliches Grundstück oder Grundstücksrecht zu bewirkende Gegenleistung durch ein nach § 2111 in die Erbschaft fallendes Grundstück oder Grundstücksrecht gebildet wird, und wo mit dem Antrag auf Vornahme der der Verfügung des Vorerben entsprechenden Buchung zugleich auch der weitere Antrag auf Buchung des vom Vorerben zu erwerbenden Rechtes unter Wahrung des Rechtes des Nacherben verbunden wird. Ein interessanter Fall dieser Art wurde jüngst vom OLG. Dresden auf Grund des Beschlusses v. 21. September 1907 nach GBO. § 79 Abs. 2 dem RG. vorgelegt. Es handelte sich dabei darum, daß ein befreiter Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück um einen zum Teil bar bezahlten, hinsichtlich des Restes durch Hypothekbestellung auf dem verkauften Grundstück sicher zu stellenden Kaufpreis veräußert, außerdem aber auch noch die Verpflichtung zur Löschung einer auf dem verkauften Grundstück für einen Dritten eingetragenen Hypothek übernommen hatte. Auf Grund der vorgenommenen Verfügungen erfolgte die Eintragung des Käufers als Eigentümer, nachdem vorher die in § 52 GBO. vorgesehene Eintragung vorgenommen worden war, ferner die Eintragung der Restkaufgeldhypothek zugunsten des Vorerben. Schwierigkeit bereitete dagegen die beantragte Löschung der Hypothek des Dritten, wegen der hinter deren Bewilligung durch den befreiten Vorerben sich vielleicht doch verbergenden unentgeltlichen Verfügung über die zur Erbschaft gehörende Eigentümerhypothek. Im Gegensatz zu den Vorinstanzen hielt das OLG. Dresden die Entgeltlichkeit der Löschung für außer Zweifel stehend und deren Vornahme deshalb für zulässig (vgl. die sehr beachtenswerte Begründung in Lobes CBl. 8 S 554 f.). Das RG. (E. v. 9. November 1907) nahm die Voraussetzung von GBO. § 79 Abs. 2 nicht als gegeben an, gelangte aber mit Rücksicht auf die Eigenart des Falles doch zu demselben praktischen Ergebnisse wie das OLG. Dresden: Denn ebenso, wie von der Einwilligung des Nacherben in eine Verfügung des befreiten Vorerben dann Abstand genommen werden könne, wenn offenkundig sei, daß eine Unentgeltlichkeit nicht in Frage komme (RG. v. 23. Februar 1907), so könne es auch gehalten werden, wenn die Löschung, um die es sich handelt, sich offenbar als auf einer kaufvertragsmäßigen Nebenverpflichtung beruhend darstelle; auch sei die Vornahme der Löschung im vorliegenden Falle um so unbedenklicher, als das Recht des Nacherben bezüglich des Grundstücks selbst ohnedies gewahrt sei (vgl. übrigens die genauere Begründung a. a. O.). Obschon das RG. seinen bisherigen grundsätzlichen Standpunkt in unserer Frage hierdurch nicht aufgibt, so schlägt es durch die eben erwähnte Entscheidung doch bereits eine Brücke zu derjenigen Auffassung, welche im vorhergehenden vertreten worden ist.

d) Der befreite Vorerbe als Testamentsvollstrecker. Aus Anlaß der Rechtsprechung des RG. ist man in der Kautelarjurisprudenz zu dem Vorschlage gelangt (vgl. besonders Doehl a. a. O.), der Erblasser solle den befreiten Vorerben, um ihm die ungehinderte Ausübung der ihm materiellrechtlich zukommenden Verfügungsmacht zu ermöglichen, zugleich zum Testamentsvollstrecker ernennen und als solchen bis zum Eintritte der Nacherbfolge insbesondere auch mit der Ausübung des Rechtes des Nacherben betrauen (§ 2222). Vgl. aber gegen diesen aus verschiedenen Gründen bedenklichen Lösungsversuch bereits KG. v. 11. Oktober 1906 in SeuffA. 62 S. 239.

4. Vermächtnis statt Nacherbfolge mit befreiter Vorerbschaft. Zweifellos ist, daß der Erblasser einen demjenigen Erfolg, welcher durch Einsetzung eines Nacherben, dem ein befreiter Vorerbe vorangeht, erzielt wird, in manchen Beziehungen ähnlichen Erfolg auch auf dem Wege der Erbeinsetzung in Verbindung mit einer Vermächtnisverfügung, zufolge deren der Erbe die zu einer bestimmten Zeit noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände (oder deren Wert) einem anderen nach vermächtnisrechtlichen Grundsätzen herausgeben soll (vgl. dazu die bei § 2113 bezeichneten Ausführungen von Jastrow und Schreiber), erreichen kann. Allein nicht minder gewiß ist, daß sich bei einer derartigen Verwendung der Rechtsform des Vermächtnisses (besonders wegen des Umstandes, daß nach dem BGB. von einem Universalvermächtnis im Sinne des gemeinen Rechtes keinesfalls die Rede sein kann) leicht Ergebnisse herausstellen können, die

§. 2137. Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird, so gilt die Befreiung von allen im §. 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet.

Das Gleiche ist im Zweifel anzunehmen, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll.

---

der wirklichen Absicht des Erblassers durchaus nicht entsprechen und bei Anordnung einer befreiten Vorerbschaft vermieden werden (vgl. dazu §§ 2111, 2115, 2139; s. auch § 2102 Abs. 1; KO. § 128; endlich § 2174).

§ 2137.

E. I §§ 1839, 1841; II § 2009 rev. § 2114; III § 2112. P. I S. 9317 ff.; M. V S. 129 f., 132. P. II Bd. 5 S. 150 ff. D. S. 733.

Einsetzung des Nacherben auf den Überrest.

1. Voraussetzungen. Die Einsetzung des Nacherben auf den Überrest entspricht dem römischen und gemeinrechtlichen — und in seinem Grundgedanken auch von den neueren Gesetzgebungen aufgenommenen fideicommissum eius quod supererit (Dernburg, Pand. III § 123; vgl. auch preuß. ALR. I 12 §§ 468 ff., sächs. GB. §§ 2522 ff.). Es liegt nach dem BGB. immer vor, wenn der Erblasser dem Vorerben alle nach § 2136 überhaupt zulässigen Befreiungen erteilt hat. Auf der anderen Seite gelten alle diese Befreiungen als vom Erblasser angeordnet, wenn er den Nacherben auf dasjenige eingesetzt hat, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird (Abs. 1). Die Vorschrift ist ein Dispositivsatz, der Erblasser muß daher, wenn er einzelne Befreiungen nicht will, seinen abweichenden Willen in der letztwilligen Verfügung aussprechen. Einen etwas anderen Charakter hat die Vorschrift des Abs. 2. Denn sie bestimmt in der Form der Auslegungsregel (in diesem Punkte anders das sächs. GB. § 2522, das im übrigen vorbildlich gewesen ist), daß die Befreiung des Vorerben in dem nach § 2136 überhaupt zulässigen Umfange im Zweifel auch dann als erteilt anzunehmen ist, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll. In diesem Falle kann daher schon im Wege der Auslegung ermittelt werden, daß die Befreiung nur in beschränkterem Umfang erteilt werden wollte. In der bloßen Einräumung des freien „Verwaltungsrechtes" ist eine Ermächtigung des Vorerben zur freien Verfügung über die Erbschaft noch nicht zu erblicken (RSpr. 6 S. 324).

2. Rechtliche Stellung des (im Sinne von Erl. 1) **befreiten Vorerben.** Sie wird zum Teil erst durch § 2138 bestimmt. Schon hier ist jedoch zu bemerken, daß diejenigen Beschränkungen und Verpflichtungen, welche im § 2136 nicht aufgeführt sind, für den Vorerben auch bei einer Nacherbeinsetzung auf den Überrest bestehen. Insbesondere gilt, was wegen der Abweichung von dem bisherigen, namentlich dem preuß. Rechte (vgl. Dernburg preuß. PrivR. III § 160) hervorzuheben ist, auch hier die Verpflichtung zur Mitteilung eines Verzeichnisses (§ 2121) und der Satz, daß die Gläubiger des Vorerben die Erbschaft nicht zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen können (§ 2115). Verfällt der Vorerbe in Konkurs, so gilt das im § 2115 und in KO. § 128 bezüglich der Verfügungen des Konkursverwalters Bestimmte auch hier (vgl. Erl. 2 zu § 2115). Mit dem Eintritte der Nacherbfolge wird der Nacherbe aussonderungsberechtigt. Anders RG. 36 S. 123 in einem altrechtlichen Falle, wo die zu einem Fideikommiß auf den Überrest gehörenden Gegenstände behufs Befriedigung der Konkursgläubiger zur Konkursmasse des Fiduziars gezogen werden. Nach dem BGB. ist eine solche Behandlung zweifellos ausgeschlossen. Wegen der unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben s. Erl. 3 zu § 2138. Der Hauptfall der Nacherbeinsetzung auf den Überrest wird wie bisher das Testament eines Ehegatten sein, in welchem der überlebende Ehegatte als Vorerbe und die gemeinschaftlichen Kinder oder sonstige Verwandte als Nacherben eingesetzt werden. Zu beachten ist jedoch, daß das BGB. im § 2269 Abs. 1 für gemeinschaftliche Testamente eine Vorschrift gibt, nach welcher derartigen letztwilligen Verfügungen im Zweifel eine andere rechtliche Konstruktion unterzulegen ist.

3. Für den Fall der Einsetzung eines Nacherben auf den Überrest ist in § 2363 ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Befreiung in dem dem Vorerben erteilten Erbscheine angegeben werde. Wegen der Eintragung der Befreiung des Vorerben im Grundbuch nach § 52 GBO. vgl. Erl. 3 zu § 2136.

§. 2138. Die Herausgabepflicht des Vorerben beschränkt sich in den Fällen des §. 2137 auf die bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände. Für Verwendungen auf Gegenstände, die er in Folge dieser Beschränkung nicht herauszugeben hat, kann er nicht Ersatz verlangen.

Hat der Vorerbe der Vorschrift des §. 2113 Abs. 2 zuwider über einen Erbschaftsgegenstand verfügt oder hat er die Erbschaft in der Absicht, den Nacherben zu benachtheiligen, vermindert, so ist er dem Nacherben zum Schadensersatze verpflichtet.

---

§ 2138.

E. I § 1840; II § 2010 rev. § 2115; III § 2113. P. I S. 9317 ff., 9326 ff., 11424, 12238; M. V S. 130 ff. P. II Bd. 5 S. 150 ff. StB. S. 899 f.

Umfang der Herausgabepflicht des (nach § 2137) befreiten Vorerben.

1. Allgemeines. Der § 2138 ergänzt den § 2137, indem er für die dort vorgesehenen Fälle der Einsetzung des Nacherben auf den Überrest und der Ermächtigung des Vorerben zur freien Verfügung neben der wesentlich negativen Vorschrift des § 2137 einige positive Bestimmungen trifft. Zunächst wird im Abs. 1 Satz 1 die Herausgabepflicht des Vorerben dahin begrenzt, daß sie sich nur auf die zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge bei dem Vorerben noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände erstreckt. Hierunter fällt nur, was zum Stamme der Erbschaft gehört; Ersparnisse aus den Nutzungen verbleiben dem Vorerben, wenn nicht der Erblasser eine abweichende Bestimmung getroffen hat (vgl. Erl. 1 zu § 2136). Die für die gewöhnliche Vorerbschaft geltenden Surrogationsgrundsätze (§ 2111) gelangen auch hier zur Anwendung, wie dies bereits für das bisherige Recht anerkannt war. (RG. 7 S. 210, vgl. M. V S. 130, P. II Bd. 5 S. 155). Dagegen ist der Vorerbe dem Nacherben nicht für die Verwaltung verantwortlich, vielmehr muß letzterer die Erbschaftsgegenstände in dem Zustand übernehmen, in welchem sie sich befinden. Der Nacherbe hat auch, soweit nicht Abs. 2 (vgl. Erl. 3, 4) eingreift, keinen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was der Vorerbe aus der Erbschaft in seinen Nutzen verwendete. Nach dem E. I sollte die Ersatzpflicht insoweit bestehen, als der Wert des Verwendeten sich noch im Vermögen des Vorerben befindet. Nach dem BGB. trifft auch dies grundsätzlich nicht zu, da die in den Fällen des § 2137 regelmäßig vorliegende Befreiung des Vorerben von der Anwendung des § 2134 (vgl. § 2136) einer anderen als der aus § 2138 Abs. 2 sich ergebenden Einschränkung nicht unterliegt. Der Nacherbe kann daher einen Anspruch auf Ersatz nicht schon daraus allein ableiten, daß der Vorerbe seine aus früherer Zeit herrührenden Schulden mit erbschaftlichem Gelde bezahlt oder daß er bewegliche Sachen aus der Erbschaft mit einem ihm gehörenden Grundstücke dergestalt verbunden hat, daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden sind (§ 946). Ebensowenig kann er einen Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung schon darauf allein stützen, daß der Vorerbe durch Verwendung erbschaftlicher Mittel an seinem eigenen Vermögen erspart hat. Ein Recht des Nacherben darauf, daß ihm ein bestimmter Bruchteil der Erbschaft ungeschmälert verbleibe, wie es im röm. Rechte im Anschluß an die für Vermächtnisse geltende quarta Falcidia durch nov. 108 cap. 1, 2 eingeführt war, ist dem BGB. wie anderen neueren Rechten fremd.

Die in § 2138 bestimmte Beschränkung der Herausgabepflicht ändert übrigens daran nichts, daß der Vorerbe dem Nacherben im Sinne des § 260 zur Herausgabe eines Inbegriffs und demgemäß zur Vorlegung eines Verzeichnisses eventuell zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet ist. Eine Verpflichtung zur Auskunfterteilung und Rechnungslegung trifft dagegen den in der angegebenen Weise befreiten Vorerben grundsätzlich nicht (vgl. wegen dieser Befreiung Erl. 2 zu § 2136, ferner § 2137). Eine Abweichung hiervon ist jedoch aus § 52 GBO. in Verbindung mit § 2113 Abs. 2 nach der Richtung hin abzuleiten, daß auch der in der vorausgesetzten Weise befreite Vorerbe zur Liquidstellung der Entgeltlichkeit der von ihm vorgenommenen grundbuchlichen Verfügungen die diesen zugrunde liegenden Kausalgeschäfte offenlegen muß (vgl. Erl. 3 zu § 2136). Eine Haftung des Vorerben für ordnungsmäßige Verwaltung und eine Verpflichtung zur Rechnungslegung über die erlangten Surrogate ist hierdurch jedoch nicht gegeben und dem Nacherben kommt daher die vorerwähnte Auskunft des Vorerben praktisch nur insoweit zu statten, als er aus ihr unter Umständen Anhaltspunkte für seine auf Grund des § 2138 Abs. 2 gestellten Ansprüche abzuleiten vermag.

2. Die Ansprüche des Vorerben wegen **Verwendungen** richten sich im allgemeinen nach

den §§ 2124, 2125. Im Abs. 1 Satz 2 wird jedoch der Ersatzanspruch für Verwendungen auf solche Gegenstände ausgeschlossen, die der Vorerbe eben deswegen nicht herauszugeben braucht, weil ihm die im § 2137 bezeichnete freiere Stellung eingeräumt ist. Hat z. B. der Vorerbe ein verfallenes erbschaftliches Gebäude wiederherstellen lassen, es aber später veräußert und den Kaufpreis für sich verbraucht, so kann er keinen Ersatz der Herstellungskosten verlangen. Anders, wenn das wiederhergestellte Gebäude durch Zufall zerstört worden ist. Denn wenn die Herausgabe der Sache, auf welche Verwendungen gemacht sind, aus einem anderen Grunde als wegen einer über sie getroffenen Verfügung des Vorerben, insbesondere wegen zufälligen Unterganges, unterbleibt, darf dies den Ersatzanspruch des Vorerben nicht berühren, da dieser sonst schlechter gestellt sein würde, als bei der gewöhnlichen Vorerbschaft (s. die Erl. zu § 2124 Nr. 3 a. E.).

3. Entsprechend dem preuß. ALR. (I 12 § 469) und abweichend vom sächs. GB. (§ 2522; wegen des gem. Rechtes s. Dernburg, Pand. III § 123 Anm. 2) sind dem Vorerben auch in den Fällen des § 2137 **unentgeltliche Verfügungen** über Erbschaftsgegenstände nicht gestattet. Dies folgt zunächst schon daraus, daß im § 2136, auf den der § 2137 verweist, die Vorschrift des § 2113 Abs. 2 nicht mit aufgeführt ist. Im § 2138 Abs. 2 wird überdies dem Vorerben die **Verpflichtung zum Schadensersatz** auferlegt, wenn er der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 zuwider über einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat. Die hiernach bestehende Ersatzpflicht kann über den Wertersatz erheblich hinausgehen, soweit es aber auf den Wert des verschenkten Gegenstandes ankommt, entscheidet über diesen, wie sich aus der Natur der Verpflichtung zum Schadensersatz ergibt, die Zeit der Herausgabe der Erbschaft, und zwar ohne Unterschied zwischen verbrauchbaren und nicht verbrauchbaren Sachen (P. II, Bd. 5 S. 157). Die Ersatzpflicht fällt nach allgemeinen Grundsätzen fort, wenn durch die unentgeltliche Verfügung dem Nacherben deswegen kein Schaden entstanden ist, weil die Sache später durch einen Zufall zerstört worden ist, der sie auch bei dem Vorerben betroffen haben würde.

Der § 2138 Abs. 2 wird von Eichhorn (S. 47) und von Wilke (Anm. 3 zu § 2113, Anm. 2 zu § 2138) dahin verstanden, daß in den Fällen des § 2137 dem Nacherben nur der Ersatzanspruch wegen der unentgeltlichen Verfügung gegen den Vorerben zustehe, die Verfügung selbst aber wirksam sei. Für diese Auffassung bieten weder der Gesetzestext noch die Materialien (vgl. M. V S. 129 P. II, Bd. 5 S. 157) einen Anhalt. Es läßt sich auch nicht absehen, weshalb in den Fällen des § 2137 das dingliche Recht des Nacherben gegen den Dritten deswegen gänzlich wegfallen sollte, weil dem Nacherben ein Ersatzanspruch gegen den Vorerben beigelegt wird, der praktisch (schon wegen § 2113 Abs. 3) nicht zu entbehren ist und bei der gewöhnlichen Vorerbschaft sich schon aus der allgemeinen Verwaltungspflicht des Vorerben (§ 2130) ergibt. Die hier vertretene Ansicht wird geteilt von Strohal I § 28 Anm. 59 und entspricht jetzt der herrschenden Meinung. Dadurch, daß der Nacherbe den vom Vorerben verschenkten Gegenstand im Wege der dinglichen Klage wieder zurückerlangt oder daß er gegenüber dem Beschenkten den Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 durchsetzt, ist die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches noch keineswegs ausgeschlossen. Denn ganz abgesehen von dem mit der Verfolgung des Rechtes gegen den Dritten verbundenen Kosten ist es leicht möglich, daß dasjenige, was der Nacherbe von dem Dritten praktisch erlangt, hinter demjenigen, was er haben würde, wenn die unentgeltliche Verfügung unterblieben wäre, weit zurückbleibt. Übrigens wird sich der Nacherbe auf den Prozeß mit dem Dritten nicht einzulassen brauchen, sondern gegen Abtretung seines Anspruches an den Vorerben von diesem vollen Schadensersatz verlangen können (vgl. auch § 255).

4. Eine **Schadensersatzpflicht** des Vorerben besteht nach Abs. 2 auch dann, wenn er in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, die Erbschaft vermindert. Die Vorschrift, die sich bereits im bisherigen Rechte findet, beruht auf dem Gedanken, daß die Verfügungsfreiheit von dem Vorerben nicht zum Zwecke absichtlicher Schädigung des Nacherben mißbraucht werden darf, und entspricht dem allgemeinen Grundsatze des § 826. Die Fassung schließt sich an den § 1456 Abs. 2 an und trifft sowohl absichtliche Zerstörungen, Verschlechterungen von Erbschaftsgegenständen, als auch böswillige Veräußerungen, Verzichte und Rechtsversäumnisse (böswillige Nichtunterbrechung einer Verjährung, Ersitzung, Versäumung einer Ausschlußfrist u. dgl.). Vorsätzliches Handeln allein genügt jedoch nicht, es muß eine gegen den Nacherben gerichtete Benachteiligungsabsicht feststellbar sein; im übrigen kommt es auf den Zweck des Handelns nicht an (s. Erl. 1 zu § 1456).

Von praktischer Erheblichkeit kann noch die Frage werden, ob eine Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz nach § 2138 Abs. 2 auch dann eintreten kann, wenn der Vorerbe den Stamm seines Eigenvermögens auf Kosten der Erbschaft vergrößert. Dies dürfte wenigstens

§. 2139. Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an.

---

unter Umständen zu bejahen sein. So z. B. wenn der Vorerbe erhebliche Darlehen aufnimmt, die er, nachdem er die empfangene Valuta zur Aufführung eines verschwenderischen Baues auf dem zu seinem Eigenvermögen gehörenden Grundstück oder zur reichen Ausstattung seiner Kinder verwendet hat, mit Erbschaftsgeld zurückbezahlt, und wenn nach Maßgabe der Sachlage anzunehmen ist, daß der befreite Vorerbe hierbei das ihm vom Erblasser geschenkte Vertrauen den guten Sitten zuwider (§ 826) zum Nachteil des Nacherben in offenbar frivoler Weise mißbraucht hat. Eine analoge Entscheidung dürfte aber selbst dann nicht völlig ausgeschlossen sein, wenn der Vorerbe Eigenverbindlichkeiten, die er schon vor dem Erwerb der Erbschaft eingegangen hatte, aus deren Mitteln deckt. Zuzugeben ist freilich, daß es mit den Intentionen eines Erblassers, der einen befreiten Vorerben einsetzt, in der Regel vereinbar sein wird, wenn dieser seine wirtschaftliche Lage durch Zahlung drückender Eigenverbindlichkeiten aus den Mitteln der Erbschaft verbessert. Ähnliche Erwägungen wie in dem vorher erwähnten Falle werden sich aber möglicherweise auch aufdrängen, wenn der in guten Verhältnissen sich befindende Vorerbe die Mittel der Erbschaft verwendet, um sein Eigenvermögen von Lasten, die nach wirtschaftlichen Grundsätzen als dauernde oder doch als nur allmählich amortisierbare in Betracht kommen, auf einmal zu befreien und den Stamm seines Eigenvermögens so auf Kosten der Erbschaft etwa zu verdoppeln (vgl. P. II, Bd. 5 S. 155 ff. und das Beispiel daselbst auf S. 156). Die Grenze, über welche hinaus der befreite Vorerbe zur ersatzlosen Verwendung von Erbschaftsmitteln für sein Eigenvermögen nicht mehr befugt ist, mag nicht immer leicht zu ziehen sein. Das Vorhandensein einer solchen Grenze wird aber deswegen nicht geleugnet werden dürfen.

Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 2128) steht dem Nacherben in den Fällen des § 2137 auch gegen den böswilligen Vorerben nicht zu, vielmehr ist er auf die allgemeinen Sicherungsmittel des Arrestes und der einstweiligen Verfügung angewiesen (Erl. 4 zu § 2128).

§ 2139.

E. I § 1804 Satz 2; II § 2011 rev. § 2116; III § 2114. P. I S. 9127 ff., 9285 f., 9288 ff.; M. V S. 82 f. P. II Bd. 5 S. 78. D. S. 731.

Mielke, Universalfideikommiß und Nacherbschaft, Rost. Diss. 1901. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901, S. 219 ff. W. Grosse, Die Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben, 1905. Bleckwenn, Die Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft, Gött. Diss. 1905. Trull, der Besitz des Erben, Rost. Diss. 1906. Holste, Die Vererbung des Sachbesitzes auf den Nacherben, Leipz. Diss. 1906.

1. Eintritt des Nacherben in die Erbenstellung. Der § 2139 kennzeichnet die mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge vor sich gehende Rechtsänderung und trägt damit zur Klarstellung der rechtlichen Natur des Vorerben- und Nacherbenverhältnisses bei (s. die Vorbm. Nr. 1, 3). Die Bedeutung des im § 2139 behandelten Anfalls der Erbschaft an den Nacherben im Gegensatze zu dem schon mit dem Erbfall eintretenden Voranfall ist bereits in der Erl. 2 zu § 2108 besprochen worden. Wegen des Falles der Nacherbfolge s. § 2106, nach welchem, wenn der Erblasser über den maßgebenden Zeitpunkt oder das entscheidende Ereignis keine Bestimmung getroffen hat, die Erbschaft dem Nacherben in der Regel mit dem Tode des Vorerben anfällt. Der Anfall kann aber sicherlich auch erst nach dem Tode des Vorerben eintreten; der von Hellmann (Krit. Viert. Bd. 39 S. 220) mit Rücksicht auf die Fassung des § 2139 geäußerte Zweifel, ob die Vorerbschaft „durch die Person der Erben des Vorerben hindurchgehen" könne, ist unbegründet. Die an den Eintritt des Falles der Nacherbfolge geknüpfte Rechtsänderung vollzieht sich kraft Gesetzes (§ 158). Es bedarf weder wie nach gem. Rechte einer Restitution der Erbschaft durch den Vorerben, noch eines Antritts von Seiten des Nacherben, wenngleich letzterem wie jedem Erben die Ausschlagung freisteht (§ 1942 Abs. 1, § 2142 Abs. 1). Daß das Recht des Nacherben von dem Erwerbe der Erbschaft seitens des eingesetzten Vorerben völlig unabhängig ist (M. V S. 83), folgt, wenn der Wortlaut der §§ 2100, 2139 in dieser Beziehung Zweifel erregen sollte, schon aus der allgemeinen Vorschrift des § 2085. Eine Rückbeziehung des Anfalls der Erbschaft an den Nacherben auf den Zeitpunkt des Erbfalls findet nicht statt (ganz anders aber natürlich dann, wenn der als Nacherbe Eingesetzte nach § 2102 Abs. 1 zur unmittelbaren Erbfolge gelangt). Der Grundsatz, daß der Vorerbe mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge aufhört, Erbe zu sein, erleidet in den folgenden Paragraphen nach einigen Richtungen eine Einschränkung. Der Vorerbe bleibt Erbe, wenn der Nacherbe die Erbschaft

ausschlägt und der Erblasser nicht für diesen Fall eine andere Bestimmung getroffen hat (§ 2142 Abs. 2); außerdem ist der Vorerbe auch nach dem fraglichen Zeitpunkt unter Umständen noch zur Verfügung über Erbschaftsgegenstände berechtigt (§ 2140) und in gewissem Umfange für die Nachlaßverbindlichkeiten verhaftet (§ 2145).

2. Schon in Vorbm. 3 auf S. 395 ist hervorgehoben worden, daß der **Nacherbe Rechtsnachfolger** und zwar **Gesamtnachfolger des Erblassers nicht des Vorerben** ist (vgl. auch Strohal I § 1 Anm. 3, § 28a Anm. 11—13, Dernburg V § 56 Anm. 1, Bleckwenn S. 43; a. A. Hellwig, Rechtskraft S. 219ff., Zivilprozeß-R. I § 39 Anm. 33—38 und ihm folgend Grosse a. a. O.). Hellwigs Lehre, daß der Nacherbe **wahrer Rechtsnachfolger des Vorerben** in dem Sinne sei, daß er sein Recht allseitig von dem des Vorerben ableite, dürfte eine Konsequenz des Standpunktes sein, welchen der genannte Schriftsteller zur Frage der Rechtsnachfolge bei bedingter und betagter Berechtigung einnimmt (vgl. dazu Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft in der Festschrift für Degenkolb S. 137 ff.; s. auch Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, 1907 S. 11 ff.). Die ganze Streitfrage ist übrigens mehr konstruktiver als praktischer Natur. Hier sind gegen Hellwigs Auffassung der Rechtsnachfolge bei der Nacherbfolge nur folgende Bemerkungen zu machen:

a) Für den Eintritt des Nacherben in die Erbenstellung ist es durchaus gleichgültig, ob sich die Erbschaft bis zum Falle der Nacherbfolge in der Hand des berechtigten Vorerben oder in der eines Erbschaftsbesitzers befand.

b) Der Nacherbe kann in Rechtsverhältnisse des Erblassers eintreten, die in der Person des Vorerben durch Vereinigung erloschen waren (vgl. Erl. zu § 2143).

c) Überträgt der Vorerbe in seiner Eigenschaft als Miterbe seinen Anteil am Nachlaß nach § 2033 auf einen anderen, so ist dieser gewiß Rechtsnachfolger des Vorerben. Mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge stellt sich jedoch das Recht des verfügenden Vorerben als ein über die Zeit der Vorerbfolge nicht hinausreichendes heraus, so daß die Stellung des Nacherben durch die Verfügung des Vorerben unberührt bleibt.

3. Aus der in § 2108 Abs. 2 bestimmten regelmäßigen Vererblichkeit der Anwartschaft auf den künftigen Eintritt der Nacherbfolge ergibt sich, daß derjenige, welchem die Erbschaft mit dem Falle der Nacherbfolge anfällt, möglicherweise **nicht der eingesetzte Nacherbe selbst, sondern vielmehr dessen Erbe** ist (vgl. Erl. 2 zu 2108).

4. Über die **Wirkungen des Eintrittes der Nacherbfolge** ist im einzelnen noch Folgendes zu sagen:

a) Die Übertragung der bekannten Vorschrift des § 857, daß der **Besitz** auf den Erben übergeht, auf die Nacherbfolge bereitet einige Schwierigkeit. Man wird unterscheiden müssen:

α) Gehört zu einer der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft **mittelbarer Besitz** (§ 868), so geht der Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten mit dem Eintritt der Nacherbfolge nach § 2139 jedenfalls auf den Nacherben über. Ohne den Anspruch auf Herausgabe kann aber der mittelbare Besitz beim Vorerben (bzw. bei dessen Erben) nicht verbleiben (vgl. § 870). Man muß sich somit dahin entscheiden, daß mit dem Anspruch auf Herausgabe auch der zur Erbschaft gehörende **mittelbare Besitz auf den Nacherben übergeht** (vgl. Strohal II S. 73f., s. auch Holste S. 27).

β) Befindet sich die der Nacherbfolge unterliegende Erbschaft in dem unmittelbaren **Besitz eines Testamentsvollstreckers oder eines Nachlaßpflegers**, so wird dadurch der **mittelbare Besitz** der Erbschaftssachen demjenigen vermittelt, welcher Erbe ist und somit **vor dem Eintritt der Nacherbfolge dem Vorerben, nach diesem Eintritt dem Nacherben.**

γ) Hinsichtlich derjenigen zur Erbschaft gehörenden Sachen, an denen der Vorerbe bisher **unmittelbaren Besitz** hatte, ist die durchgreifende Entscheidung, daß der unmittelbare Besitz mit dem Eintritt der Nacherbfolge von Rechts wegen auf den Nacherben übergeht, **unmöglich**. Denn soweit der Vorerbe den Besitz an den schon von vornherein oder infolge von Surrogation (§ 2111) gehörenden Sachen selbständig ergriffen hat (vgl. dazu § 2025), unterscheidet sich sein Besitz an diesen Sachen in keiner Weise von seinem Besitz an anderen, nicht zur Erbschaft gehörenden Sachen. Durch den Eintritt der Nacherbfolge für sich allein wird an diesem Besitze nichts geändert. Man denke z. B. nur an den Fall, daß die zur Erbschaft gehörenden Wertsachen sich zur Zeit des Eintrittes der Nacherbfolge in dem verschlossenen Schranke des Vorerben befinden. Der bezeichnete Besitz verbleibt daher, wenn der Fall der Nacherbfolge noch bei Lebzeiten des Vorerben eintritt, bei diesem und geht, wenn der Fall der Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben zusammentrifft, auf dessen Erben über (vgl. Strohal in Jherings Jahrb. 38

§. 2140. Der Vorerbe ist auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlaßgegenstände in dem gleichen Umfange wie vorher berechtigt, bis er von dem Eintritte Kenntniß erlangt oder ihn kennen muß. Ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts den Eintritt kennt oder kennen muß.

S. 104, Erbrecht II S. 75; ferner Bd. II dieses Kommentars Erl. 4 zu § 857, Dernburg V S. 175, Beyer, Surrogation S. 204; a. A. z. B. Peiser S. 73 bei Anm. 29). Gerade, weil es sich so verhält, ist der Vorerbe unter Umständen in der Lage, gegenüber dem Herausgabeanspruch des Nacherben (§ 2130), das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 geltend zu machen. Die Möglichkeit eines direkten Übergangs des unmittelbaren Besitzes des Vorerben auf den Nacherben ist nur insoweit gegeben, als der Besitz des ersteren lediglich auf § 857 (und somit nicht auch auf selbständiger Besitzergreifung) beruht. Hier kann man sagen, daß der Besitz des Erblassers zunächst dem Vorerben für die Dauer seines Rechtes, mit dem Eintritt der Nacherbfolge dagegen dem Nacherben zukommt. Fälle solcher Art werden aber praktisch nur vorkommen, wenn der Fall der Nacherbfolge schon in so kurzer Zeit nach dem Erbfall eingetreten ist, daß der Vorerbe noch gar nicht in die Lage gelangt war, sich um die Erbschaft zu kümmern (vgl. auch Strohal a. a. O.; anders Binder I S. 60, der, unter Zustimmung von Trull S. 59ff., den direkten Übergang des Besitzes auf den Nacherben immer leugnet). Übrigens wird auch in den zuerst erwähnten Fällen, wo der Vorerbe den Besitz der Erbschaftssachen selbständig ergriffen hat, zum Erwerb des Besitzes durch den Nacherben eine vom Vorerben vorgenommene Besitzübergabe nicht unbedingt erforderlich sein; es dürfte vielmehr genügen, daß der Vorerbe (bzw. dessen Erbe) den Besitz an den Erbschaftssachen unter solchen Verhältnissen einseitig aufgibt, daß der Ausübung der tatsächlichen Gewalt durch den Nacherben kein Hindernis im Wege steht.

b) Die tatsächliche Herausgabe der Erbschaft an den Nacherben ist im § 2130 geregelt; vgl. wegen des Inhalts, des Umfanges und der rechtlichen Natur der dem Nacherben zustehenden Ansprüche die dortigen Erläuterungen.

c) Ist zur Zeit des Eintrittes der Nacherbfolge zwischen dem Vorerben und einem Dritten über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand ein Rechtsstreit anhängig, so wird, wenn der Vorerbe über den Gegenstand ohne Zustimmung des Nacherben verfügen konnte, letzterer hinsichtlich der Unterbrechung bzw. Aussetzung und der Aufnahme des Verfahrens wie ein Rechtsnachfolger des Vorerben behandelt (CPO. §§ 242, 246). Wegen der Wirksamkeit eines dem Vorerben gegenüber rechtskräftig gewordenen Urteils für und gegen den Nacherben s. CPO. § 326 (Erl. 7 zu § 2112).

5. Die Frage, ob der Vorerbe (abgesehen von der Ausschlagung, § 1953 Abs. 1, 2, § 2102 Abs. 1) sein Recht schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge mit der Wirkung aufgeben kann, daß die Erbschaft dem Nacherben anfällt, ist nach § 2139 entsprechend den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen des BGB. zu verneinen. Der Vorerbe kann sich seiner Rechtsstellung als Erbe nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege entledigen, weder durch einen einseitigen Rechtsakt noch durch eine Übereinkunft mit dem Nacherben. Ein Abkommen, durch das Vorerbe und Nacherbe die Herausgabe der Erbschaft zu einem früheren Zeitpunkte vereinbaren, erzeugt nur wie ein Erbschaftskauf persönliche Ansprüche und Verbindlichkeiten zwischen den Vertragschließenden (vgl. §§ 2374ff., 2385); gegenüber Dritten, insbesondere den Gläubigern und Schuldnern der Erbschaft, bleibt der Vorerbe bis zum wirklichen Eintritte der Nacherbfolge legitimiert (s. auch zu § 2135 unter f). Und selbst dann, wenn der Vorerbe Miterbe ist und seinen Anteil gemäß § 2033 dinglich auf den Nacherben überträgt, hat dies doch hinsichtlich der Schuldenhaftung nicht die Wirkung, die nach §§ 2144, 2145 mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge verbunden ist, vielmehr bleibt der Vorerbe als Verkäufer neben dem Nacherben als Käufer nach Maßgabe des § 2382 verhaftet (vgl. hierzu Erl. 1 zu § 2033 und Erl. 1 zu § 2036, im übrigen M. V S. 110f., P. II Bd. 5 S. 123, 130f., für das preuß. Recht Gruchot II S. 90, 91, Eccius IV § 275 Anm. 31 und die abweichende Ansicht von Dernburg, preuß. PrivR. III § 159 Anm. 3).

§ 2140.

RV. S. 2103.

1. Schutz des Vorerben bei schuldloser Unkenntnis von dem Eintritte der Nacherbfolge. Der § 2140 ist von der Reichstagskommission eingestellt worden, welche die Vorschrift im

Interesse des Vorerben und des Verkehrs für geboten erachtete, weil der Vorerbe vielfach, namentlich bei bedingter Nacherbeinsetzung, von dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge nicht sofort Kenntnis erhalten werde. Ähnliche Vorschriften bestehen für den Fall der Beendigung der ehelichen Verwaltung und Nutznießung sowie der ehelichen Gütergemeinschaft zu gunsten des Ehemanns (§ 1424 Abs. 1, § 1472 Abs. 1 Satz 2, § 1497 Abs. 2, § 1546 Abs. 1 Satz 2, § 1549), bei der Beendigung der elterlichen Gewalt zu gunsten des Gewalthabers (§ 1682) und bei der Beendigung der Vormundschaft oder des vormundschaftlichen Amtes zu gunsten des Vormundes (§ 1893); vgl. auch betreffs des Beauftragten und des geschäftsführenden Gesellschafters die §§ 674, 729, 169. Der § 2140 ist jedoch insofern enger gefaßt als die vorgenannten Vorschriften, als er sich seinem Wortlaute nach jedenfalls nur auf Verfügungen (im technischen Sinne, s. Bd. I S. 185) bezieht, die der Vorerbe nach dem Eintritte der Nacherbfolge über Erbschaftsgegenstände trifft. Wegen der Bedeutung des Kennenmüssens s. § 122 Abs. 2.

Fraglich ist, ob die Vorschrift des § 2140 Satz 1 entsprechend auf obligatorische Verträge anzuwenden ist, die der Vorerbe aus Anlaß der Verwaltung der Erbschaft mit Dritten abgeschlossen hat, also z. B. auf den Fall, wo der Vorerbe einen zur Bewirtschaftung des vorerbschaftlichen Grundstücks erforderlichen Gegenstand käuflich erworben, aber noch nicht bezahlt hat. Hätte der Vorerbe die Anschaffung dieses Gegenstandes vor dem Eintritt der Nacherbfolge vorgenommen, so würde ihm der Nacherbe nach § 2124 (vgl. auch § 257) liberierungspflichtig sein. Für den Eintritt dieser Liberierungspflicht des Nacherben wird man sich auch aussprechen müssen, wenn der Vorerbe die bezeichnete Anschaffung nach dem Falle der Nacherbfolge, aber unter den nach § 2140 vorausgesetzten Umständen vorgenommen hat (vgl. auch Strohal I § 28a Anm. 7; s. auch Dernburg V § 59 Anm. 1; a. A. Beyer S. 206 Anm. 1). Trifft der Vorerbe in schuldloser Unkenntnis von dem Eintritt der Nacherbfolge tatsächliche Maßnahmen, die er vor diesem Eintritte vornehmen durfte, ohne deswegen verantwortlich zu werden, so muß dessen Verantwortlichkeit gleichfalls für ausgeschlossen erachtet werden.

2. **Schutz Dritter.** Die Vorschrift des Satz 2 entspricht dem § 169 und findet sich in gleicher Art auch in den §§ 1424, 1682; sie begründet einen eigenartigen Schutz desjenigen, zu dessen Gunsten der Vorerbe nach dem Eintritt der Nacherbfolge eine Verfügung vorgenommen hat. Dieser Schutz setzt zunächst schuldlose Unkenntnis des Vorerben selbst von dem bereits erfolgten Eintritt der Nacherbfolge voraus. Ist diese Voraussetzung gegeben, so muß hinsichtlich des bezeichneten Umstandes außerdem noch schuldlose Unkenntnis des Erwerbers (wegen des entscheidenden Zeitpunktes vgl. Strohal I § 28a Anm. 7) vorliegen, so daß also selbst ein dem Dritten zur Last zu legendes Kennenmüssen (d. h. leichtfahrlässiges Nichtkennen) dessen Erwerb ausschließt. Sind die angegebenen Voraussetzungen gegeben, so greift der Schutz des Erwerbers gleichmäßig durch, mag nun der Gegenstand der Verfügung eine zur Erbschaft gehörende bewegliche Sache oder eine solche Forderung oder ein solches Grundstück oder Grundstücksrecht sein. Hat also z. B. der befreite Vorerbe nach dem Eintritt der Nacherbfolge aber unter den bezeichneten Voraussetzungen über ein Erbschaftsgrundstück nach Vornahme der in § 52 GBO. vorgesehenen Eintragungen auf Grund eines entgeltlichen Kausalgeschäftes durch Auflassung verfügt, so erweist sich die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer in gleicher Weise als wirksam, wie wenn die Verfügung vom Vorerben vor dem Eintritt der Nacherbfolge vorgenommen worden wäre.

Fehlt es an den in § 2140 bestimmten spezifischen Voraussetzungen für den Schutz des Dritten (insbesondere an der schuldlosen Unkenntnis des Vorerben von dem bereits erfolgten Eintritt der Nacherbfolge), so können aber dem Erwerber, wenn es sich um den Erwerb von Grundstücken und Grundstücksrechten (die z. B. infolge von Surrogation zur Erbschaft gehören und bei denen lediglich der Vorerbe als Berechtigter eingetragen ist) handelt, doch die allgemeinen Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und bei beweglichen Sachen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb zu statten kommen. Bei Verfügungen des Vorerben über Forderungen und sonstige Rechte, die nicht den grundbuchrechtlichen Normen unterstehen, ist der gutgläubige Erwerber bei der bezeichneten Sachlage — abgesehen von dem Falle, daß ihm der öffentliche Glaube des dem Vorerben erteilten (und eine Angabe über das Bevorstehen der Nacherbfolge nicht enthaltenden) Erbscheins zustatten kommt — grundsätzlich nicht geschützt (vgl. Erl. 2 zu § 2129).

Zu prüfen bleibt jedoch noch, ob zum Schutze des gutgläubigen Schuldners nicht die Vorschrift des § 412 i. V. m. §§ 406—408 herangezogen werden kann. Ein unmittelbarer

§. 2141. Ist bei dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge die Geburt eines Nacherben zu erwarten, so finden auf den Unterhaltsanspruch der Mutter die Vorschriften des §. 1963 entsprechende Anwendung.

Anwendungsfall des § 412 ist zwar dadurch, daß der Nacherbe mit der Erlangung der Erbenstellung hinsichtlich der zur Erbschaft gehörenden Forderungen an Stelle des Vorerben als Gläubiger eintritt, nicht gegeben. Denn der Nacherbe erwirbt wie die Erbschaft überhaupt so auch die zu ihr gehörenden Forderungen nicht als Rechtsnachfolger des nur auf Zeit berechtigten Vorerben sondern als solcher des Erblassers (vgl. auch Erl. 2 zu § 2139). Für eine entsprechende Anwendung des § 412 auf den vorliegenden Fall sprechen aber starke sachliche Gründe (zurückhaltender die bisherigen Auflagen und Herzfelder S. 406). Nur wird man bei der entsprechenden Anwendung vorsichtig sein müssen. Sie führt zwar dazu, daß dem Schutze des Schuldners das Wissen bzw. Wissenmüssen des Vorerben von dem bereits erfolgten Eintritt der Nacherbfolge nicht entgegensteht, nicht aber zu einer Erweiterung des Schutzes nach der Richtung hin, daß der Schuldner in direktem Widerspruch zu § 2140 Satz 2 selbst dann geschützt wäre, wenn er den Eintritt der Nacherbfolge fahrlässig nicht kennt. Diese Abweichung von dem in den §§ 406—408 zur Geltung gebrachten Grundsatz (daß dem Kennen das Kennenmüssen nicht gleichsteht) ist im vorliegenden Falle auch sachlich begründet. Denn der einem Vorerben gegenüber stehende Schuldner muß darauf gefaßt sein, daß die Gläubigerschaft des Vorerben mit dem Eintritte der Nacherbfolge ihr Ende erreicht und er verdient den in den §§ 406—408 bezeichneten Schutz nur dann, wenn er sich in schuldloser Unkenntnis von dem Eintritte der Nacherbfolge befindet. Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt Strohal I § 28a Anm. 8, noch weitergehend Hachenburg, Vorträge S. 222, der § 412 ebenfalls analog anwendet aber ohne die vorerwähnte Einschränkung und Hellwig, Rechtskraft S. 224f., der infolge seiner Auffassung der Nacherbfolge § 412 für unmittelbar anwendbar erklärt. Zugunsten des an den Vorerben nach Eintritt der Nacherbfolge leistenden Erbschaftsschuldners können übrigens unter besonderen Umständen auch die Vorschriften der §§ 797, 808, 851 eingreifen.

§ 2141.

E. I § 2027; II § 2014 rev. § 2117; III § 2115. P. I S. 10454 ff., 11387, 11455 f.; M. V S. 489 f. P. II Bd. 5 S. 614 ff.

Unterhaltsanspruch der Mutter des erwarteten Nacherben. Als Voraussetzung für die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 1963 bezeichnet der § 2141 den Umstand, daß „bei dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge die Geburt eines Nacherben zu erwarten ist". Trifft dies zu, so kann also die Mutter des noch ungeborenen Nacherben, falls sie außer stande ist, sich selbst zu unterhalten, bis zur Entbindung standesmäßigen Unterhalt aus der Erbschaft bzw. dem Erbteile des Vorerben oder, wenn noch andere Personen als Nacherben berufen sind, aus dem Erbteile des Kindes verlangen. Bei der Bemessung des Erbteils ist anzunehmen, daß nur ein Kind geboren wird. Im übrigen ist auf die Erl. zu § 1963 zu verweisen.

In der zweiten Kommission war die Frage aufgeworfen worden, ob durch den Wortlaut des jetzigen § 2141 (E. I § 2027) auch der Fall gedeckt sei, in welchem die Erbschaft dem Nacherben mit dessen Geburt anfalle (vgl. § 2101 Abs. 1, § 2106 Abs. 2). Man entschied sich dahin, daß die Bestimmung im Sinne der Bejahung dieser Frage zu verstehen sei (P. II Bd. 5 S. 618). Trotzdem hält es Herzfelder (Erl. zu § 2141) für zweifellos, daß diese Auffassung ausgeschlossen sei, weil der Nacherbe im fraglichen Falle zurzeit des Eintrittes der Nacherbfolge bereits vorhanden war, also nicht mehr zu erwarten ist und weil unverständlich bleibe, welche praktische Bedeutung dem Unterhaltsanspruch der Mutter hier zukommen sollte. Dem kann nicht beigetreten werden. Für die Auffassung der zweiten Kommission sprechen vielmehr durchschlagende sachliche Gründe. Alle Fälle, in denen die Anwendung des § 2141 überhaupt in Frage kommen kann, haben mit einander gemein, daß der wirkliche Eintritt der Nacherbfolge deshalb einen Aufschub erfährt, weil der Nacherbe nur erzeugt, noch nicht geboren ist, und daß dem Nacherben, sobald er geboren ist, die entsprechend anzuwendende Vorschrift des § 1923 zustatten kommt (vgl. Erl. 4 zu § 2108). Aus diesem Gesichtspunkte rechtfertigt es sich aber wieder, daß dasjenige, was der bereits Geborene als Nacherbe aus dem Nachlaß erhalten würde, dem noch nicht geborenen Nacherben wenigstens insoweit zustatten kommen soll, als erforderlich ist, damit er zur Welt kommt.

§. 2142. Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

Schlägt der Nacherbe die Erbschaft aus, so verbleibt sie dem Vorerben, soweit nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat.

---

§ 2142.

G. I § 1832; II § 2012 rcv. § 2118; III § 2116. M. I S. 9286 ff., 9292 ff., 10172 f., 10531 f., 10535 ff.; M. V S. 120 ff. M. II Bd. 5 S. 131.

1. **Ausschlagung der Nacherbfolge.** Die Vorschrift des **Abs. 1**, daß der Nacherbe die Erbschaft ausschlagen kann, *sobald der Erbfall eingetreten ist*, entspricht inhaltlich dem § 1832 Abs. 2 des E. I, hat jedoch im BGB. einen anderen Charakter als im E. I. Denn nach diesem bildet sie eine bemerkenswerte Ausnahme von der im § 2033 des E. I ausgesprochenen Regel, daß die Erbschaft nicht vor dem Beginne der Ausschlagungsfrist angenommen oder ausgeschlagen werden kann. Im BGB. *stimmt sie mit der in § 1946 (in gewolltem Gegensatz zu § 2033 des E. I) aufgestellten Regel*, daß der Erbe die Erbschaft annehmen oder ausschlagen kann, sobald der Erbfall eingetreten ist, *überein* und darf sie deshalb als ein besonders wichtiger Anwendungsfall dieser Regel bezeichnet werden. Die danach dem Nacherben gegebene Möglichkeit, die Nacherbfolge sogleich nach dem Tode des Erblassers auszuschlagen, entspricht in der Tat einem praktischen Bedürfnisse (vgl. M. V S. 121 f.). Geradezu unentbehrlich ist die bezeichnete Möglichkeit für den Pflichtteilsberechtigten, der auf einen die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Bruchteil als Nacherbe eingesetzt ist und nach § 2306 den Pflichtteil erst verlangen kann, nachdem er den ihm hinterlassenen Erbteil ausgeschlagen hat (vgl. OLG. Dresden in SeuffA. 62 S. 27; dazu Erl. zu § 2306). Ob die Nacherbfolge auf einen künftigen Zeitpunkt abgestellt ist, dessen Eintritt gewiß ist, oder ob ihre Verwirklichung von einer Bedingung abhängt, ist für das Ausschlagungsrecht des Nacherben gleichgültig, denn auch im letzteren Falle ist die vor dem Eintritte der Bedingung erklärte Ausschlagung eine unbedingte und daher trotz des § 1947 wirksam. Die Vorschrift des Abs. 1 gilt auch für den Fall einer mehrfachen Nacherbeinsetzung, der spätere Nacherbe kann mithin ausschlagen, bevor die Erbschaft dem ihm unmittelbar vorgehenden Vorerben angefallen ist.

Darüber, daß einem *erbunwürdigen* Nacherben gegenüber die Anfechtung (wegen der Erbunwürdigkeit) schon erfolgen kann, sobald die Erbschaft *dem Vorerben angefallen* ist, vgl. § 2340 Abs. 2 Satz 2.

2. An den Vorschriften des § 1944 über die **Ausschlagungsfrist** wird durch den § 2142 Abs. 1 *nichts geändert* (vgl. RJpr. 5 S. 236, 361; RG. Bd. 59 S. 344; s. auch Erl. 3 a zu § 1944). Die Frist beginnt daher für den Nacherben immer erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge, und zwar mit dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft an ihn (§ 2139) und von dem Grunde seiner Berufung Kenntnis erlangt, keinesfalls aber vor der Verkündung des Testaments (M. V S. 83). Auch für die Dauer der Ausschlagungsfrist des Nacherben gelten schlechthin die allgemeinen Vorschriften. Zwar liegt der Gedanke nahe, daß für die Erstreckung der Frist auf sechs Monate (§ 1944 Abs. 3) hier nicht der letzte Wohnsitz des Erblassers, sondern statt dessen oder wenigstens neben ihm der letzte Wohnsitz des Vorerben maßgebend sei. Allein in Ermangelung einer derartigen Vorschrift muß es bei dem positiven Satze des § 1944 Abs. 3 bewenden.

3. Der **Abs. 2** enthält einen Dispositivsatz, welcher der für das bisherige Recht überwiegend vertretenen Ansicht entspricht und seinen Grund darin hat, daß nach dem regelmäßig anzunehmenden Willen des Erblassers die Erbenstellung des Vorerben nicht absolut, sondern nur *relativ* durch das Eintrittsrecht des bestimmten Nacherben beschränkt ist (Eccius IV § 275 Anm. 51; RG. 43 S. 228 ff.). Der gegenteilige Wille des Erblassers kann vor allem in der Einsetzung eines Ersatzerben für den Nacherben seinen Ausdruck finden. Hat der Erblasser das Recht des Vorerben zeitlich beschränkt, ohne über das weitere Schicksal der Erbschaft zu bestimmen, und gelten daher gemäß § 2104 die gesetzlichen Erben als zu Nacherben eingesetzt, so treten, wenn der nächste gesetzliche Erbe ausschlägt, die entfernteren als Nacherben ein (M. V S. 120); doch ist zu beachten, daß der *Fiskus* nach der Dispositivvorschrift des § 2104 Satz 2 zu den gesetzlichen Erben im Sinne des § 2104 Satz 1 *nicht* gehört und daß er, selbst wenn der Erblasser die Anwendung jener Dispositivvorschrift ausgeschlossen haben sollte, dann doch *nicht als gesetzlicher Erbe im technischen Sinne* in Betracht kommt, sondern als ein-

gesetzter Nacherbe und als solcher ausschlagen kann (vgl. auch Erl. 4 zu § 1936; Erl. 2 zu § 1942; Erl. 4 zu § 2105). Schlagen in den Fällen des § 2104 alle als zur Nacherbfolge berufen anzusehenden gesetzlichen Erben aus, so ist der Eintritt der Nacherbfolge vereitelt und muß die Erbschaft beim Vorerben verbleiben. Überhaupt nicht gegeben ist jedoch der Tatbestand des § 2104, wenn eine bestimmte Person als Nacherbe eingesetzt ist und diese die Erbschaft ausschlägt. Die Vorschrift des § 2142 Abs. 2 tritt vielmehr der Auffassung entgegen, daß auch in diesem Falle nunmehr die im § 2104 bezeichneten gesetzlichen Erben als zur Nacherbfolge berufen zu gelten hätten. Die Erbschaft „verbleibt" also der Regel nach, soweit der Erblasser nicht ein anderes bestimmt hat, dem Vorerben und es wird die Rechtslage somit so beurteilt, wie wenn die Nacherbfolge nicht angeordnet gewesen wäre. Die abweichende Bestimmung des Erblassers braucht übrigens nicht ausdrücklich zu erfolgen, sie kann sich auch aus den Umständen ergeben. Beachtenswert ist insbesondere der Fall, wo der Erblasser mehrere Personen nebeneinander als Nacherben eingesetzt hat, die untereinander anwachsungsberechtigt sind. Schlägt einer dieser Nacherben aus, so kommt dies nach § 2094 zunächst den miteingesetzten Nacherben zustatten (vgl. auch KG. 31 S. A 125).

Die Fälle, in denen der Nacherbe aus anderen Gründen als durch Ausschlagung wegfällt, unterliegen einer verschiedenen Beurteilung. Für den Fall des Versterbens gilt § 2108 Abs. 2. Hierbei ist wohl zu beachten, daß von einem Übergang der Anwartschaft des Nacherben auf dessen Erben niemals die Rede sein kann, wenn der als Nacherbe Eingesetzte schon vor dem Erbfall gestorben ist. Im bezeichneten Falle ist somit der Eintritt der vom Erblasser angeordneten Nacherbfolge als vereitelt anzusehen (vgl. Erl. 1 zu § 2108) und entfällt die dem Rechte des unmittelbaren Erben durch die Anordnung der Nacherbfolge gesetzte Schranke genau so, wie in dem Falle, daß der Nacherbe ausschlägt (vgl. dazu noch § 1953 Abs. 2, wo die Ausschlagung der Erbschaft und das Versterben des eventuellen Erben vor dem Erbfall hinsichtlich der Wirkungen einander gleichgestellt werden). Auch bezüglich der grundsätzlichen Unanwendbarkeit des § 2104 stehen sich beide Fälle gleich (vgl. RG. vom 14. März 1907 in JW. 1907 S. 254 = BayrRpflegeZ. 3 S. 325 = SeuffBl. 72 S. 731, wo § 2104 für unanwendbar erklärt wird, wenn der in einem gemeinschaftlichen Testament als Nacherbe Eingesetzte vor den Ehegatten stirbt). Fällt die Bedingung aus, unter welcher der Nacherbe berufen ist, so besteht das Recht des Vorerben ohne weiteres fort. Das gleiche gilt, wenn der Nacherbe gemäß § 2352 durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein Erbrecht verzichtet. Wegen des Falles der Erbunwürdigkeit des Nacherben s. die Erl. zu § 2344.

4. Die Frage, ob der Nacherbe nach dem Erbfall aber vor dem Falle der Nacherbfolge auch mit bindender Wirkung annehmen könne, ist ungeachtet des in Erl. 1 angegebenen Sachverhalts streitig. Gegen diese Möglichkeit sprechen sich aus die früheren Auflagen, ferner Herzfelder S. 407; Dernburg V H. 174; Kipp bei W. III Zus. 7 zu § 668; P. Meyer S. 295 Anm. 2; Wäntig, DNV. 6 S. 403ff.; für dieselbe: Strohal I § 28a Anm. 3, II § 61a Anm. 1; Cosack II § 376 bei Anm. 12a; Wilke Erl. 1 zu § 2142; Böhm S. 250, Frommhold zu § 1946; Binder I S. 106; Goldmann-Lilienthal (1. Aufl.) S. 322; Neumann Handausgabe Anm. b zu § 2142; Peiser S. 74; Wolf Handausgabe Anm. 1 zu § 2142 (zweifelnd Meischeider S. 283). Die Entscheidung ist nicht aus § 2142 Abs. 1, sondern aus § 1946 zu gewinnen. Zur Ergänzung des darüber bereits oben in Erl. 1 und in den Erl. zu 1946 Gesagten ist hier noch zu bemerken, daß die zweite Kommission, nachdem sie in ihrer Sitzung vom 28. Juni 1894 den inhaltlich mit dem jetzigen § 2142 sich deckenden § 1832 des E. I gebilligt hatte, erst am 22. Januar 1895 (also mehr als ein halbes Jahr später) zur Beantwortung der grundsätzlichen Frage gelangte, von welchem Zeitpunkte an sich der Erbe über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft wirksam erklären könne. Als man sich entschloß, von dem in dieser Beziehung in § 2033 E. I aufgestellten Grundsatz abzugehen, zog man insbesondere in Erwägung, ob nicht vielleicht nur die Ausschlagung, nicht aber auch die Annahme der Erbschaft schon mit dem Erbfall zulässig sein sollte (vgl. dazu die lithographierten P. Nr. 344 und 382). Die Mehrheit verwarf jedoch diese Unterscheidung und gelangte so zu der Bestimmung des jetzigen § 1946. Aus dem zeitlichen Verhältnis dieser Beschlüsse zueinander ergibt sich, daß die zweite Kommission unmöglich von der Absicht geleitet sein konnte, durch den § 2142 Abs. 1 eine Einschränkung der erst viel später beschlossenen grundsätzlichen Entscheidung des § 1946 herbeizuführen. Zuzugeben ist nur, daß die Vorschrift von § 2142 Abs. 1 infolge der im § 1946 erfolgten durchgreifenden Regelung der zeitlichen Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Annahme und Ausschlagung der Erbschaft entbehrlich geworden war und bei der später vorgenommenen

systematischen Neuanordnung des V. Buches, wobei die genannten Paragraphen ihre jetzige Stellung und ziffermäßige Bezeichnung erhielten, hätte gestrichen werden können. Aus der bloßen Nichtvornahme dieser Streichung kann aber ein Schluß auf eine nachträglich gewollte Beschränkung der zeitlichen Zulässigkeit der Annahme der Nacherbfolge um so weniger gezogen werden, als die beiden Absätze des § 2142 (Konsolidierung des Rechtes des Vorerben infolge der Ausschlagung des Nacherben) sachlich zusammengehören, während die Annahme der Nacherbfolge mit dem sonstigen Inhalt des § 2142 nicht zusammenhängt. Es muß also dabei bleiben, daß für die Entscheidung unserer Frage § 1946 maßgebend ist, und daß somit auch die Erklärung der Annahme der Nacherbfolge als zulässig erachtet werden muß, sobald der Erbfall eingetreten ist. Der Versuch, das Wort „Erbfall" bei der Anwendung des § 1946 auf die Nacherbfolge in „Fall der Nacherbfolge" umzudeuten, scheitert an seiner Willkürlichkeit. Das Wort „Erbfall" steht in beabsichtigtem Gegensatz zu „Anfall der Erbschaft" an den sich erklärenden Erben (vgl. auch § 1951: „erst später anfällt"). Der § 1946 ermöglicht einem Ersatzerben oder einem eventuellen gesetzlichen Erben, obschon der Anfall der Erbschaft an ihn vielleicht von dem Wegfall nicht nur eines sondern mehrerer Vormänner abhängig ist, doch die Erklärung der Annahme, und er schafft diese Möglichkeit jedenfalls auch dem Nacherben selbst, soweit dieser nach § 2102 Abs. 1 als Ersatzerbe in Betracht kommt, selbst wenn die Ausschlagung des Vorerben oder dessen Erbunwürdigkeitserklärung noch so unwahrscheinlich ist. Warum soll sich dies bei der Annahme der Nacherbfolge grundsätzlich anders verhalten, so daß der Nacherbe die Erbschaft, deren baldigen Anfall er vielleicht mit voller Sicherheit erwarten darf, erst nach dem Falle der Nacherbfolge annehmen könnte. So bedeutsam für die Nacherbfolge der Fall der Nacherbfolge auch ist, so kommt doch wie für alle erbrechtlichen Verhältnisse auch bei der Nacherbfolge dem Erbfall entscheidende Bedeutung zu. Denn schon mit diesem Zeitpunkte tritt zugunsten des Nacherben die Gebundenheit der Erbschaft ein und erwirbt der Nacherbe, vorausgesetzt daß er bereits existiert und individuell bestimmt ist, eine als Bestandteil seines Vermögens zu behandelnde, regelmäßig vererbliche Anwartschaft. Was bis zum Falle der Nacherbfolge aufgeschoben bleibt, ist nur der tatsächliche Eintritt des Nacherben in die Erbenstellung. In gleicher Weise ist auch bei einem unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung hinterlassenen Vermächtnis der Anfall des Vermächtnisses bis zum Eintritte der Bedingung des Termins hinausgeschoben (§ 2177), schließt aber dieser Aufschub doch nach § 2180 die wirksame Abgabe einer sofort nach dem Erbfall erfolgenden Annahmeerklärung nicht aus.

Soweit der Nacherbe nicht durch praktische Gründe veranlaßt ist, sich schon vor dem Falle der Nacherbfolge über die Annahme oder Ausschlagung zu erklären, wird er mit seiner Entscheidung vorerst freilich zurückhalten. Immerhin ist aber eine im voraus erklärte Ausschlagung gefährlicher als eine solche Annahme, durch die der Nacherbe (wegen der ihm unter allen Umständen noch möglich bleibenden Beschränkung seiner Haftung) einen unabwendbaren wirtschaftlichen Nachteil niemals erleiden kann. Auch kann die konkrete Gestaltung der Verhältnisse ebensogut wie zu einer dem Falle der Nacherbfolge vorangehenden Erklärung der Ausschlagung auch zu einer solchen Erklärung der Annahme drängen. So vor allem, wenn der Nacherbe mit Rücksicht auf die ihm vielleicht schon sehr bald anfallende Erbschaft (oder den ihm anfallenden Erbteil) Geld aufnehmen und seinen Kreditgeber durch Verpfändung des künftigen Herausgabeanspruchs (vgl. dazu Vorbm. Nr. 4b auf S. 397) oder durch Verpfändung seines künftigen Anteils am Nachlaß sichern will. Es ist klar, daß sich der Kreditgeber auf das Geschäft nur einlassen wird, wenn er sicher sein darf, daß sich der Nacherbe durch wirksame Annahme der Nacherbfolge der Möglichkeit der Ausschlagung begeben hat (vgl. dazu P. II Bd. 5 S. 80 f.). Ebenso verhält es sich, wenn der Nacherbe vor dem Falle der Nacherbfolge die Erbschaft verkaufen oder seinen künftigen Anteil am Nachlaß einem anderen entgeltlich abtreten (die Möglichkeit einer solchen Verfügung anerkennt jetzt auch RG. v. 11. Juli 1907 im Recht 1907 S. 1072 Nr. 2577) will; denn der Nacherbe wird keinen Käufer finden, solange der praktische Erfolg des Geschäftes durch eine vom Nacherben hinterher vorgenommene Ausschlagung illusorisch gemacht werden könnte. Ganz besondere Bedeutung kann die vor dem Falle der Nacherbfolge stattfindende Erklärung der Annahme der Nacherbfolge dann gewinnen, wenn für den Fall der Ausschlagung des zur Nacherbfolge zunächst Berufenen ein Ersatznacherbe bestimmt ist. Darf hier der Vorerbe der wirksamen Annahme der Nacherbfolge durch den zu ihr zunächst Berufenen sicher sein, so kann er diesem Nacherben das Recht zur Nacherbfolge im Wege des Erbschaftskaufes ablösen oder wohl auch dem Nacherben einen bei der späteren Herausgabe der Erbschaft in Abzug zu bringenden Kapitalsbetrag vorausgewähren, wogegen der Vorerbe sich in Ermangelung der bezeichneten Voraussetzung auf ein

§. 2143. Tritt die Nacherbfolge ein, so gelten die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen.

§. 2144. Die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten gelten auch für den Nacherben; an die Stelle des

---

solches Abkommen nicht einlassen könnte. Endlich sei noch auf den Fall hingewiesen, daß der als Nacherbe Eingesetzte seine vererbliche Anwartschaft vermächtnisweise einem anderen zuwenden und Schutz gegen die Möglichkeit einer durch seinen Erben zum Nachteil des Vermächtnisnehmers erfolgenden Ausschlagung dadurch schaffen will, daß er schon vor dem Falle der Nacherbfolge annimmt.

Bei der Entscheidung der Frage, ob der Nacherbe im konkreten Falle die Annahme schon vor dem Falle der Nacherbfolge erklärt habe, ist übrigens Vorsicht geboten. Zweifellos ist vor allem, daß in der durch den Nacherben erfolgenden Geltendmachung der ihm wegen der eventuellen Nacherbfolge behufs seiner Sicherung zustehenden Befugnisse eine Erklärung der Annahme noch nicht erblickt werden darf. Im Zweifel wird man sich vielmehr dahin auszusprechen haben, daß sich der Nacherbe die spätere Entscheidung über Annahme und Ausschlagung nicht verschränken wollte. Am sichersten wird die Annahme der erst noch bevorstehenden Nacherbfolge dem Nachlaßgericht gegenüber erklärt werden können. Genügen muß aber auch die Erklärung gegenüber einer Person, die an der erfolgenden Annahme ein rechtliches Interesse hat.

Besondere Fälle der im voraus erfolgenden Annahme der Nacherbfolge können sich auf Grund des § 1951 und des § 2094 ergeben. Setzt der Erblasser z. B. seine drei Geschwister A, B, C mit der weiteren Bestimmung als Erben ein, daß der Erbteil des C nach dessen Tode, oder wenn C das Klostergelübde ablegt, den beiden übrigen Erben zufallen soll, so wird nach § 1951 anzunehmen sein, daß A und B, indem sie ihren ursprünglichen Erbteil annehmen, damit zugleich auch die Annahme der ihnen eventuell zukommenden Nacherbfolge erklären. Zu demselben Ergebnis wird man auf Grund des entsprechend anzuwendenden § 2094 auch schon dann gelangen, wenn der Erblasser lediglich angeordnet hat, daß ihn seine Geschwister A, B, C mit der Maßgabe beerben sollen, daß das Recht des C mit dessen Tode oder wenn er das Klostergelübde ablegt, in Wegfall zu kommen habe (vgl. auch Erl. 4 zu § 2104).

§ 2143.

E. I § 1833; II § 2013 rev. § 2119; III § 2117. M. I S. 9297 f., 11809 ff.; M. V S. 107, 123. P. II Bd. 5 S. 131.

Wiederaufleben der in der Person des Vorerben durch Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Rechte (Dernburg Pand. III § 120 Nr. 2; ALR. I 16 § 481; sächs. GB. § 2520) und ist eine Folge des Satzes, daß mit dem Eintritte der Nacherbfolge der Vorerbe aufhört, Erbe zu sein (§ 2139), was die Absonderung der Erbschaft von seinem eigenen Vermögen notwendig macht. Der Wiedereintritt des früheren Rechtszustandes vollzieht sich entsprechend dem Grundsatze des § 158 Abs. 2, § 163 kraft Gesetzes und mit absoluter (sog. dinglicher) Wirkung (M. V S. 123) wie im Falle des § 1976, nicht in der Weise, daß nur im Verhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben die erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten (vgl. § 1991 Abs. 2, § 2377). Dingliche Rechte erhalten ihr früheres Rangverhältnis zurück. Die Verjährung eines wieder in Kraft getretenen Anspruchs ist während der Dauer der Vorerbschaft gehemmt (§§ 202 ff.; Hachenburg, Studien S. 66). Wegen der Fälle der Vereinigung (Konfusion und Konsolidation) s. die Erl. zu § 1976. Ist nur ein Bruchteil der Erbschaft bzw. des dem Vorerben zustehenden Erbteils mit der Nacherbfolge belastet, so tritt die im § 2143 bestimmte Wirkung nicht etwa (wie nach dem sächs. GB. § 2520 Satz 1) nur nach dem Verhältnisse der Bruchteile, sondern auch hier im vollen Umfang ein, weil sich der Vorerbe nunmehr mit dem Nacherben in einer Erbengemeinschaft befindet und deswegen nicht nur den Anteil des Nacherben, sondern die gesamte gemeinschaftliche Erbmasse dem eigenen Vermögen des Vorerben als ein getrenntes Vermögensganze gegenübersteht (vgl. Erl. 2 zu § 2032).

§ 2144.

E. I § 1836; II § 2015 rev. § 2120; III § 2118. M. I S. 9302 ff., 9311 f., 11353, 12237 f.; M. V S. 126. P. II Bd. 5 S. 149, 829. D. S. 733.

1. Haftung des Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten. Daß der Nacherbe von dem Eintritte der Nacherbfolge an für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, ergibt sich ohne weiteres

Nachlasses tritt dasjenige, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt, mit Einschluß der ihm gegen den Vorerben als solchen zustehenden Ansprüche.

Das von dem Vorerben errichtete Inventar kommt auch dem Nacherben zu Statten.

Der Nacherbe kann sich dem Vorerben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen, wenn er den übrigen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet.

---

aus § 1967 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 2100, 2139. Ausgenommen sind solche Verbindlichkeiten, insbesondere Vermächtnisse, die nach der Absicht des Erblassers nur den Vorerben belasten sollen (s. Erl. 3 zu § 2126). Im übrigen haftet der Nacherbe für die im § 1967 Abs. 2 bezeichneten Verbindlichkeiten auch, soweit sie durch Verschulden des Vorerben eine Erweiterung erfahren haben, z. B. für Verzugszinsen und verfallene Vertragsstrafen, nicht minder für unbezahlt gebliebene vertragsmäßige Zinsen aus der Besitzzeit des Vorerben. Verbindlichkeiten, die der Vorerbe mit Rücksicht auf erbschaftliche Gegenstände neu übernommen hat, gehen auf den Nacherben nicht über (Dernburg preuß. PrivR. III § 159). Denn wenn sie auch von der Art sind, daß der Vorerbe die Mittel zu ihrer Berichtigung aus der Erbschaft entnehmen oder bei Verwendung eigener Mittel von dem Nacherben Ersatz verlangen kann, wie z. B. nach § 2124 Abs. 2 für die Kosten außergewöhnlicher Erhaltungsmaßregeln, so sind sie darum doch keine „den Erben als solchen treffende Verbindlichkeiten" im Sinne des § 1967 Abs. 2. Die Gläubiger aus solchen Verträgen können sich daher grundsätzlich nur an den ihnen in Ermangelung einer besonderen Abrede persönlich haftenden Vorerben halten; der Ersatzanspruch des letzteren begründet dagegen eine den Nacherben als solchen treffende Nachlaßverbindlichkeit, die jedoch der Beschränkung des § 2144 Abs. 3 unterliegt. Juristisch denkbar ist übrigens auch eine zwischen dem Vorerben und dem Vertragsgegner getroffene Vereinbarung, daß dieser lediglich auf den ihm abgetretenen Ersatzanspruch des Vorerben gegen den Nacherben angewiesen sein soll. Doch dürfte sich der Vertragsgegner zu einem solchen Abkommen nicht leicht bereit finden lassen. Vgl. zur ganzen Frage übrigens noch Erl. 5 zu § 2112, Erl. 1b zu § 2145, ferner Erl. 6 zu § 1967 und die daselbst erwähnte einen besonders gearteten Fall betreffende RGE., jetzt auch in Bd. 62 S. 38 (gegen diese Entscheidung vgl. übrigens Eccius bei Gruch. 51 S. 564); über die genannte RGE. noch weit hinausgehend glaubt das OLG. Dresden in SeuffA. 62 Nr. 164 = Sächs. Annalen 28 S. 402 die vom Erben (also wohl auch vom Vorerben) aus Anlaß der Verwaltung des Nachlasses eingegangenen Verbindlichkeiten grundsätzlich (ob der entschiedene konkrete Fall nicht vielleicht deswegen eigenartig ist, weil der noch vom Erblasser bestellte Prokurist kontrahiert hat, kann hier nicht untersucht werden) als Nachlaßverbindlichkeiten behandeln zu sollen; auf demselben Standpunkt steht auch Binder II S. 43, 44, 49. Ein starkes Argument gegen die zuletzt erwähnte Ansicht ergibt sich aus § 2135. Denn die daselbst für den Fall, daß der Vorerbe ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermietet oder verpachtet hat, angeordnete entsprechende Anwendung des § 1056 beruht offenbar auf der Voraussetzung, daß aus dem Miet-, Pachtvertrag der Vorerbe zunächst persönlich verpflichtet ist; anderenfalls wäre die nach dem Eintritt der Nacherbfolge nach Maßgabe des § 571 Abs. 2 eintretende bürgschaftliche Haftung des Vorerben geradezu undenkbar.

Daß ein über eine Nachlaßverbindlichkeit gegen den Vorerben ergangenes Urteil nicht gegen den Nacherben wirkt, ist schon zu § 2112 ausgeführt worden (s. dort Erl. 7; a. M. Wilke Anm. 1 und Endemann III § 43 bei Anm. 3, deren Ansicht jedoch dem § 326 Abs. 2 der CPO. und dessen Begründung direkt widerspricht).

2. Endigt die Vorerbschaft mit dem Tode des Vorerben (§ 2106 Abs. 1), so findet eine entsprechende Anwendung der §§ 1968, 1969 nicht statt. Der Nacherbe trägt weder die Kosten der Beerdigung des Vorerben noch hat er dessen Familienangehörigen einstweilen Unterhalt und Beherbergung zu gewähren, vielmehr sind diese Verpflichtungen ausschließlich von den Erben des Vorerben zu erfüllen. Ob der Vorerbe eigenes Vermögen hinterlassen und ob er abgesehen von den zur Vorerbschaft gehörenden Gegenständen überhaupt einen Hausstand besessen hat, ist rechtlich gleichgültig.

3. **Gestaltung** der Haftung des Nacherben. Die allgemeinen Vorschriften über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten gelten auch für den Nacherben. Soweit ihm die Beschränkung der Haftung zustatten kommt, tritt nach § 2144 Abs. 1 Halbs. 2 an die

Stelle des Nachlasses dasjenige, was der Nacherbe aus der Erbschaft erlangt. Darunter fällt nicht nur, was dem Nacherben von dem Vorerben gemäß der §§ 2111, 2130 tatsächlich herausgegeben wird, sondern sind auch die Ansprüche inbegriffen, die ihm gegen den Vorerben als solchen aus der Verwaltung der Erbschaft oder auf Grund besonderer Tatbestände zustehen (§§ 2130, 2133, 2134, § 2138 Abs. 2), was dem § 1978 Abs. 2 und dem § 2383 Abs. 1 Satz 3 entspricht.

4. Durchsetzung der Haftungsbeschränkung. Bereits in der gemeinrechtlichen Praxis und in der Theorie des preuß. Rechtes (Gruchot Erbrecht II S. 96; Eccius IV § 275 Anm. 49, 50) wurde angenommen, daß die Rechtswohltat des Inventars dem Fideikommissar unabhängig vom Fiduziar zustehe. Dementsprechend geht auch das BGB. davon aus, daß das Recht des Nacherben auf Beschränkung der Haftung ein durchaus selbständiges ist (M. V S. 125 f.). Der Nacherbe hat das Recht also auch dann, wenn der Vorerbe es verloren hatte. Doch müssen auf seiten des Nacherben, wenn ihm die Haftungsbeschränkung zustatten kommen soll, auch die Voraussetzungen für deren Verwirklichung gegeben sein. Der Umstand allein, daß der Vorerbe die Beschränkung der Haftung für sich durchgesetzt hatte, sichert den Nacherben noch nicht gegen einen Zugriff der Nachlaßgläubiger auf sein Eigenvermögen (anders wie es scheint Endemann III § 43 bei Anm. 23). Soweit die Verwirklichung der Haftungsbeschränkung amtliche Nachlaßabsonderung zur Voraussetzung hat (vgl. Erl. zu § 1975), gilt dies auch für den Nacherben. Da der Nacherbe mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge Erbe ist, ist er nunmehr (anders Endemann III § 43 Anm. 12, der dem Nacherben die hier in Frage kommende Legitimation auch schon für die Zeit vor dem Eintritt der Nacherbfolge, zu der er doch noch nicht Erbe ist, zuschreibt) nach Maßgabe von KO. § 217 zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses und nach § 1981 zum Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung legitimiert. Der Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses kann wie vor so auch nach dem Eintritte der Nacherbfolge auch von den anderen in KO. § 217 Abs. 1 bezeichneten Personen gestellt werden (über die Stellung des Vorerben im Verfahren vgl. KO. § 231 und dazu Jaeger KO.), jedoch nur mit der in KO. § 220 bestimmten zeitlichen Beschränkung, so daß der Antrag nach dem Eintritte der Nacherbfolge nur innerhalb von zwei Jahren seit dem endgültigen Erwerb der Erbschaft durch den Nacherben zulässig ist. Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung ist nach dem Eintritte der Nacherbfolge zufolge der entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 1981 Abs. 2 auch auf den Antrag eines Nachlaßgläubigers zulässig, dafern seit dem endgültigen Erwerb der Erbschaft durch den Nacherben zwei Jahre noch nicht verstrichen sind. Daß eine später wieder aufgehobene amtliche Nachlaßabsonderung schon während der Vorerbschaft stattgefunden hatte, steht der Vornahme einer neuerlichen amtlichen Nachlaßabsonderung nach dem Eintritte der Nacherbfolge nicht entgegen. Dauert die vor diesem Eintritt erfolgte amtliche Nachlaßabsonderung nach dem Erwerb der Erbschaft durch den Nacherben fort, so kommt die in § 1975 bestimmte Beschränkung der Haftung dem Nacherben freilich ohne weiteres zustatten. Eine solche Fortdauer wird besonders leicht im Falle des Nachlaßkonkurses vorkommen, wenn dieser kurz vor dem Eintritte der Nacherbfolge eröffnet worden ist. Aber auch eine während der Vorerbschaft angeordnete Nachlaßverwaltung kann nach dem Eintritte des Nacherben in die Erbenstellung fortdauern; so wenn der Nacherbe damit einverstanden ist, oder wenn dem auf Fortführung der Nachlaßverwaltung gerichteten und auf § 1981 Abs. 2 sich stützenden Antrag eines Nachlaßgläubigers stattgegeben wird.

Fehlt es an einer zur Deckung der Kosten des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens hinreichenden Masse (bei deren Abschätzung aber auch die etwaigen Ansprüche des Nacherben gegen den Vorerben, sowie die sonst noch zugunsten der Nachlaßgläubiger nach § 1978 Abs. 2 begründeten Ansprüche in Anschlag zu bringen sind), so kann der Nacherbe die Beschränkung der Haftung nach Maßgabe der §§ 1990, 1991 durchsetzen. Gegenüber den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen kommt dem Nacherben die Vorschrift des § 1992 (vgl. Rspr. 11 S. 227) zustatten. Gegenüber ausgeschlossenen Gläubigern und denjenigen Gläubigern, welche ausgeschlossenen Gläubigern gleichgestellt sind, bestimmt sich die Haftung des Nacherben nach den §§ 1973, 1974 (vgl. auch § 1989). An dem nach § 1974 maßgebenden Anfangspunkte der daselbst bestimmten fünfjährigen Verschweigungsfrist wird jedoch durch die Nacherbfolge nichts geändert. War ein Aufgebot der Nachlaßgläubiger während der Dauer der Vorerbschaft überhaupt noch nicht erlassen, so kann dessen Erlassung zweifellos vom Nacherben beantragt werden. Ein solcher Antrag des Nacherben dürfte aber selbst dann nicht schlechthin unzulässig sein, wenn ein Aufgebotsverfahren schon während der Vorerbschaft zur Durchführung gelangt war. Doch würden in solchem Falle durch das neuerliche Aufgebotsverfahren nur solche Nachlaßgläubiger betroffen

werden können, deren Forderungen mit Rücksicht auf die Zeit ihrer Entstehung durch das frühere Aufgebotsverfahren nicht mehr betroffen wurden (vgl. dazu Begr. z. CPO. S. 200). Das während der Dauer der Vorerbschaft ergangene Ausschlußurteil kommt nach CPO. § 998 auch dem Nacherben zustatten. Auch die aufschiebenden Einreden der entsprechend anzuwendenden §§ 2014, 2015 werden dem Nacherben zuzugestehen sein (vgl. Meischeider S. 291).

Wird der Nacherbe nur Miterbe, so sind für die Gestaltung seiner Haftung die Vorschriften der §§ 2058—2063 maßgebend.

5. Inventarerrichtung.

a) Es liegt ein Inventar des Vorerben vor. Nach der an die gleichartigen Vorschriften des § 2008 Abs. 1 Satz 3, des § 2063 Abs. 1 und des § 2383 Abs. 2 sich anschließenden Bestimmung des § 2144 Abs. 2 kommt das vom Vorerben errichtete Inventar auch dem Nacherben zustatten. Die Bestimmung beruht auf Zweckmäßigkeitsrücksichten und findet ihr Seitenstück in der vorhin (Erl. 4) erwähnten Vorschrift des § 998 CPO. über die Wirkung des vom Vorerben veranlaßten Aufgebots der Nachlaßgläubiger. Vorausgesetzt ist, daß das Inventar des Vorerben rechtzeitig errichtet war und sich nicht schon vor dem Eintritte der Nacherbfolge als ein ungetreues im Sinne des § 2005 Abs. 1 herausgestellt hat. Treffen diese Voraussetzungen zu, so hat das Nachlaßgericht den nach dem Eintritte der Nacherbfolge gegen den Nacherben gerichteten Antrag eines Nachlaßgläubigers auf Bestimmung einer Inventarfrist zurückzuweisen. Sollte die Fristbestimmung trotzdem erfolgt sein, so kann der Nacherbe die gerichtliche Verfügung auf Grund des § 2144 Abs. 2 mit der sofortigen Beschwerde als unzulässig anfechten (FGG. § 77, s. auch Erl. 3 zu § 1994). Zweifelhaft ist, ob der Nacherbe eine nach Maßgabe des Gesagten unzulässige Verfügung des Nachlaßgerichtes einfach unbeachtet lassen und sich, wenn ihm gegenüber später die unbeschränkte Haftung geltend gemacht wird (§ 1994 Abs. 1 Satz 2), mit Erfolg auf § 2144 Abs. 2 berufen kann. Wegen der Fassung der letzteren Bestimmung (vgl. auch die entsprechende Vorschrift des § 2063 Abs. 1) scheint die Frage so beurteilt werden zu müssen, wie wenn dem Erben, nachdem er ein ordnungsmäßiges Inventar bereits errichtet hat, die Errichtung eines solchen infolge eines Versehens des Nachlaßgerichtes aufs neue aufgegeben wird. Die Frage dürfte also zu bejahen sein. Vorsichtiger wird es aber freilich sein, wenn der Nacherbe den Weg der Beschwerde betritt. Zu beachten bleibt noch, daß § 2144 Abs. 2 ebensowenig als § 2063 Abs. 1 einen Anwendungsfall des § 2004 enthält. Denn während die zuletzt genannte Bestimmung es dem Erben nur ermöglicht, die Inventarerrichtung durch die Erklärung zu ersetzen, daß ein beim Nachlaßgericht sich befindendes und den Vorschriften der §§ 2002, 2003 entsprechendes Inventar als von ihm eingereicht gelten soll, kommt wie nach § 2063 Abs. 1 das Inventar eines Miterben den übrigen Miterben (vgl. die dortige Erl. 1), so nach § 2144 Abs. 2 das Inventar des Vorerben dem Nacherben schon von Rechts wegen zustatten (vgl. auch Peiser S. 126 Anm. 119).

Wird von dem die Bestimmung einer Inventarfrist beantragenden Nachlaßgläubiger dargetan, daß das vom Vorerben errichtete Inventar von Anfang an ein unvollständiges war, so kann dem Nacherben nach § 2005 Abs. 2, also unter denselben Voraussetzungen, unter denen dem Vorerben selbst eine neue Inventarfrist hätte bestimmt werden können, zur Ergänzung eine neue Inventarfrist bestimmt werden. Die Frage, wie diese Ergänzung stattzufinden hat, hängt mit der weiteren Frage zusammen, ob dem Nacherben ungeachtet der durch den Vorerben erfolgten Errichtung eines getreuen und im Sinne des § 2001 vollständigen Inventars eine „neue“ (vgl. dazu Erl. 3 zu § 2005) Inventarfrist schon deshalb bestimmt werden kann, „weil der Bestand des Nachlasses sich zwischen dem Erbfalle und dem Nacherbfolgefalle geändert hat und das vom Vorerben errichtete Inventar nicht alles enthält, was für den Nacherben an die Stelle des Nachlasses getreten ist“ (so in der Tat Wilke Anm. 2 zu § 2145; ferner Meischeider S. 290; Herzfelder S. 410). Diese Frage ist jedoch zu verneinen, denn die bejahende Antwort würde der Vorschrift des § 2144 Abs. 2 nahezu jede praktische Bedeutung nehmen. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Bestand des Nachlasses in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge nicht nur bei befreiter, sondern auch bei nichtbefreiter Vorerbschaft fast immer sehr erhebliche Veränderungen erfährt. Könnte dem Nacherben schon mit Rücksicht hierauf zur Ergänzung des zurzeit des Erbfalls vollständig gewesenen Inventars eine neue Inventarfrist bestimmt werden, so hieße das praktisch, daß das vom Vorerben errichtete Inventar, weil es hinsichtlich der Angabe der Nachlaßgegenstände auf den Zeitpunkt des Erbfalls und nicht auf den des Eintrittes der Nacherbfolge gestellt ist, dem Nacherben tatsächlich doch nicht zustatten kommt. Dies ist aber weder mit dem Wort-

laut des § 2144 Abs. 2 noch mit der Absicht des Gesetzes vereinbar. Nach den M. V S. 126 sollte durch die genannte Vorschrift eine Vereinfachung erzielt und dem Nacherben bei Vorhandensein eines den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Inventars des Vorerben die Errichtung eines neuen Inventars erspart werden, obschon dasjenige, womit der Nacherbe bei beschränkter Haftung den noch vorhandenen Nachlaßgläubigern haftet, mit demjenigen, womit der Vorerbe haftete, selbstverständlich nicht zusammenfällt (so in Übereinstimmung mit den früheren Auflagen dieses Werkes auch Strohal II § 83 Anm. 2; Binder II S. 212). Demgemäß wird zu sagen sein, daß der Nacherbe, wenn ihm nach § 2005 Abs. 2 zur Vervollständigung des vom Vorerben errichteten Inventars eine neue Inventarfrist bestimmt worden ist, die Vervollständigung nur in der Weise herzustellen braucht, daß sich das Inventar nunmehr als ein für die Zeit des Erbfalls vollständiges darstellt. Nach dieser Richtung hat der Nacherbe auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers den Offenbarungseid des § 2006 bei sonstigem Eintritt des in Abs. 3 daselbst bestimmten Rechtsnachteils zu leisten.

Eine Benachteiligung der Nachlaßgläubiger kann sich hieraus ebensowenig ergeben als daraus, daß auch in dem von einem Erben, der nicht von einem Nacherben abgelöst wird, errichteten Inventar die in Ansehung der Erbschaft nach dem Erbfall, während sich diese etwa in der Hand eines Nachlaßpflegers oder des Testamentsvollstreckers oder des Erben selbst befand, eingetretenen Veränderungen nicht anzugeben sind. Denn das hinsichtlich der Nachlaßgegenstände auf die Zeit des Erbfalls gestellte Inventar bildet nur die Grundlage für die den Erben bzw. Nacherben im Falle der beschränkten Haftung den Nachlaßgläubigern gegenüber nach § 1978 treffende Auskunfts- und Rechenschaftspflicht (vgl. M. V S. 618). Was speziell den Nacherben betrifft, so wird er, soweit § 1978 Abs. 1 eingreift, darüber Auskunft zu erteilen haben, was er von den zurzeit des Erbfalls vorhanden gewesenen Gegenständen bzw. deren Surrogaten erlangt hat, desgleichen wie sich der Bestand des Nachlasses seit dem Eintritte der Nacherbfolge noch weiter gestaltet hat. Für den ersten Teil dieser Auskunftserteilung wird die dem Nacherben vom Vorerben nach § 2130 Abs. 2 abgelegte Rechenschaft und bei befreiter Vorerbschaft das vom Vorerben dem Nacherben nach § 2138 Abs. 1 bzw. § 260 vorgelegte Verzeichnis der noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände von erheblicher Bedeutung sein. Mag die Verwirklichung der beschränkten Haftung des Nacherben durch amtliche Nachlaßabsonderung oder ohne solche erfolgen, so ist damit immer ein Anwendungsfall des § 260, möglicherweise auch ein solcher des § 259 gegeben, und wird der Nacherbe nach Maßgabe der berufenen Bestimmungen zur Leistung des Offenbarungseides verhalten werden können. Zu beachten ist übrigens noch, daß der Nacherbe wegen der bis zum Eintritte der Nacherbfolge schuldbar vorgenommenen Verwaltungsakte des Vorerben den Nachlaßgläubigern ebensowenig persönlich haftet, als den Erben eine persönliche Haftung für schuldbar vorgenommene Verwaltungsakte des Testamentsvollstreckers oder den Erbschaftskäufer eine persönliche Haftung für solche Verwaltungsakte des Erben trifft.

b) Der Vorerbe hat kein Inventar errichtet. Der Fall wird verhältnismäßig selten sein, kann aber doch vorkommen, so besonders, wenn der Fall der Nacherbfolge schon sehr bald nach dem Erbfall eintritt, oder wenn der Fiskus Vorerbe war (vgl. § 2011). Praktisch gehört hierher auch der Fall, daß das beim Nachlaßgericht sich befindende Inventar des Vorerben verspätet errichtet war (§ 1994) oder sich bereits als ein ungetreues herausgestellt hatte. Hier kann dem Nacherben auf Antrag eines Nachlaßgläubigers nach Maßgabe des § 1994 eine Inventarfrist bestimmt werden. Versäumung der Inventarfrist und desgleichen die Errichtung eines ungetreuen Inventars hat die unbeschränkte Haftung des Nacherben für die Nachlaßverbindlichkeiten zur Folge (§ 1994 Abs. 1, § 2005 Abs. 1, vgl. aber auch § 2144 Abs. 3). Fraglich ist, auf welchen Zeitpunkt das vom Nacherben errichtete Inventar rücksichtlich der Angabe der Nachlaßgegenstände gestellt sein muß. Die Ansichten gehen auseinander. Künzel bei Gruch. 41 S. 836 ff.; desgleichen die bisherigen Auflagen dieses Werkes; ferner Wilke Anm. 2 zu § 2144; Jaeger Erbenhaftung S. 28 Anm. 2; Herzfelder S. 410 gelangen auf Grund des § 2144 Abs. 1 zu dem Ergebnis, daß das vom Nacherben errichtete Inventar diejenigen Gegenstände angeben müsse, welche der Nacherbe mit dem Eintritte der Nacherbfolge aus der Erbschaft erlangt, mit Einschluß der ihm gegen den Vorerben als solchen zustehenden Ansprüche. Der Herausgeber hält diese Entscheidung auch jetzt noch aufrecht und läßt sich hierbei von der doppelten Erwägung leiten, daß die zweite Kommission die — im Zusammenhalt mit § 2144 Abs. 2 allerdings auffallende — Vorschrift des jetzigen § 2144 Abs. 1 jedenfalls in dem vorhin bezeichneten Sinne verstanden habe und daß dieser Sinn auch dem Wortlaut der Vorschrift entspreche.

Nach der Auffassung des Bearbeiters hat dagegen die Vorschrift des § 2144 Abs. 1 keinen anderen Charakter als die des analogen § 2383 Abs. 1. Wie sich aus dieser ergibt, womit der beschränkt haftende Erbschaftskäufer den Nachlaßgläubigern haftet, so entscheidet jene dieselbe Frage bezüglich des beschränkt haftenden Nacherben. Eine positive Bestimmung über den Inhalt des zu errichtenden Inventars scheint dem Bearbeiter durch § 2144 Abs. 1 (in betreff des Inventars des Nacherben) ebensowenig gegeben zu sein, als eine solche in § 2383 Abs. 1 (in betreff des Inventars des Erbschaftskäufers) gefunden werden kann. Zur Begründung noch folgendes: Das Prinzip der gegenständlich beschränkten Haftung bringt es notwendig mit sich, daß sich dasjenige, womit der beschränkt haftende Erbe den Nachlaßgläubigern haftet, mit dem wechselnden Bestand des Nachlasses fortwährend ändert. Aus dem rücksichtlich der Angabe der Nachlaßgegenstände notwendig auf einen bestimmten Zeitpunkt gestellten Inventar werden die Nachlaßgläubiger daher, mag sich die Erbschaft nun bei dem Erben, oder bei einem Erbschaftskäufer oder beim Nacherben befinden, niemals unmittelbar entnehmen können, mit welchen Gegenständen ihnen in einem späteren Zeitpunkte gehaftet wird. Das Inventar erfüllt seinen Zweck vielmehr dadurch, daß es die Grundlage für die Beurteilung der weiteren Gestaltung der beschränkten Haftung herstellt. Eine wirklich geeignete Grundlage hierfür bildet aber nur ein den zur Zeit des Erbfalls vorhanden gewesenen Bestand der Nachlaßgegenstände enthaltendes Inventar. Es unterliegt daher auch nicht dem geringsten Zweifel, daß das von einem Erbschaftskäufer, obschon er (bei beschränkter Haftung) den Nachlaßgläubigern nur mit demjenigen haftet, was ihm von der Erbschaft auf Grund des Erbschaftskaufes zugekommen ist bzw. noch gebührt (vgl. § 2383 Abs. 1), errichtete Inventar hinsichtlich der Angabe der Nachlaßgegenstände nicht auf die Zeit des Erbschaftskaufes, sondern auf die des Erbfalls zu stellen ist. Man denke ferner an die Errichtung eines Inventars durch einen Erben, der die Erbschaft erst viele Jahre nach dem Erbfall im Wege der Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs (ja vielleicht sogar erst nach Durchführung der gegen den Erbschaftsbesitzer gerichteten Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit) erstritten hat. Wie in diesen Fällen das hinsichtlich des Aktivbestandes der Erbschaft auf die Zeit des Erbfalls zu stellende Inventar die Grundlage für die Ermittelung desjenigen bildet, womit der Erbschaftskäufer, der Sieger im Erbschaftsprozesse den Nachlaßgläubigern haftet, so scheint es sich auch bei der Errichtung eines Inventars durch den Nacherben, der, obschon er dem Vorerben zeitlich nachfolgt, doch nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern vielmehr des Erblassers ist, verhalten zu müssen. Nur wenn feststeht, welche Gegenstände zur Zeit des Erbfalls zum Nachlaß gehört haben, läßt sich übersehen, was der Vorerbe dem Nacherben herauszugeben hatte, welche Ansprüche für den Nacherben gegen den Vorerben auf Grund der §§ 2130—2134 oder doch wenigstens auf Grund des § 2138 Abs. 2 begründet sind und zugleich, ob und inwieweit der Vorerbe von den Nachlaßgläubigern noch nach § 1978 Abs. 1 haftbar gemacht werden kann. Immerhin beruht jedoch die Ansicht, welche das vom Nacherben errichtete Inventar rücksichtlich der Angabe der Nachlaßgegenstände auf den Fall der Nacherbfolge gestellt wissen will, insofern auf einem zutreffenden Gesichtspunkt, als den Nachlaßgläubigern, wenn der Nacherbe ihnen gegenüber die Beschränkung seiner Haftung geltend macht, die Möglichkeit einer Orientierung darüber gegeben sein muß, was der Nacherbe aus der Erbschaft tatsächlich erlangt und welche Ansprüche er an den Vorerben als solchen noch zu stellen hat. Diesen Einblick erhalten aber die Nachlaßgläubiger am besten durch die vom Nacherben nach § 2078 Abs. 1 zu erteilende Auskunft. Ein rücksichtlich der Nachlaßgegenstände auf die eben erwähnten Angaben sich beschränkendes Inventar des Nacherben würde dagegen den Interessen der Nachlaßgläubiger nicht entsprechen. Denn wenn der Aktivbestand des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls eine unbekannte Größe ist, so kann man auch nicht wissen, was dem Nacherben vom Vorerben herauszugeben ist. Als völlig unmöglich stellt sich die Errichtung eines auf die Angabe desjenigen, womit der Nacherbe nach § 2144 Abs. 1 den Nachlaßgläubigern haftet, sich beschränkenden Inventars heraus, wenn die Nacherbfolge nur in Ansehung eines Bruchteils der Erbschaft eintritt. Das BGB. kennt nur ein Inventar über die Erbschaft, nicht auch ein solches über einen Bruchteil der Erbschaft (vgl. auch Erl. 2 zu § 2063) oder bezüglich desjenigen, was ein Teilerbe auf den ihm zukommenden Bruchteil aus der Erbschaft erlangt hat.

Auf Grund der vorstehenden Darlegung, die durch § 2144 Abs. 2 noch weitere Bestätigung erhält, glaubt der Bearbeiter annehmen zu dürfen, daß § 2144 Abs. 1 eine Vorschrift über den Inhalt des vom Nacherben zu errichtenden Inventars nicht enthält und daß es in dieser Beziehung somit bei der allgemeinen Vorschrift des § 2001 bewendet

§. 2145. Der Vorerbe haftet nach dem Eintritte der Nacherbfolge für die Nachlaßverbindlichkeiten noch insoweit, als der Nacherbe nicht haftet. Die Haftung bleibt auch für diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, welche im Verhältnisse zwischen dem Vorerben und dem Nacherben dem Vorerben zur Last fallen.

Der Vorerbe kann nach dem Eintritte der Nacherbfolge die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, sofern nicht seine Haftung unbeschränkt ist, insoweit verweigern, als dasjenige nicht ausreicht, was ihm von der Erbschaft gebührt. Die Vorschriften der §§. 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung.

(so auch Strohal II § 83 Anm. 2; Binder II S. 212). Demgemäß wird sich der Nacherbe, wenn sich beim Nachlaßgerichte bereits ein (rücksichtlich der Angabe der Nachlaßgegenstände auf die Zeit des Erbfalls gestelltes) den Vorschriften der §§ 2002, 2003 entsprechendes (und dem Nacherben nicht ohnehin schon nach § 2144 Abs. 2 von Rechts wegen zustatten kommendes) Inventar befindet, nach § 2004 auf dieses berufen können. Ist dieser Fall nicht gegeben, so kann dem Nacherben die Angabe der zur Zeit des Erbfalls vorhanden gewesenen Nachlaßgegenstände in dem von ihm zu errichtenden Inventar dann keine Schwierigkeiten bereiten, wenn er dafür gesorgt hat, daß das in § 2121 erwähnte Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände nach Maßgabe des Abs. 3 daselbst ehemöglichst aufgenommen wurde. Hat der Nacherbe diese Vorsicht unterlassen, so wird er der Anforderung des § 2001 Abs. 1 bei der Inventarerrichtung wenigstens insoweit zu entsprechen haben, als dies tunlich ist. Wegen der eidlichen Bekräftigung des Inventars vgl. § 2006. Darüber, daß der auf die Beschränkung seiner Haftung sich berufende Nacherbe unter Umständen auch den Offenbarungseid nach §§ 259, 260 zu leisten hat, vgl. die obige Ausführung unter a.

6. Im Abs. 3 wird zugunsten des Nacherben gegenüber dem Vorerben dieselbe Vorschrift getroffen, die nach § 2063 Abs. 2 im Verhältnisse von Miterben untereinander gilt. Wie an jener Stelle kommt es auch hier nicht darauf an, ob die Schuld noch vom Erblasser herrührt (s. § 2143) oder ob sie den Nacherben als solchen trifft, insbesondere wegen einer Verwendung des Vorerben auf die Erbschaft. Andererseits hat die Vorschrift auch hier nur die Bedeutung, daß das Recht des Nacherben auf Beschränkung der Haftung dem Vorerben gegenüber auch dann besteht, wenn der Nacherbe es den übrigen Nachlaßgläubigern gegenüber eingebüßt hat, während die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung gegenüber dem Vorerben nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften erfolgen muß (vgl. Erl. 1 b zu § 2063; a. M. anscheinend Endemann III § 43 Nr. 2).

§ 2145.

E. I § 1837 Abs. 1; II § 2016 rev. § 2121; III § 2119. P. I S. 9302 ff., 9312 ff.; M. V S. 126 f. P. II Bd. 5 S. 149 f., 829. D. S. 733.

Inwieweit haftet der Vorerbe noch nach dem Eintritte der Nacherbfolge für die Nachlaßverbindlichkeiten?

1. **Grundsatz und Ausnahmen.** Da der Vorerbe mit dem Eintritte der Nacherbfolge aufhört, Erbe zu sein (§ 2139), so scheint mit diesem Zeitpunkte auch dessen Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin erlöschen zu müssen. Obschon dies den offenbaren Ausgangspunkt der in § 2145 getroffenen Bestimmungen bildet (vgl. M. V S. 126 f.), so gilt das Gesagte doch nur mit nicht unerheblichen Modifikationen.

Geht man zunächst von dem Normalfalle aus, daß weder auf der Seite des Vorerben noch auf der des Nacherben die Voraussetzungen der unbeschränkten Haftung eingetreten sind, so kann sich für die Zeit nach dem Eintritte der Nacherbfolge eine Haftung des Vorerben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach folgenden Richtungen ergeben.

a) Wenn Abs. 1 Satz 1 bestimmt, daß der Vorerbe für die Nachlaßverbindlichkeiten noch insoweit haftet, als der Nacherbe nicht haftet, so trifft er damit jedenfalls diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten, für welche der Nacherbe überhaupt nicht haftet. Man hat hierbei besonders an solche Vermächtnisse und Auflagen zu denken, die nach der Anordnung des Erblassers lediglich den Vorerben treffen und von diesem somit aus demjenigen, was ihm aus der Erbschaft zukommt (das sind regelmäßig nur die Nutzungen), entrichtet werden sollen. Selbstverständlich haftet der Vorerbe ferner, wie vor so auch nach dem Eintritte der Nacherbfolge für die von ihm persönlich, wenn auch aus Anlaß der Verwaltung der Erbschaft vertragsmäßig

eingegangenen Verbindlichkeiten, z. B. für den noch nicht bezahlten Preis der von ihm gekauften und einem erbschaftlichen Grundstück einverleibten Inventarstücke (§ 2111 Abs. 2). Doch handelt es sich hierbei überhaupt nicht um eine Nachlaßverbindlichkeit, sondern um eine Eigenverbindlichkeit des Vorerben, und kommt eine den Nacherben treffende Nachlaßverbindlichkeit nur insofern in Frage, als der Vorerbe gegenüber dem Nacherben einen Anspruch auf Befreiung bzw. Ersatz hat. Gleichfalls nicht hierher gehört die den Vorerben gegenüber dem Nacherben wegen der vorerbschaftlichen Verwaltung der Erbschaft (vgl. §§ 2130—2134, § 2138 Abs. 2) treffende Verantwortlichkeit. Denn aus dieser Verantwortlichkeit entsteht keine Nachlaßverbindlichkeit des Vorerben. Die Ersatzforderung des Nacherben gegen den Vorerben bzw. das zum Zwecke ihrer Erfüllung dem Nacherben Geleistete bildet vielmehr ein zu der Masse, mit welcher der Nacherbe nach § 2144 Abs. 1 den Nachlaßgläubigern haftet, gehörendes Aktivum. Etwas anders geartet ist jedoch der Fall, wo der Vorerbe wegen der Verwaltung der Vorerbschaft nicht dem Nacherben, sondern lediglich den Nachlaßgläubigern nach § 1978 Abs. 1 haftbar ist; vgl. darüber die Ausführung unter c.

b) Nach Abs. 1 Satz 2 bleibt die Haftung des Vorerben für diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, zu deren Berichtigung der Vorerbe dem Nacherben gegenüber verpflichtet ist. Diese vom E. I abgelehnte Vorschrift ist von der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 149) aufgenommen worden, weil sie den praktischen Vorteil einer Abkürzung der Rechtsverfolgung bietet. Es handelt sich bei ihr nicht um eine gesetzliche Übertragung der dem Nacherben zustehenden Ersatzansprüche auf die Gläubiger, vielmehr bleiben einerseits die Ansprüche des Nacherben gegen den Vorerben unberührt und wird andererseits nur vorgeschrieben, daß die bestehende Haftung des Vorerben gegenüber den Gläubigern fortbestehen soll, obwohl der Vorerbe nicht mehr Erbe und der Nacherbe in die Haftung eingetreten ist. Die Vorschrift ist vorzugsweise für die aus der Zeit der Vorerbschaft rückständigen Zinsen von Nachlaßschulden und für die rückständigen gewöhnlichen Lasten von Bedeutung. Für Verbindlichkeiten des Vorerben, die überhaupt keine Nachlaßverbindlichkeiten sind, z. B. für die Lohnansprüche von Handwerkern, die im Auftrage des Vorerben eine zur gewöhnlichen Erhaltung dienende Ausbesserung eines erbschaftlichen Gegenstandes vorgenommen haben (§ 2124 Abs. 1), gilt sie nicht, da sich für solche Verbindlichkeiten von selbst versteht, daß sie durch den Eintritt der Nacherbfolge nicht berührt werden (vgl. Erl. 1 zu § 2144; a. M. Wilke Anm. 2, der den Satz 2 auch auf die gewöhnlichen Erhaltungskosten bezieht).

Wegen der Haftung des Vorerben für die Geschäftsverbindlichkeiten eines zur Erbschaft gehörenden und von ihm fortgeführten Handelsgeschäfts (HGB. § 27) vgl. Böhm S. 425.

c) Besonderer Würdigung bedarf die den Vorerben lediglich den Nachlaßgläubigern (also nicht auch dem Nacherben) gegenüber nach § 1978 Abs. 1 treffende Verantwortlichkeit. Es ist klar, daß der Eintritt der Nacherbfolge nicht eine Veränderung des bisherigen Bestandes der Nachlaßaktiven zur Folge haben kann. Soweit dieser Bestand auf den Nacherben übergeht, tritt nun freilich an die Stelle der beschränkten Haftung des Vorerben die des Nacherben. Allein nicht alle bisherigen Nachlaßaktiven kommen dem Nacherben zu. So verhält es sich vor allem mit den vom Vorerben gezogenen Nutzungen der Erbschaft, soweit er sie dem Nacherben nicht herauszugeben braucht (vgl. §§ 2111, 2133), desgleichen mit denjenigen Vermögenswerten, welche bei befreiter Vorerbschaft aus dieser in das Eigenvermögen des Vorerben übergegangen sind, ohne daß den Vorerben deswegen gegenüber dem Nacherben eine Verantwortlichkeit nach § 2138 Abs. 2 trifft. Das Nichtvorhandensein einer Herausgabepflicht des Vorerben gegenüber dem Nacherben kann aber daran nichts ändern, daß der beschränkt haftende Vorerbe den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses nach § 1978 Abs. 1 verantwortlich bleibt. Der Vorerbe muß daher, ganz abgesehen davon, daß die bei ihm noch vorhandenen Früchte der Erbschaft im Verhältnis zwischen ihm und den Nachlaßgläubigern als Erbschaftsgegenstände gelten, wegen der aus der Erbschaft in sein Vermögen übergegangenen Werte, soweit dies zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger erforderlich ist, Ersatz leisten. Eine derartige, lediglich den Nachlaßgläubigern gegenüber eintretende Verantwortlichkeit des Vorerben setzt übrigens einen Übergang von Werten aus der Erbschaft in das Eigenvermögen des Vorerben nicht notwendig voraus. Sie kann z. B. auch schon dadurch gegeben sein, daß der von jeder Sorgfaltspflicht gegenüber dem Nacherben befreite Vorerbe (vgl. §§ 2136, 2137) durch ein von ihm nach § 1978 Abs. 1 zu vertretendes Verhalten den Bestand der Erbschaft zum Nachteil der Nachlaßgläubiger gemindert hat. Auch diese Haftung des Vorerben kann durch den Eintritt der Nacherbfolge nicht beseitigt werden. Es wird nicht bezweifelt werden können,

daß § 2145 Abs. 1 mit der Bestimmung, daß der Vorerbe nach dem Eintritte der Nacherbfolge für die Nachlaßverbindlichkeiten noch insoweit haftet, als der Nacherbe nicht haftet, auch die soeben angeführten Fälle treffen will. Nicht zu verkennen ist aber zugleich, daß diese Haftung des Vorerben im Verhältnis zu den Nachlaßgläubigern der Gruppen a und b eine andere Bedeutung hat als in dessen Verhältnis zu allen übrigen Nachlaßgläubigern. In den unter a und b bezeichneten Fällen haftet der Vorerbe für bestimmte Nachlaßverbindlichkeiten in der Art, daß er auf die gegen ihn gerichtete Klage der in Frage kommenden Nachlaßgläubiger als Schuldner der eingeklagten Nachlaßverbindlichkeit zu verurteilen ist, und ergibt sich dasjenige, womit der beschränkt haftende Vorerbe den genannten Nachlaßgläubigern haftet, aus § 2145 Abs. 2. Für das Maß dieser Haftung ist also selbstverständlich von entscheidender Bedeutung, was der Vorerbe von der Erbschaft (als ihm im Verhältnis zum Nacherben gebührend) noch hat oder lediglich infolge von Umständen, die er den Nachlaßgläubigern gegenüber nach Maßgabe des früher Gesagten zu vertreten hat, nicht mehr hat. Im Verhältnis zu den übrigen Nachlaßgläubigern kommt dagegen der Vorerbe nach dem Eintritte der Nacherbfolge als Schuldner der entsprechenden Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt nicht mehr in Betracht, sondern bleibt er ihnen nach dem bezeichneten Zeitpunkte nur für die Beschaffung eines auf den Nacherben nicht übergegangenen Nachlaßaktivums verhaftet.

2. Praktische Gestaltung. Auf Grund der Feststellungen in Erl. 1 gelangt man zu folgenden praktischen Ergebnissen. Von dem Eintritte der Nacherbfolge an haben die Nachlaßgläubiger ihre Ansprüche auf Befriedigung aus dem Nachlaß grundsätzlich gegen den Nacherben zu richten. Wendet sich ein Nachlaßgläubiger mit seiner Klage trotzdem gegen den Vorerben, so kann ihm dieser die Einwendung der mangelnden Passivlegitimation entgegenstellen. Führt ein Nachlaßgläubiger auf Grund eines von ihm gegen den Vorerben vor dem Eintritte der Nacherbfolge erwirkten Urteils nach dem Eintritte der Nacherbfolge die Zwangsvollstreckung, so wird sich der Nacherbe dagegen gemäß ZPO. §§ 767, 769 durch die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage und durch Erwirkung einstweiliger Verfügungen schützen können.

Auch nach dem Eintritte der Nacherbfolge passiv legitimiert bleibt jedoch der Vorerbe bezüglich der in Erl. 1 unter a und b bezeichneten Ansprüche. Hierbei kann jedoch der beschränkt haftende Vorerbe, auf dessen Haftung die §§ 1990, 1991 entsprechend anzuwenden sind, die Berichtigung der in Frage kommenden Nachlaßverbindlichkeiten insoweit verweigern, als dasjenige nicht ausreicht, was ihm von der Erbschaft gebührt und womit er unter Berücksichtigung von § 1991 Abs. 1 den bezeichneten Gläubigern haftet (§ 2145 Abs. 2). Möglicherweise vermag der Vorerbe schon in dem vom Nachlaßgläubiger anhängig gemachten Prozesse liquid zu stellen, daß von demjenigen, worauf sich seine Haftung beschränkt, nichts mehr vorhanden ist, und so die Abweisung des Klägers durchzusetzen. Andernfalls wird er dafür sorgen müssen, daß ihm in dem gegen ihn ergehenden Urteil die Beschränkung der Haftung vorbehalten werde (ZPO. § 780), und diese selbst dann im Stadium der Zwangsvollstreckung durchsetzen können. Verlangen mehrere Gläubiger der in Erl. 1 a und b bezeichneten Art ihre Befriedigung, so sind die entsprechend anzuwendenden Vorschriften des § 1991 Abs. 3, 4 zu beachten. Die Vornahme einer besonderen amtlichen Absonderung desjenigen, womit der Vorerbe den genannten Gläubigern haftet, kommt nicht in Frage (anders mit Unrecht Meischeider S. 302).

Bezüglich aller übrigen Nachlaßgläubiger bleibt es dagegen bei der an die Spitze dieser Erörterung gestellten Regel. Ihr Schuldner ist nicht mehr der Vorerbe, sondern der Nacherbe. Zur Befriedigung ihrer gegen den Nacherben sich richtenden Forderungen können sie aber auch auf dasjenige greifen, womit ihnen zwar der Nacherbe selbst nicht haftet, was aber nach § 1978 Abs. 2 im Interesse der Nachlaßgläubiger zum Nachlaß gehört. Im Falle einer nach dem Eintritte der Nacherbfolge eintretenden amtlichen Nachlaßabsonderung (zu deren Beantragung jedoch der Vorerbe als solcher nach dem Eintritte der Nacherbfolge nicht mehr legitimiert ist) wird dieses Nachlaßaktivum, soweit es zur Deckung der Ansprüche der Nachlaßgläubiger erforderlich ist, durch den Nachlaßverwalter oder den Nachlaßkonkursverwalter gegen den Vorerben geltend gemacht werden. Andernfalls wird jeder einzelne Nachlaßgläubiger (vgl. dazu Erl. 3 zu § 1985), soweit er seine Befriedigung durch den Nacherben nicht erhält, vom Vorerben verlangen können, daß dieser in Höhe des bei ihm noch vorhandenen Nachlaßaktivums für die Befriedigung aufkomme (vgl. dazu Hachenburg, Studien S. 65). Wird dieses Verlangen von mehreren Nachlaßgläubigern gestellt, so finden auch hier die Vorschriften des § 1991 Abs. 3, 4 entsprechende Anwendung. Soweit ein Nachlaßgläubiger (wobei vorausgesetzt wird, daß er nicht zu den vorhin besonders genannten Gruppen von Gläubigern gehört)

§. 2146. Der Vorerbe ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, den Eintritt der Nacherbfolge unverzüglich dem Nachlaßgericht anzuzeigen. Die Anzeige des Vorerben wird durch die Anzeige des Nacherben ersetzt.

Das Nachlaßgericht hat die Einsicht der Anzeige Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

---

seine Befriedigung auf dem bezeichneten Wege durch den Vorerben erhält, wird dieser vom Nacherben (jedoch unbeschadet der in § 2144 Abs. 3 bestimmten Beschränkung der Haftung) Ersatz verlangen können.

3. Unbeschränkte Haftung. An den in Erl. 2 herausgestellten Ergebnissen wird hinsichtlich der Haftung des Vorerben dadurch nichts geändert, daß auf der Seite des Nacherben hinsichtlich der Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt oder doch hinsichtlich einzelner Nachlaßverbindlichkeiten die unbeschränkte Haftung eingetreten ist. Bezüglich der gegen den allgemein unbeschränkt haftenden Nacherben sich richtenden Ansprüche des Vorerben vgl. § 2144 Abs. 3. Hat umgekehrt nur der Vorerbe das Recht zur Beschränkung seiner Haftung eingebüßt (während der Nacherbe dieses Rechtes noch teilhaftig ist), so ist anzunehmen, daß dessen unbeschränkte Haftung auch nach dem Eintritte der Nacherbfolge fortdauert und daß er somit bezüglich der Ansprüche derjenigen Nachlaßgläubiger, welchen er unbeschränkt haftet, noch passiv legitimiert bleibt (vgl. § 2145 Abs. 2). Doch wird, soweit diese Legitimation lediglich darauf beruht, daß der Vorerbe unbeschränkt haftet, der klagende Nachlaßgläubiger den Eintritt der unbeschränkten Haftung zu beweisen haben. Es verhält sich in dieser Beziehung ähnlich wie in dem Falle, wo ein Nachlaßgläubiger während der Dauer der amtlichen Nachlaßabsonderung auf Grund der eingetretenen unbeschränkten Haftung des Erben seinen Anspruch gegen diesen persönlich richtet (vgl. Erl. 4 zu § 1975). In betreff der Ersatzansprüche des Vorerben gegen den Nacherben gilt das in Erl. 2 a. E. Bemerkte auch hier.

Nicht ganz unzweifelhaft ist die Gestaltung der Haftung des Vorerben, wenn, nachdem für ihn bereits die unbeschränkte Haftung eingetreten war, späterhin auch der Nacherbe das Recht zur Haftungsbeschränkung einbüßt. In den M. V S. 127 wird angenommen, daß der bereits unbeschränkt haftende Vorerbe von dieser Haftung dann frei werde, wenn und soweit der Nacherbe ebenfalls unbeschränkt haftet. Diese durch die Fassung des E. I (§ 1837) nahegelegte Auffassung hat jedoch im jetzigen § 2145 keinen Ausdruck gefunden. Ja noch mehr, § 2145 Abs. 2 spricht geradezu dafür, daß dem bereits unbeschränkt haftenden Vorerben von seiner Haftung durch den Eintritt der Nacherbfolge keinesfalls etwas abgenommen wird. Gegen jede andere Lösung sprechen auch sehr erhebliche praktische Erwägungen. Vor allem ist zu bedenken, daß die Auffassung der Motive notwendig zu einer großen Unsicherheit der Nachlaßgläubiger darüber führen muß, ob und inwieweit die bereits eingetretene unbeschränkte Haftung des Vorerben im konkreten Falle nach dem Eintritte der Nacherbfolge fortdauern wird oder nicht. Denn die Tatsachen, welche bezüglich der Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt oder bezüglich einzelner Nachlaßverbindlichkeiten zur unbeschränkten Haftung des Nacherben führen, fallen mit dem Eintritte der Nacherbfolge keineswegs zusammen, sondern können möglicherweise erst viel später eintreten. Als schlechthin unannehmbar muß es aber bezeichnet werden, daß den Nachlaßgläubigern Pfändungspfandrechte oder Zwangshypotheken, die sie vor dem Eintritte der unbeschränkten Haftung des Nacherben, auf Grund der unbeschränkten Haftung des Vorerben an zu dessen Eigenvermögen gehörenden Gegenständen erworben hatten, infolge der später eintretenden unbeschränkten Haftung des Nacherben wieder verloren gehen sollen. Man wird also zu entscheiden haben, daß die während der Zeit der Vorerbfolge bereits eingetretene unbeschränkte Haftung des Vorerben selbst dadurch nicht beseitigt wird, daß hinterher ein Umstand eintritt, vermöge dessen auch der Nacherbe unbeschränkt haftet (vgl. auch Strohal II § 83 Anm. 8 und Binder II S. 214). Den Ersatzansprüchen des Vorerben gegenüber kann sich aber der Nacherbe auch in diesem Falle auf die Beschränkung seiner Haftung berufen (§ 2144 Abs. 3).

§ 2146.

E. II § 2017 rev. § 2122; III § 2120. P. II Bd. 5 S. 149 f.

Anzeigepflicht des Vorerben. Die im § 2146 dem Vorerben auferlegte Verpflichtung beruht auf dem Interesse, das die Nachlaßgläubiger vermöge der §§ 2144, 2145 an der Kenntnis von dem Eintritte der Nacherbfolge haben (vgl. die gleichartige Vorschrift des § 2384 bei dem

Vierter Titel.
Vermächtniß.

Erbschaftskaufe). Die Anzeigepflicht trifft nur den Vorerben, nicht den Nacherben, wird jedoch auch durch eine Anzeige des letzteren erfüllt. Sie besteht nur den Nachlaßgläubigern gegenüber; wegen der Sicherung der Nachlaßschuldner s. § 2111 Abs. 1 Satz 2, § 2129 Abs. 2 Satz 2 und die Erl. 2 zu § 2140. Eine unmittelbare Anzeige an die Gläubiger, auch soweit sie bekannt sind, ist nicht vorgeschrieben. Wegen der Bedeutung des Wortes „unverzüglich" s. § 121 Abs. 1. Die schuldhafte Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige verpflichtet den Vorerben zum Schadensersatze (§ 823 Abs. 2, vgl. P. II, Bd. 2 S. 129). Zum Abs. 2 s. Erl. 4 zu § 1953 und die Erl. zu § 2010, auch Meischeider S. 285 f.

Vierter Titel.

I. Die Begriffsbestimmung des Vermächtnisses ist bereits in den §§ 1939, 1941 dahin gegeben, daß es die durch Verfügung von Todeswegen erfolgende Zuwendung eines Vermögensvorteils bedeutet, die keine Erbeinsetzung enthält (vgl. Erl. 1, 2, 5 zu § 1939). Das Wort „Vermächtnis" wird jedoch im BGB. in verschiedenem Sinne gebraucht. Es bedeutet die Vermächtnisverfügung oder auch deren Erfolg, und zwar im letzteren Falle entweder im Hinblick auf den Bedachten (Vermächtnisnehmer) die Zuwendung oder im Hinblick auf den Beschwerten die Belastung. Endlich wird auch der vermachte Gegenstand kurzweg als das Vermächtnis bezeichnet (z. B. §§ 2151, 2152). Für das einem Erben zugewendete Vermächtnis wird im § 2150 die Bezeichnung Vorausvermächtnis (bisher auch Vorvermächtnis, Prälegat) eingeführt. Sonstige technische Ausdrücke sind im BGB. vermieden, während sich in der Theorie teils auf Grund des bisherigen Sprachgebrauchs, teils auf Grund des E. I und der Materialien eine Anzahl fester Bezeichnungen eingebürgert hat (Wahlvermächtnis § 2154, Gattungsvermächtnis § 2155, Verschaffungsvermächtnis § 2170, Untervermächtnis §§ 2186 ff., Ersatzvermächtnis § 2190, Nachvermächtnis § 2191).

II. Die Anordnung des Vermächtnisses erfolgt nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen. Eine besondere Form der Vermächtnisverfügung (Kodizill, Oralfideikommiß), wie sie sich im gem. und sächs. sowie in beschränktem Maße auch im preuß. Rechte vorfand, ist dem BGB. unbekannt. Die nach dieser Richtung noch aufgestellten Vorschriften der Entwürfe (s. E. III § 2224) sind mit der allgemeinen Aufnahme des eigenhändigen Testaments weggefallen. Das Vermächtnis kann nach dem BGB. durch Testament (§ 1939) oder durch Erbvertrag (§ 1941) angeordnet werden, und zwar im letzteren Falle sowohl durch eine vertragsmäßige Verfügung (§ 2278, vgl. §§ 2280, 2288, 2291) als auch durch einseitige Anordnung des Erblassers (§ 2299). Die vertragsmäßige Verfügung kann einen Teil eines Erbeinsetzungsvertrags oder für sich allein den Inhalt eines sog. (selbständigen) Vermächtnisvertrags bilden (vgl. Erl. 4 zu § 1941). Als ein Vermächtnis wird vom BGB. auch die Schenkung von Todes wegen angesehen, sofern sie nicht vom Schenker durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzogen ist, in welchem Falle die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden (§ 2301). Die Vorschriften über Vermächtnisse sind entsprechend auf letztwillige Zuwendungen anzuwenden, die gemäß § 1514 (s. dort Erl. 2) aus dem Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft einem Dritten gemacht werden. Wegen der sog. gesetzlichen Vermächtnisse s. Erl. 6 zu § 1939.

III. Gegenstand des Vermächtnisses ist nach § 1939 ein Vermögensvorteil. Über die Bedeutung dieser Vorschrift s. Erl. 2 zu § 1939. Alles, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, bildet auch den möglichen Gegenstand eines Vermächtnisses. Insbesondere können auch Handlungen, die einen Vermögenswert haben, wirksam vermacht werden (M. V S. 142; Böhm S. 141). Soweit Sachen oder bereits bestehende Rechte als Gegenstand eines Vermächtnisses in Betracht kommen, ist die Zugehörigkeit zur Erbschaft nicht notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vermächtnisses, vielmehr können auch Sachen und Rechte eines anderen als des Erblassers Gegenstand eines Vermächtnisses sein (§§ 2169, 2170). Wegen des Einflusses der Unmöglichkeit oder Verbotswidrigkeit der vermachten Leistung s. die §§ 2171, 2172.

Hinsichtlich einzelner besonderer Arten von Vermächtnissen, worüber sich in den bisherigen Rechten meist eine reiche Kasuistik vorfindet, beschränkt sich das BGB. auf wenige Vorschriften (vgl. Erl. 3 zu § 2164, Erl. 2—4 zu § 2173). Wegen des sog. Quotenvermächtnisses

(legatum partitionis) s. Erl. 2b zu § 2087, wegen des Vermächtnisses eines Handelsgeschäfts s. Böhm S. 425; Makower, Komm. z. HGB. Anm. Ic zu § 25, Ib zu § 27.

IV. Was die rechtliche Gestaltung des Vermächtnisses anbetrifft, so sind hier folgende Hauptgrundsätze hervorzuheben:

1. Abweichend vom röm. Rechte, aber übereinstimmend mit allen neueren Rechten ist nach dem BGB. die Rechtsbeständigkeit des Vermächtnisses unabhängig von dem Erwerbe der Erbschaft seitens des eingesetzten Erben. Tritt aus irgendwelchem Grunde statt der vom Erblasser gewollten testamentarischen die gesetzliche Erbfolge ein, so hat dies an und für sich auf den Bestand des Vermächtnisses keinen Einfluß. Das BGB. schreibt aber noch weitergehend vor, daß die Wirksamkeit eines Vermächtnisses in der Regel überhaupt nicht an die Person des Beschwerten gebunden ist. Das Vermächtnis gilt als eine Belastung der dem Beschwerten gemachten Zuwendung; es fällt daher, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, im Zweifel demjenigen zur Last, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommt (§ 2161).

2. Das Vermächtnis begründet in allen Fällen nur eine Forderung auf die Leistung des vermachten Gegenstandes gegen den Beschwerten (§ 2174). Über die Frage, wer mit einem Vermächtnisse beschwert werden kann s. Erl. zu § 2147. Das im bisherigen Rechte überwiegend anerkannte Vindikationslegat, das einen unmittelbaren Übergang des vermachten Rechtes auf den Bedachten bewirkte, ist von dem BGB. nicht aufgenommen. Wegen der Gründe und der Folgen dieser abgeschwächten Wirkung s. Erl. 1, 2 zu § 2174. Die Forderung des Vermächtnisnehmers begründet, soweit sie gegen den Erben geht, nach § 1967 Abs. 2 eine Nachlaßverbindlichkeit; betreffs der rechtlichen Besonderheiten derselben vgl. Erl. 3 zu § 2174.

3. Die Entstehung der Forderung aus dem Vermächtnisse, der Anfall des Vermächtnisses, vollzieht sich kraft Gesetzes. Es bedarf keiner Annahme- oder Antrittserklärung des Bedachten, wohl aber hat dieser das Recht der Ausschlagung (§§ 2176, 2180).

4. Faßt man die gesamte Rechtsstellung des Vermächtnisnehmers ins Auge, so ergibt sich, daß dieser nach dem BGB. nicht in dem Maße begünstigt ist, wie dies nach dem bisherigen Rechtszustande der Fall war. Abgesehen davon, daß das Vermächtnis keine dingliche Wirkung erzeugt, stehen dem Vermächtnisnehmer auch wegen seiner persönlichen Forderung keine besonderen Sicherungsrechte zu (Erl. 3c zu § 2174). Von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger wird der Vermächtnisnehmer zwar, soweit es sich um die Hauptwirkung des Verfahrens handelt, nicht selbst betroffen (§ 1972, § 2060 Nr. 1), er ist aber gleichwohl erst nach den ausgeschlossenen Gläubigern anderer Verbindlichkeiten zu befriedigen (§ 1973 Abs. 1 Satz 2). Eine positive Beschränkung der Vermächtnisse hinsichtlich der zeitlichen Dauer ihrer Wirksamkeit ist durch die Vorschriften der §§ 2162, 2163 eingeführt. Die hauptsächlich für Vermächtnisse bedeutsamen Vorschriften der Landesgesetze, die den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder den Erwerb von Todeswegen seitens der sog. Religiosen an staatliche Genehmigung binden, werden durch das EG. Art. 86, 87 aufrecht erhalten. Eine Verbesserung der Rechtslage des Vermächtnisnehmers besteht darin, daß er nach dem neuen Rechte, wenn auch unter Beschränkungen, an dem Nachlaßkonkurse teilnimmt (KO. §§ 219, 222, 226, 227, 230), während er bisher auf Grund des § 56 (jetzt § 63) der KO. von der Teilnahme gänzlich ausgeschlossen war. Ferner ist das Recht des Erben darauf, daß ihm ein gewisser Bruchteil der Erbschaft frei von Vermächtnissen verbleibe (quarta Falcidia), soweit es bisher noch bestand, durch das BGB. beseitigt worden. Auch ein Anspruch des Erben auf eine Vergütung für seine Bemühungen und Versäumnisse, zu der die Vermächtnisnehmer beizutragen haben (preuß. ALR. I 12 §§ 355 ff.) ist nicht anerkannt. Sollte der Erbe, der die Erbschaft angenommen hat, hiernach in die Lage kommen, die Abwickelung des Nachlasses ohne jeden eigenen Nutzen bewerkstelligen zu müssen, so kann er sich dieser Aufgabe durch den Antrag auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung (§§ 1975 ff.) entledigen. Vgl. zu der Frage M. V S. 204; Zstlg. V S. 37; P. II Bd. 5 S. 218.

V. Anordnung des Stoffes. Die §§ 2147, 2150 handeln von der Beschwerung mit einem Vermächtnisse, die §§ 2151—2156 von der Ergänzung einer unvollständigen Vermächtnisanordnung hinsichtlich der Person des Bedachten, der Teile mehrerer Bedachten oder des Gegenstandes des Vermächtnisses. Die §§ 2157—2159 betreffen das gemeinschaftliche Vermächtnis, insbesondere die Anwachsung. In den §§ 2160—2163 werden die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Vermächtnisses bestimmt. Die §§ 2164—2168 regeln den Umfang des Vermächtnisses (Zubehör, Ersatzansprüche, Belastungen des vermachten Gegenstandes). In den §§ 2169—2173 sind Vorschriften über den Gegenstand des Vermächtnisses enthalten (Leistung

§. 2147. Mit einem Vermächtnisse kann der Erbe oder ein Vermächtnißnehmer beschwert werden. Soweit nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat, ist der Erbe beschwert.

---

aus der Erbschaft bzw. Verschaffung, unmögliche oder verbotene Leistung, vermachte Forderung). Die §§ 2174—2189 bestimmen die rechtliche Wirkung des Vermächtnisses (Begründung einer Forderung, Anfall, Annahme und Ausschlagung, Fälligkeit, Verpflichtungen und Gegenansprüche des Beschwerten, Haftung eines beschwerten Vermächtnisnehmers, Verhältnis mehrerer Vermächtnisse zueinander). Die §§ 2190, 2191 betreffen das Ersatz- und das Nachvermächtnis.

§ 2147.

E. I § 1756 Abs. 2, § 1842; II § 2018 rev. § 2123; III § 2121. P. I S. 8898 f., 9339 f., 9584, 9596 ff., 11344, 11459 f.: M. V S. 10, 136 f. P. II Bd. 5 S. 6, 160 f.

Kipp, Wer kann nach deutschem bürgerlichen Recht mit Vermächtnissen belastet werden? Sonderabdruck aus der Festschrift der Universität Erlangen zur Feier des 80. Geburtstages des Prinzregenten Luitpold von Bayern 1901.

1. Mit einem Vermächtnisse kann beschwert werden

a) der Erbe, und zwar nicht nur der durch eine Verfügung von Todes wegen berufene Erbe, sondern auch der gesetzliche Erbe. Im Falle der Nacherbeinsetzung kann ein Vermächtnis in der Art angeordnet werden, daß nur der Vorerbe oder nur der Nacherbe beschwert ist; in Ermangelung einer besonderen Anordnung aber belastet das Vermächtnis die Erbschaft, mithin sowohl den Vorerben als auch den Nacherben (s. Erl. 3 zu § 2126, Erl. 1 zu § 2144). Wegen der Beschwerung von Miterben s. § 2148 und die §§ 2058 ff. Ein Vertragserbe kann mit einem Vermächtnisse nur unter denselben Voraussetzungen beschwert werden, unter welchen eine Aufhebung oder Änderung des vertragsmäßigen Erbrechts erfolgen kann.

b) der Vermächtnisnehmer. Das einem solchen auferlegte Vermächtnis wird üblicherweise als Untervermächtnis bezeichnet (s. §§ 2186—2188).

Da in den Fällen der §§ 1932, 1969 die Vorschriften über Vermächtnisse Anwendung finden sollen, so werden auch die in diesen Vorschriften bezeichneten sog. gesetzlichen Vermächtnisnehmer mit Vermächtnissen beschwert werden können (Kipp S. 8).

Auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt ist, daß der Beschenkte den Schenker überlebe, finden nach § 2301 die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Der Beschenkte kann daher mit einem Vermächtnisse beschwert werden und zwar, je nachdem das Schenkungsversprechen als letztwillige Verfügung oder als Erbvertrag anzusehen ist, nach den für letztwillige Verfügungen oder nach den für Änderung eines Erbvertrags maßgebenden Vorschriften. Über den Fall, daß die Schenkung durch Leistung vollzogen und daher nach § 2301 Abs. 2 nach den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden zu beurteilen ist s. Erl. 2 c.

2. Eine Ausdehnung des § 2147 auf andere Fälle ist unzulässig. Insbesondere ist der gemeinrechtliche Grundsatz, daß mit einem Vermächtnisse jeder beschwert werden kann, der durch den Tod des Erblassers mit dessen Willen unmittelbar oder mittelbar etwas erhält, von dem BGB. nicht anerkannt. Es ergibt sich dies aus dem Wortlaute des § 2147, nach welchem nur der Erbe und ein Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnisse beschwert werden kann. Den Ausdruck „Erbe und Vermächtnisnehmer" hier in einem anderen als dem gewöhnlichen Sinne zu nehmen oder die Bestimmung des § 2147 als eine nicht erschöpfende zu betrachten, läßt sich nicht rechtfertigen (a. A. Meischeider S. 327 f.; s. dagegen Kipp S. 2 ff.; Strohal I § 29 II). Im einzelnen ist hierzu folgendes zu bemerken:

a) Der Erbe des Erben oder des Vermächtnisnehmers kann nicht mit einem Vermächtnisse beschwert werden. Zulässig ist indessen eine Beschwerung des Erben oder Vermächtnisnehmers mit einem bis zu seinem Tode befristeten Vermächtnis, und in diesem Sinne wird eine Verfügung der erstgedachten Art häufig ausgelegt werden müssen (Kipp S. 8 ff.; Strohal I § 29 Anm. 3).

b) Der Inhaber der elterlichen Gewalt, dem die elterliche Nutznießung an dem von dem Erblasser dem Kinde hinterlassenen Vermögen zusteht, kann nicht wegen dieser Nutznießung mit einem Vermächtnisse beschwert werden; ebensowenig der Ehemann wegen der ihm auf Grund des ehelichen Güterrechts an dem seiner Ehefrau hinterlassenen Vermögen zustehenden Rechte·

denn der Inhaber der elterlichen Gewalt wie der Ehemann haben die fraglichen Rechte nicht als Erben oder Vermächtnisnehmer, sondern auf Grund der elterlichen Gewalt bzw. des ehelichen Güterrechts (Kipp S. 14; Strohal I § 29 Anm. 3; a. A. Meischeider S. 328).

c) Der auf den Todesfall Beschenkte kann, wenn die Schenkung durch Leistung vollzogen, also nach den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden zu beurteilen ist, nicht mit einem Vermächtnisse beschwert werden. Dies gilt auch dann, wenn die Schenkung unter dem Vorbehalte des Widerrufs gemacht ist; denn ein solcher Vorbehalt berechtigt den Schenker nur, die Schenkung durch Rechtsakt unter Lebenden zu widerrufen, nicht aber dem Beschenkten eine Auflage zu machen oder ihn mit einem Vermächtnisse zu beschweren (Kipp S. 19ff.; Strohal I § 29 Anm. 3; a. A. Frommhold Erl. 2 zu § 2147; Endemann III § 68 Anm. 34; Meischeider S. 327f.; Hellwig, Verträge S. 364f.; s. gegen den letzteren insbesondere Kipp S. 22ff.).

d) Wird eine durch Verfügung von Todes wegen gemachte Zuwendung unter der Bedingung gemacht, daß der Bedachte eine Leistung an einen Dritten mache, so kann der Dritte mit einem Vermächtnisse nur beschwert werden, wenn die Verfügung dahin auszulegen ist, daß der Dritte dadurch mit einem Vermächtnisse bedacht werden soll. Dies ist möglich, aber nicht notwendig. Ist die Verfügung nicht in diesem Sinne auszulegen, so kann der Dritte mit einem Vermächtnisse nicht beschwert werden (Kipp S. 24; Strohal I § 29 Anm. 3).

e) Zweifelhaft ist, ob, wenn bei einem Vertrag auf Leistung an einen Dritten die Leistung erst nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll, und dieser sich das Recht vorbehalten hat, an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen, der Dritte oder der an seine Stelle Gesetzte mit einem Vermächtnisse beschwert werden kann. Hellwig, Verträge S. 364f. und Kipp S. 28ff. bejahen dies; Strohal I § 29 Anm. 3 nimmt die Zulässigkeit einer Beschwerung des Dritten an, bestreitet aber, daß auf eine solche Beschwerung die Vorschriften über Vermächtnisse Anwendung finden. Mit Strohal werden zwei Fragen zu unterscheiden sein:

α) Der Versprechensempfänger kann unzweifelhaft einen anderen an die Stelle des Dritten in betreff eines Teiles der an den Dritten zu bewirkenden Leistung setzen. Er kann auch die Leistung an den Dritten von der Bedingung abhängig machen, daß der Dritte eine Leistung irgendwelcher Art an einen anderen mache und für den Fall, daß diese Bedingung nicht erfüllt wird, bestimmen, daß die Leistung ganz oder teilweise an einen anderen erfolge. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, daß der Versprechensempfänger dem Dritten auch die Verpflichtung auferlegen kann, eine Leistung an einen anderen zu machen. Die Auferlegung einer solchen Verpflichtung ist nicht ein minus, sondern ein aliud im Verhältnisse zu der Entziehung des Rechtes auf die Leistung. Dies tritt besonders deutlich hervor, wenn die Leistung, deren Bewirkung dem Dritten auferlegt wird, einen anderen Inhalt hat als die Leistung, welche der Versprechende an den Dritten zu machen hat, wenn also z. B. dem Dritten eine Geldsumme zu zahlen ist, ihm aber die Verpflichtung auferlegt wird, einem anderen das Eigentum einer individuell bestimmten Sache zu übertragen oder ihm lebenslänglich Unterhalt oder eine Rente zu gewähren. Aber auch wenn es sich um Leistungen derselben Art handelt, besteht sowohl rechtlich wie wirtschaftlich ein Unterschied zwischen der Befugnis, das Recht auf die Leistung an einen anderen zu übertragen und der Befugnis, den Berechtigten mit einer Verpflichtung zu belasten. Die von Strohal in Übereinstimmung mit Kipp und Hellwig bejahte Frage, ob der Versprechensempfänger dem Dritten die Verpflichtung zu einer Leistung auferlegen kann, dürfte also zu verneinen sein. Den wirtschaftlichen Zweck einer solchen Belastung wird der Versprechensempfänger regelmäßig durch einen der oben gedachten zulässigen Verfügungen erreichen können. Unter Umständen wird auch eine unzulässige Belastung des Dritten durch Umdeutung in eine zulässige Verfügung aufrechterhalten werden können.

β) Nimmt man, abweichend von der unter α dargelegten Auffassung an, daß der Versprechensempfänger dem Dritten die Verpflichtung zu einer Leistung auferlegen könne, so dürfte doch die Behandlung einer solchen Verfügung als Vermächtnis sich nicht rechtfertigen lassen. Es handelt sich dabei doch immer nur um eine Bestimmung, die der Versprechensempfänger auf Grund des von ihm mit dem Versprechenden abgeschlossenen Vertrags zu treffen befugt ist. Dies ist wohl unzweifelhaft, wenn die Bestimmung durch Erklärung des Versprechensempfängers gegenüber dem Versprechenden erfolgt. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn die Bestimmung in einer Verfügung von Todes wegen erfolgt. Die dies zulassende Vorschrift des § 332 gestattet nicht, die fragliche Bestimmung durch eine Verfügung von Todes wegen zu treffen, sondern

§. 2148. Sind mehrere Erben oder mehrere Vermächtnißnehmer mit demselben Vermächtnisse beschwert, so sind im Zweifel die Erben nach dem Verhältnisse der Erbtheile, die Vermächtnißnehmer nach dem Verhältnisse des Werthes der Vermächtnisse beschwert.

---

nur in einer solchen Verfügung. Der rechtliche Charakter der Bestimmung als einer Ausübung des vertragsmäßig vorbehaltenen Rechtes wird durch die Form, in welcher sie erfolgt, nicht geändert (s. Erl. zu § 332). Auch die rechtlichen Folgen, welche sich an die Behandlung einer solchen Bestimmung als Vermächtnis knüpfen, würden praktisch sehr unbefriedigend sein (vgl. hierüber Strohal a. a. O.; Erl. 7 zu § 1939).

3. Die Vorschrift des Satz 2, nach welcher im Zweifel der Erbe als beschwert gilt, entspricht dem bisherigen Rechte und der Natur der Sache. Wie die Fassung ergibt, ist die Vorschrift ein Dispositivsatz, nicht eine Auslegungsregel; die abweichende Bestimmung des Erblassers braucht jedoch keine ausdrückliche zu sein (vgl. P. II Bd. 5 S. 160 f.).

4. Der § 2147 findet nach § 2192 **bei der Auflage entsprechende Anwendung.**

5. Daß ein Vermächtnis, welches gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, ergibt sich aus § 138. Recht bedenklich dürfte aber die Entscheidung in Rspr. Bd. 10 S. 301 sein, in welcher aus diesem Gesichtspunkte das Vermächtnis an eine Ehefrau für nichtig erklärt wird, weil es mit Rücksicht auf ein unerlaubtes Verhältnis erteilt sei, in welchem der Erblasser zu der Ehefrau gestanden habe.

§ 2148.

E. I § 1843; II § 2019 rev. § 2124; III § 2122. P. I S. 9340 ff.; M. V S. 137. P. II Bd. 5 S. 161.

1. Für den Fall, daß mehrere mit demselben Vermächtnisse beschwert sind, stellt der § 2148 die Auslegungsregel auf, daß für die Beschwerung dasselbe Verhältnis maßgebend ist, in welchem die den mehreren Beschwerten gemachten Zuwendungen zueinander stehen. Die Regel gilt gleichmäßig für den Fall, daß mehrere Erben, wie für den Fall, daß mehrere Vermächtnisnehmer beschwert sind, während einzelne bisherige Rechte bei mehreren beschwerten Vermächtnisnehmern Kopfteilung vorschrieben. Nicht unmittelbar getroffen sind die praktisch wohl seltenen Fälle, in denen Erben und Vermächtnisnehmer zusammen beschwert sind. Ob der Erblasser bei der Benennung der Beschwerten auf ihre Eigenschaft als Erben oder Vermächtnisnehmer besonders Bezug genommen oder ob er sie nur einzeln mit Namen aufgeführt hat, ist für sich allein unerheblich. Ein von der gesetzlichen Regel abweichender Wille des Erblassers ist durch freie Auslegung zu ermitteln. Insbesondere wird, wenn die geschuldete Leistung nur durch ein Zusammenwirken der mehreren Beschwerten bewirkt werden kann, jeder Beschwerte zur Bewirkung derjenigen Teilleistung für verpflichtet zu erachten sein, welche nach dem Willen des Erblassers von ihm bewirkt werden sollte (s. Bd. II Erl. 1 zu § 431). Für die Ermittelung des Willens des Erblassers in dieser Beziehung werden die Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen sein; dabei kann insbesondere auch in Betracht kommen, welche Teilleistung von dem einzelnen Beschwerten nach seinen persönlichen Verhältnissen am besten ausgeführt werden kann. Entscheidet das Verhältnis des Wertes mehrerer Vermächtnisse, so ist dieser, wenn es sich nicht um Geldvermächtnisse handelt, durch Schätzung zu ermitteln.

2. Nur für das innere Verhältnis unter den Beschwerten gilt die Regel des § 2148 gleichmäßig in betreff der beschwerten Erben und der beschwerten Vermächtnisnehmer. In betreff der Haftung gegenüber dem Bedachten verbleibt es für mehrere gemeinschaftlich beschwerte Erben bei der Regel des § 2058, nach welcher mehrere Erben unter den sich aus den §§ 2059 ff. ergebenden Modifikationen für die Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften (s. Erl. 1 zu § 2058). In betreff der beschwerten Vermächtnisnehmer gilt die Regel des § 2148 auch für die Haftung gegenüber dem Bedachten. Sie haften diesem gegenüber also nur nach Verhältnis des Wertes der Vermächtnisse. Nur wenn eine unteilbare Leistung den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, haften auch die gemeinschaftlich beschwerten Vermächtnisnehmer dem Bedachten nach § 431 als Gesamtschuldner. Für das Verhältnis unter ihnen bleibt die Regel des § 2148 maßgebend (s. Erl. 1 zu § 2148; Endemann III § 68 Anm. 7).

3. Für den Fall einer alternativen Beschwerung (A oder B soll dem C 100 als Vermächtnis entrichten) ist keine Vorschrift aufgenommen worden, weil eine solche als praktisch entbehrlich angesehen wurde (M. V S. 138). Das gemeine und wohl auch das preußische Recht

§. 2149. Hat der Erblasser bestimmt, daß dem eingesetzten Erben ein Erbschaftsgegenstand nicht zufallen soll, so gilt der Gegenstand als den gesetzlichen Erben vermacht. Der Fiskus gehört nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne dieser Vorschrift.

§. 2150. Das einem Erben zugewendete Vermächtniß (Vorausvermächtniß) gilt als Vermächtniß auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist.

(vgl. Windscheid-Kipp III § 626 Anm. 12; Dernburg, preuß. PrivR. III § 136 Anm. 16, lassen ein Gesamtschuldverhältnis eintreten. Das gleiche wird nach der Absicht des Erblassers und nach § 421 auch für das BGB. anzunehmen sein. Ebenso Frommhold (Anm. 3), während Endemann III § 68 Anm. 6 ein Vermächtnis der fraglichen Art für unwirksam hält.

4. Der § 2148 findet nach § 2192 entsprechende Anwendung bei Auflagen.

§ 2149.

E. I § 1791; II § 2020 rev. § 2125; III § 2123. P. I S. 9083 f., 11439; M. V S. 64. P. II Bd. 5 S. 74, 79 f.

1. **Für den Fall, daß der Erblasser angeordnet hat, daß ein bestimmter Gegenstand dem eingesetzten Erben nicht zufallen soll,** gibt der § 2149 eine dispositive Vorschrift, durch welche die Anordnung gemäß der wahrscheinlichen Absicht des Erblassers dahin ergänzt wird, daß der betreffende Gegenstand als dem gesetzlichen Erben vermacht gelten soll. Der hier vorausgesetzte Fall ist nicht mit dem Vorbehalt einer Ergänzung des Testaments (§ 2086) zu verwechseln; es wird hier eine nach der Absicht des Erblassers vollkommen fertige Willenserklärung vorausgesetzt. Der dem § 2149 zugrunde liegende Gedanke ist derselbe, auf dem der § 2088 und die §§ 2104, 2105 beruhen, daß nämlich die Erbschaft den gesetzlichen Erben anfällt, soweit der Erblasser nicht anderweit über sie verfügt (vgl. im übrigen Schiffner, gesetzliche Vermächtnisse S. 143 ff. und Pflichtteil ꝛc. S. 176 Anm. 8; Wilke Anm. 1). Die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge entscheiden auch über die Anteile mehrerer gesetzlicher Erben an dem Vermächtnisse (vgl. § 2066 und die wohl mit Rücksicht auf diese Vorschrift weggelassene ausdrückliche Bestimmung im E. I § 1791). Nach Satz 2 soll indessen der Fiskus nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne der Vorschrift gerechnet werden. Die Vorschrift entspricht dem § 2104 Satz 2 (s. Erl. 5 zu § 2104); sie hat zur Folge, daß der fragliche Erbschaftsgegenstand trotz der gegenteiligen Anordnung des Erblassers dem eingesetzten Erben verbleibt, wenn zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter, noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist.

2. Der E. I enthielt im § 1844 die Vorschrift, daß ein an den (gesetzlichen oder eingesetzten) Erben gerichtetes **Verbot** des Erblassers, **einen Nachlaßgegenstand zu veräußern** oder über ihn **von Todeswegen zu verfügen,** als **Vermächtnis zugunsten der gesetzlichen Erben des Erben** anzusehen sei, wenn der Erblasser nicht eine andere Person als Begünstigten bestimmt habe. Die zweite Kommission (P. II Bd. 5 S. 161) hat diese Vorschrift gestrichen, weil sie, soweit es sich um das Veräußerungsverbot handele, der regelmäßigen Absicht des Erblassers nicht entspreche, soweit jedoch das Verbot der Verfügung von Todeswegen in Frage stehe, nicht aufrecht erhalten werden könne, nachdem die gleichartige Vorschrift des E. I bei der Nacherbschaft gestrichen worden sei (vgl. Erl. 2 zu § 2103). In Ermangelung einer besonderen Vorschrift über die Wirkung, welche eine Anordnung der fraglichen Art haben soll, ist unter Berücksichtigung des § 137 und der Umstände des einzelnen Falles durch freie Auslegung zu ermitteln, ob die Anordnung überhaupt eine rechtliche Wirkung hat und eventuell, welche Bedeutung ihr zukommt (Strohal II § 29 Anm. 9; Reichel, über das letztwillige Veräußerungsverbot im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 176).

§ 2150.

E. I § 1845 Abs. 1, 2; II § 2021 rev. § 2126; III § 2124. P. I S. 9344 ff., 11296 f.; M. V S. 139 f. P. II Bd. 5 S. 162 f.

1. **Das Vorausvermächtnis,** im bisherigen Rechte meist Vorvermächtnis, Prälegat genannt, umfaßt an sich auch den Fall, daß ein Miterbe oder einige Miterben zugunsten eines anderen Miterben mit einem Vermächtnisse beschwert sind. Dieser Fall bietet jedoch, abgesehen von § 2063 Abs. 2, nichts Besonderes. Ein eigentümliches Rechtsverhältnis entsteht aber dann, wenn der mit dem Vorausvermächtnisse bedachte Miterbe selbst mitbeschwert ist. Dieser Fall hatte im bisherigen

Rechte eine verschiedene Behandlung gefunden. Das gem. Recht (Windscheid-Kipp III § 627 Anm. 2—6) und das sächs. GB. (§§ 2401, 2402) sahen das Vorausvermächtnis hinsichtlich des Erbteils des Bedachten als unwirksam an, weil der Erbe nicht zu seinen eigenen Gunsten beschwert sein könne. Dagegen gaben das preuß. ALR. (I 12 § 262) und andere neuere Rechte dem Bedachten in bezug auf den Gegenstand der Zuwendung die doppelte Stellung eines Erben und eines Vermächtnisnehmers. Das BGB. folgt der letzteren Auffassung, weil die aus der Behandlungsweise des gem. Rechtes sich ergebenden Folgerungen mit dem anzunehmenden Willen des Erblassers im Widerspruche stehen. Der Wille des Erblassers muß dahin verstanden werden, daß der bedachte Erbe in Ansehung desjenigen Teiles des Vorausvermächtnisses, welcher auf ihn selbst als Erben beschwerend entfällt, alle Rechte als Erbe behalten, zugleich aber, soweit die Eigenschaft als Vermächtnisnehmer ihm eine günstigere Stellung gewährt, auch diese Stellung haben soll (M. V S. 139; vgl. Meischeider S. 342). Deswegen wird das Vorausvermächtnis seinem ganzen Umfange nach als ein in jeder Beziehung wirksames Vermächtnis behandelt. Gegen die von Endemann Bd. III Anm. 16 versuchte eigentümliche juristische Konstruktion s. Strohal I § 29 Anm. 12; Herzfelder Erl. 1 zu § 2150.

2. Aus dem in dem § 2150 aufgestellten **Grundsatze, daß das einem Erben zugewendete Vermächtnis auch insoweit als Vermächtnis gilt, als der Erbe selbst beschwert ist,** ergibt sich folgendes:

a) Der Vorausvermächtnisnehmer kann regelmäßig ebenso wie andere Vermächtnisnehmer seine Befriedigung aus dem Nachlasse wegen des ganzen Vermächtnisses vor der Teilung verlangen. Bis zur Teilung stehen ihm gegen die Miterben die in den §§ 2058, 2059 bezeichneten Rechte zu. Den Miterben stehen jedoch gegen den Vorausvermächtnisnehmer dieselben Einwendungen zu, welche ihnen auch sonst gegen einen als Nachlaßgläubiger auftretenden Miterben zustehen (s. Erl. 4 zu § 2046, Erl. 1 zu § 2047; Strohal I § 29 III 2e).

b) Im Nachlaßkonkurse steht der Vorausvermächtnisnehmer anderen Vermächtnisnehmern gleich (KO. § 226). Auch im Falle des § 1992 gelten für das Vorausvermächtnis dieselben Grundsätze wie für andere Vermächtnisse (Strohal I § 29 III 2b; vgl. Erl. zu § 1992).

c) Im Verhältnisse zu Nachlaßgläubigern, die nicht Vermächtnisnehmer sind, gelten für den Vorausvermächtnisnehmer dieselben Grundsätze wie für andere Vermächtnisnehmer. Dies gilt insbesondere in betreff der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Befriedigung eines Vermächtnisnehmers zum Nachteil anderer Nachlaßgläubiger zulässig ist (§§ 1973, 1974, 1979, 1991, 1992). Auch die Vorschriften der KO. § 222 und des AnfechtGes. § 3a über die Anfechtung einer an einen Vermächtnisnehmer gemachten Leistung finden auf Vorausvermächtnisnehmer Anwendung (Strohal I § 29 IIIf).

d) Dem Nacherben gegenüber ist der bedachte Erbe hinsichtlich des Gegenstandes des Vorausvermächtnisses nicht zur Herausgabe verpflichtet und daher auch nicht den sonstigen Verpflichtungen und Beschränkungen eines Vorerben unterworfen (§ 2110 Abs. 2). Dem entspricht, daß im Falle des Verkaufs der Erbschaft das Vorausvermächtnis im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen ist (§ 2373).

e) Ist dem Vorausvermächtnisnehmer derselbe Gegenstand zusammen mit anderen Vermächtnisnehmern vermacht, so gelten in betreff des jedem der Bedachten zukommenden Anteils und der Anwachsung dieselben Grundsätze, wie wenn der Vorausvermächtnisnehmer nicht Erbe wäre. Dies gilt auch, wenn mehrere Erben mit demselben Vorausvermächtnisse bedacht sind; sie sind zu gleichen Teilen, nicht etwa nach Verhältnis ihrer Erbteile berechtigt (§§ 2091, 2157). Die Last des Vermächtnisses haben aber die Miterben nach Verhältnis ihrer Erbteile zu tragen (§ 2148; a. A. in letzterer Beziehung Frommhold S. 159; wie hier Strohal I § 29 III 2a).

f) **Eine Bedingung, unter welcher der Bedachte als Erbe eingesetzt ist, gilt nicht ohne weiteres auch für das Vorausvermächtnis.** Die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung hat die Unwirksamkeit des Vorausvermächtnisses an sich nicht zur Folge (§ 2085). Der Bedachte ist in der Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der einen Zuwendung durch seine Erklärung betreffs der anderen Zuwendung keineswegs gebunden (M. V S. 140; P. II Bd. 5 S. 163). Ist das Vorausvermächtnis aber unter der Bedingung zugewendet, daß der Vorausvermächtnisnehmer Erbe werde, so fällt es selbstverständlich weg, wenn der Vorausvermächtnisnehmer die Erbschaft ausschlägt.

§. 2151. Der Erblasser kann Mehrere mit einem Vermächtniß in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den Mehreren das Vermächtniß erhalten soll.

Die Bestimmung des Beschwerten erfolgt durch Erklärung gegenüber demjenigen, welcher das Vermächtniß erhalten soll; die Bestimmung des Dritten erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

Kann der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten Gesammtgläubiger. Das Gleiche gilt, wenn das Nachlaßgericht dem Beschwerten oder dem Dritten auf Antrag eines der Betheiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung bestimmt hat und die Frist verstrichen ist, sofern nicht vorher die Erklärung erfolgt. Der Bedachte, der das Vermächtniß erhält, ist im Zweifel nicht zur Theilung verpflichtet.

---

g) Das in den Erl. b—f Gesagte gilt auch für den Fall, daß der Vorausvermächtnisnehmer der alleinige Erbe ist, soweit es für diesen Fall in Betracht kommen kann. Der Vorausvermächtnisnehmer kann insbesondere auch in diesem Falle das ganze Vermächtnis gegen einen Testamentsvollstrecker sowie gegen einen Nachlaßverwalter geltend machen.

3. **Verschieden von dem Vorausvermächtnis ist eine Teilungsanordnung, durch die der Erblasser einem Miterben einen bestimmten Nachlaßgegenstand auf seinen Erbteil zuweist** (Erl. 1, 2 zu § 2048). Der Zweck eines Vorausvermächtnisses wird oft derselbe sein wie bei einer Teilungsanordnung, und es kann auch sein, daß sich hinter einer Teilungsanordnung ein Vorausvermächtnis verbirgt, wenn nämlich der Erblasser einen Preis bestimmt hat, zu welchem der fragliche Gegenstand auf den Erbteil angerechnet werden soll, und dieser Preis absichtlich niedriger oder höher gestellt ist als der wirkliche Wert (Erl. 1 zu § 2048; vgl. Wilke Anm. 4). Es handelt sich jedoch in solchen Fällen nur um ein Vorausvermächtnis in dem Erl. 1 bezeichneten weiterem Sinne, nämlich um ein Vermächtnis, mit dem ein einzelner Miterbe entweder zu Lasten der übrigen bedacht oder zugunsten derselben beschwert ist, nicht um ein Vorausvermächtnis im Sinne des § 2150. Soweit eine bloße Teilungsanordnung vorliegt, ist deren Wirksamkeit dadurch bedingt, daß derjenige, welchem der fragliche Gegenstand zugewiesen ist, wirklich Erbe wird und daß nach der Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten, insbesondere auch der Vermächtnisse, für die Erben noch etwas übrig bleibt.

§ 2151.

E. I § 1770 Satz 2, § 1769 Abs. 2; II § 2022 rev. § 2127; III § 2125. P. I S. 8989 ff., 9017 f., 9022 ff., 11321, 11845; M. V S. 33 ff. P. II Bd. 5 S. 23 ff., 42 f.

1. **Bestimmung der Person des Bedachten durch den Beschwerten oder einen Dritten.** Die §§ 2151—2156 enthalten Einschränkungen des im § 2065 Abs. 2 aufgestellten Grundsatzes, daß der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine letztwillige Zuwendung erhalten soll, und die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung nicht einem anderen überlassen kann (vgl. Erl. 3b zu § 2065). Die §§ 2151, 2152 beziehen sich auf die Person des Bedachten. Nach dem E. I sollte die Bestimmung des Bedachten durch einen anderen als den Erblasser auch bei Vermächtnissen unzulässig sein. Die zweite Kommission hat jedoch im Anschluß an das bisherige Recht (vgl. wegen des gem. Rechtes Windscheid-Kipp III § 633 Anm. 15c; wegen der preuß. Praxis Eccius IV § 252 Anm. 33, ferner das sächs. GB. §§ 2086, 2087, 2091) in dieser Beziehung eine Abweichung von dem Grundsatze des § 2065 Abs. 2 für notwendig gehalten, weil der Erblasser die künftige Gestaltung der Dinge im einzelnen oft nicht übersehen könne und ihm daher bei Vermächtnissen, bei denen es vielfach weniger auf die Person als auf den Zweck ankomme, die Heranziehung des Urteils einsichtiger und vertrauenswürdiger Dritter gestattet werden müsse. Als ein Beispielsfall wurde das Vermächtnis von Stipendien genannt. Demgemäß ist im § 2151 Abs. 1 eine Vermächtnisanordnung des Inhalts für zulässig erklärt, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer unter mehreren vom Erblasser Bezeichneten das Vermächtnis erhalten soll. Wesentliche Voraussetzung ist, daß die Bedachten einen abgegrenzten und leicht übersehbaren Personenkreis bilden, gleichviel ob sie einzeln mit Namen aufgeführt oder unter einer Gesamtbezeichnung (z. B. meine Enkel,

meine Regimentskameraden; a. A. in letzterer Beziehung Dernburg V § 67 Anm. 2) zusammengefaßt sind. Die Erstreckung auf sämtliche Bürger einer Stadt oder sämtliche Schüler einer Anstalt würde unzulässig sein (arg. e contr. aus § 2193; vgl. P. II Bd. 5 S. 26; Wilke Anm. 1.; Eccius a. a. O.). Die Vorschrift gilt auch dann, wenn nur zwei Personen genannt sind, unter denen die Auswahl zu treffen ist. Die Bestimmung kann dem Beschwerten bzw. dem Dritten nach seinem freien Belieben oder nach gewissen vom Erblasser angegebenen Gesichtspunkten übertragen sein; auch im letzteren Falle ist jedoch eine richterliche Nachprüfung ausgeschlossen. Der zur Auswahl berechtigte Dritte kann, wenn er zu dem betreffenden Personenkreise gehört, auch sich selbst als Bedachten bestimmen, sofern dies nicht, wie häufig anzunehmen sein wird, der Absicht des Erblassers widerspricht. Als bestimmungsberechtigter Dritter kommt vorzugsweise ein Testamentsvollstrecker in Betracht. Ist die Zuwendung an einen der Bedachten unwirksam, so ist die Auswahl unter den übrigen Bedachten zu treffen. Ist die Zuwendung für alle bis auf einen unwirksam, so ist nur dieser eine als bedacht anzusehen (Herzfelder Erl. I E zu den §§ 2151—2156).

2. Die Art, in welcher die dem Beschwerten oder einem Dritten überlassene Bestimmung zu erfolgen hat, wird im Abs. 2 dahin geregelt, daß die Bestimmung des Beschwerten durch Erklärung gegenüber demjenigen, welcher das Vermächtnis erhalten soll, die Bestimmung des Dritten durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten erfolgt. Die Erklärung ist in beiden Fällen eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§§ 130 ff.). Sie ist nach allgemeinen Grundsätzen unwiderruflich. Der Abs. 2 Satz 2 des E. II § 2022, der dies besonders aussprach, ist bei der Schlußrevision entsprechend der an anderen Stellen befolgten Redaktionsmethode als entbehrlich gestrichen worden, nicht in der Absicht einer sachlichen Änderung.

Soll die Bestimmung von mehreren getroffen werden, so wird man in entsprechender Anwendung des § 317 Abs. 2 Übereinstimmung aller erfordern müssen. Ist die Bestimmung von mehreren Testamentsvollstreckern zu treffen, so ist der § 2224 maßgebend.

3. Für den Fall, daß der Beschwerte oder der Dritte die ihm obliegende Bestimmung des Bedachten nicht treffen kann oder sie auch nur tatsächlich nicht trifft, wird im Abs. 3 Vorsorge getroffen.

a) Liegt eine Unmöglichkeit vor, z. B. wegen eingetretenen Todes oder Wahnsinns des Bestimmungsberechtigten, so sind die mehreren Bedachten ohne weiteres Gesamtgläubiger.

b) Wenn der Berechtigte sich weigert, die Bestimmung zu treffen, oder ihre Vornahme verzögert, insbesondere auch wenn mehrere Berechtigte sich nicht einigen, so müssen die Beteiligten zunächst bei dem Nachlaßgerichte den Antrag stellen, daß dem Berechtigten zur Abgabe der Erklärung eine Frist bestimmt werde. Ist diese verstrichen und die Erklärung nicht vor ihrem Ablauf erfolgt, so tritt auch in diesem Falle das Gesamtgläubigerverhältnis ein; es geht nicht etwa, wenn der Dritte die Bestimmung nicht trifft, das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über. Den Beweis für die Bestimmung der Frist hat derjenige zu erbringen, welcher das Gesamtgläubigerrecht geltend macht; die Einhaltung der Frist muß beweisen, wer sich auf die abgegebene Erklärung beruft (vgl. Vorbm. V 4 zu Bd. I S. 49).

Die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch welche dem Bestimmungsberechtigten eine Frist zur Erklärung gesetzt wird, unterliegt nach dem FGG. § 80 der sofortigen Beschwerde. Gegen die Ablehnung des Antrags auf Fristbestimmung steht nach § 20 daselbst jedem Beteiligten die gewöhnliche Beschwerde zu.

c) Sind die mehreren Bedachten nach Erl. 3a, b Gesamtgläubiger geworden, so kann jeder von ihnen nach § 428 die ganze Leistung des vermachten Gegenstandes von dem Beschwerten verlangen. Der Beschwerte kann nach seinem Belieben an jeden der Bedachten leisten und wird dadurch auch den übrigen Bedachten gegenüber befreit. Über den Fall, daß jeder der Bedachten gegen den Beschwerten klagt und dieser mehrfach verurteilt wird, s. Bd. II Erl. 2 zu § 428. Eine Klage gegen den Beschwerten oder den Dritten auf Vornahme der Bestimmung ist, da jeder der Bedachten bereits Gesamtgläubiger geworden ist, nicht möglich (Strohal I § 29 Anm. 22; a. A. in betreff des Beschwerten die frühere Auflage).

d) Der Bedachte, an welchen der Beschwerte geleistet hat, ist im Zweifel nicht zur Teilung mit den anderen Bedachten verpflichtet (Abs. 3 Satz 3). Diese Bestimmung weicht von der allgemeinen Vorschrift des § 430 ab und rechtfertigt sich durch den anzunehmenden Willen des Erblassers, der das Vermächtnis nur einem Bedachten zuwenden wollte.

§. 2152. Hat der Erblasser Mehrere mit einem Vermächtniß in der Weise bedacht, daß nur der Eine oder der Andere das Vermächtniß erhalten soll, so ist anzunehmen, daß der Beschwerte bestimmen soll, wer von ihnen das Vermächtniß erhält.

§. 2153. Der Erblasser kann Mehrere mit einem Vermächtniß in der Weise bedenken, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll. Die Bestimmung erfolgt nach §. 2151 Abs. 2.

Kann der Beschwerte oder der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so sind die Bedachten zu gleichen Theilen berechtigt. Die Vorschrift des §. 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.

---

§ 2152.

E. I § 1769 Abs. 2; II § 2023 rev. § 2128; III § 2126. P. I S. 8989 ff.; M. V S. 34. P. II Bd. 5 S. 23 ff., 42 f.

Vermächtnis an mehrere in der Art, daß nur der eine oder der andere das Vermächtnis erhalten soll. Der § 2152 setzt voraus, daß nach der Absicht des Erblassers nur eine von mehreren bezeichneten Personen das Vermächtnis erhalten soll, daß jedoch der Erblasser keine Anordnung darüber getroffen hat, von wem die Bestimmung der Person des Bedachten vorzunehmen ist. Die Entscheidung, daß die Bestimmung dem Beschwerten zusteht, entspricht dem Grundsatze, daß bei einem hinsichtlich des Leistungsgegenstandes alternativen Schuldverhältnisse das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zusteht (§ 262). Die Vorschrift ist trotz des scheinbar dagegen sprechenden Wortlauts nicht auf den Fall beschränkt, daß der Erblasser nur zwei Bedachte benannt hat (a. A. Endemann III § 68 Anm. 21). Die Art, wie die Bestimmung erfolgt, und die Rechtsfolgen, welche eintreten, wenn die Bestimmung unterbleibt, richten sich nach § 2151 Abs. 2, 3.

§ 2153.

E. I § 1777 Satz 2; II § 2024 rev. § 2129; III § 2127. P. I S. 9018 ff., 11321, 11327, 11345; M. V S. 41 f. P. II Bd. 5 S. 39 ff.

1. **Bestimmung der Anteile, die mehrere Bedachte von einem vermachten Gegenstand erhalten, durch den Beschwerten oder einen Dritten.** Der Fall des § 2153 ist dem des § 2151 ähnlich und enthält wie dieser eine Besonderheit gegenüber dem Grundsatze des § 2065 Abs. 2. Der E. I versagte auch einer solchen Anordnung des Erblassers die Wirksamkeit und ließ von vornherein unter den mehreren Bedachten eine Berechtigung zu gleichen Teilen eintreten. Bei der zweiten Lesung ist die Wirksamkeit einer Verfügung des fraglichen Inhalts mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis anerkannt und die Regelung des Falles hinsichtlich der Art, wie die Bestimmung erfolgt, der Herbeiführung der Bestimmung und der Folgen ihres Unterbleibens derjenigen des § 2151 angepaßt worden.

2. **Zweifelhaft ist, in welcher Art die für anwendbar erklärte Vorschrift des § 2151 Abs. 2 zu übertragen ist.** Es fragt sich, ob die Bestimmung über den Teil, den jeder Bedachte erhalten soll, einheitlich zu erfolgen hat oder ob die Bestimmung in der Art erfolgen kann, daß nacheinander die Teile für die einzelnen Bedachten bestimmt werden. Bei der letzteren Annahme würden sich unter Umständen mancherlei Zweifel und Schwierigkeiten ergeben. So entsteht z. B. die Frage, wie das Verhältnis zu beurteilen ist, wenn der Beschwerte oder der Dritte denselben realen Teil des vermachten Gegenstandes zunächst für den einen und nachher für einen anderen Bedachten bestimmt. Man müßte hier entweder eine persönliche Verpflichtung des Bestimmenden gegenüber den beiden Bedachten annehmen, was sich, da die Bestimmung doch kein Versprechen von seiten des Bestimmenden enthält, schwerlich rechtfertigen lassen würde, oder man müßte die zuletzt getroffene Bestimmung für unwirksam erklären. Noch schwieriger wird die Lösung, wenn der Bestimmende den ganzen vermachten Gegenstand nur unter einige der Bedachten verteilt hat, obwohl nach der Absicht des Erblassers alle einen Teil erhalten sollen. Für die nicht berücksichtigten Bedachten ist hier noch keine Bestimmung getroffen. Sie könnten also nach § 2153 Abs. 2 verlangen, daß dem Beschwerten bzw. dem Dritten eine Frist gesetzt werde, und würden auch deren fruchtlosem Ablaufe zu gleichen Teilen berechtigt sein. Das würde aber mit der den übrigen Beteiligten gegenüber getroffenen Bestimmung unvereinbar sein. Diese und ähnliche Zweifel erledigen sich von selbst, wenn man annimmt, daß die Bestimmung immer einheitlich zu erfolgen hat. Dies entspricht dem Wesen der hier fraglichen Bestimmung, da es sich nicht

§. 2154. Der Erblasser kann ein Vermächtniß in der Art anordnen, daß der Bedachte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll. Ist in einem solchen Falle die Wahl einem Dritten übertragen, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des §. 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.

---

wie im Falle des § 2151 darum handelt, wer von mehreren Bedachten den ganzen Gegenstand erhalten soll, sondern darum, wie der vermachte Gegenstand unter mehrere zu verteilen ist. Ist die Bestimmung von einem Dritten zu treffen, so steht diese Auffassung auch in vollem Einklange mit dem Wortlaute des § 2151 Abs. 2. Die Bestimmung wird durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten getroffen und sie ist erst getroffen, wenn dadurch für alle Bedachten die ihnen zukommenden Teile bestimmt sind. Zu einem anderen Ergebnisse scheint der Wortlaut des § 2151 Abs. 2 für den Fall zu führen, daß die Bestimmung von dem Beschwerten zu treffen ist. Sie soll in diesem Falle erfolgen durch Erklärung „gegenüber demjenigen, welcher das Vermächtnis erhalten soll". Dieser Wortlaut nötigt indessen nicht dazu, die Bestimmung des einem der Bedachten zukommenden Teiles als bereits durch die diesem Bedachten gegenüber abgegebene Erklärung erfolgt anzusehen. Erhalten sollen das Vermächtnis in dem Falle des § 2153 alle Bedachte, und man wird daher auch dem Wortlaute des § 2151 Abs. 2 gerecht, wenn man auch in dem hier fraglichen Falle eine einheitliche Bestimmung erfordert und diese erst als erfolgt ansieht, wenn sie allen Bedachten gegenüber erklärt ist. Als genügend dürfte es indessen anzusehen sein, wenn jedem einzelnen Bedachten gegenüber der Anteil bestimmt wird, der ihm zukommen soll, sofern nur eine solche Bestimmung allen Bedachten gegenüber erfolgt. Die jedem einzelnen gegenüber erfolgte Bestimmung wird erst wirksam, wenn eine entsprechende Bestimmung allen Bedachten gegenüber erfolgt ist. Solange dies nicht geschehen ist, kann jeder Bedachte nach Maßgabe des § 2151 Abs. 3 Satz 2 die Setzung einer Frist bei dem Nachlaßgerichte beantragen. Wird innerhalb dieser Frist die Bestimmung nicht für alle Bedachten getroffen, so sind alle ohne Rücksicht auf die einzelnen von ihnen gegenüber vorher getroffene Bestimmung nach Abs. 2 zu gleichen Teilen berechtigt (a. A. Strohal § 29 Anm. 24; Dernburg V § 67 Anm. 6, welche die einem einzelnen Bedachten gegenüber erfolgte Bestimmung seines Anteils ohne weiteres für wirksam halten, aber keine Auskunft darüber geben, welche Folgen eintreten, wenn eine Bestimmung nicht sämtlichen Bedachten gegenüber erfolgt und durch die einzelnen Bedachten gegenüber erfolgte Bestimmung das ganze Vermächtnis erschöpft wird).

3. Ist es dem Beschwerten oder dem Dritten nicht möglich, die Bestimmung zu treffen, so sind die mehreren Bedachten nach Abs. 2 Satz 1 zu gleichen Teilen, d. h. zu gleich großen ideellen Anteilen an der Forderung auf den vermachten Gegenstand berechtigt. Das gleiche gilt nach Satz 2, wenn eine vom Nachlaßgericht auf Antrag eines Beteiligten bestimmte Frist ergebnislos verstrichen ist; vgl. im übrigen Erl. 3 zu § 2151.

4. Ob bei realer Teilung die Teile der mehreren Bedachten gleichwertig sein sollen oder ob der Bestimmungsberechtigte befugt ist, dem Werte nach ungleich zu teilen, ist Auslegungsfrage. Eine Bestimmung dahin, daß ein Bedachter oder einige Bedachte alles, die übrigen nichts erhalten sollen, wird in der Regel gegen die Absicht des Erblassers verstoßen und als unwirksam zu betrachten sein. Immerhin ist es möglich, daß der Bestimmungsberechtigte befugt sein soll, einzelne aus dem betreffenden Personenkreis auch ganz zu übergehen. Es liegt dann eine Verbindung einer Anordnung nach § 2151 mit einer solchen nach § 2153 vor, so z. B. in dem RG. Bd. 30 S. 287 behandelten Falle, in welchem ein Grundbesitzer letztwillig eine Summe für seine Dienstleute und Arbeiter mit der Bestimmung ausgesetzt hatte, daß der Wirtschaftsdirektor den Betrag ganz nach seinem Ermessen, ohne daß den von ihm nicht Bedachten ein Anspruch auf das Vermächtnis zustehen solle, zu verteilen habe.

§ 2154.

E. I § 1862; II § 2025 rev. § 2130; III § 2128. P. I S. 9448 ff., 11425; M. V S. 170 ff. P. II Bd. 5 S. 193 ff.

1. Der § 2154 betrifft das sog. **Wahlvermächtnis.** Dieses kann sich auf individuell bestimmte Gegenstände, die zur Erbschaft gehören (§ 2169), oder dem Bedachten zu verschaffen

sind (§ 2170), oder auf nur der Gattung nach bestimmte Sachen (§ 2155) beziehen; es ist auch möglich, daß der eine Leistungsgegenstand individuell, der andere nur der Gattung nach bestimmt ist. Daß die Bestimmung des Erblassers hinsichtlich des Gegenstandes der Zuwendung durch die Wahl eines anderen ergänzt wird, ist zwar kein Widerspruch, aber immerhin eine Besonderheit gegenüber dem Grundsatze des § 2065 Abs. 2. Deswegen wird im § 2154 zunächst die Zulässigkeit des Wahlvermächtnisses besonders hervorgehoben (vgl. M. V S. 42; P. II Bd. 5 S. 195 f.). Ein Rechtsverhältnis dieser Art kann auch ohne den Willen des Erblassers entstehen, wenn dieser eine bestimmte Sache vermachen wollte, aber nicht klar ist, welche von mehreren im Nachlasse befindlichen Sachen der fraglichen Art er gemeint hat. Entsprechend dem gemeinen und dem preußischen Rechte (Dernburg preuß. PrivR. III § 153 Anm. 2) wird man auch nach dem BGB. den Beschwerten für verpflichtet erachten müssen, sich für eine von den betreffenden Sachen zu entscheiden. Dem Wortlaute nach fällt unter den § 2154 Abs. 1 Satz 1 übrigens auch der Fall, daß die Entscheidung unter den mehreren vermachten Gegenständen nicht durch eine Wahl, sondern durch einen anderen Umstand, insbesondere durch das Los herbeigeführt werden soll (Meischeider S. 395). In einem solchen Falle handelt es sich aber in Wahrheit um ein bedingtes Vermächtnis.

2. **Auf das Wahlvermächtnis finden,** da das Vermächtnis nach § 2174 stets nur eine Forderung auf Leistung des vermachten Gegenstandes begründet, **die Vorschriften über alternative Schuldverhältnisse Anwendung** (§§ 262—265). Die Wahl des Beschwerten erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Bedachten, die Wahl des Bedachten durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten; die Erklärung ist unwiderruflich, der gewählte Gegenstand gilt als der von Anfang an allein geschuldete (§ 263). Ist der Beschwerte in der Vornahme der Wahl säumig, so kann der Bedachte nach den näheren Vorschriften des § 264 Abs. 1 seinerseits wählen; ist dagegen der Bedachte wahlberechtigt und gerät er in Verzug, so geht das Wahlrecht nach dem fruchtlosen Ablauf einer ihm von dem Beschwerten bestimmten Frist auf letzteren über (§ 264 Abs. 2). Die anfängliche oder später eintretende Unmöglichkeit einer der mehreren Leistungen hat, sofern nicht die spätere Unmöglichkeit von dem nicht wahlberechtigten Teile verschuldet ist, zur Folge, daß sich das Vermächtnis auf die übrigen Leistungen beschränkt (§ 265). Diese Vorschriften finden indessen, da sie nur dispositiver Natur sind, keine Anwendung, wenn der Erblasser etwas anderes bestimmt hat. Eine solche Bestimmung kann sich, auch ohne daß sie ausdrücklich ausgesprochen ist, durch Auslegung, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles als dem Willen des Erblassers entsprechend, ergeben (s. Erl. 1 zu § 265; vgl. Strohal I § 36 Anm. 1; Windscheid-Kipp III § 661 Zusatz 3).

Sind bei einem Wahlvermächtnisse mehrere Bedachte oder mehrere Verpflichtete wahlberechtigt, so kann die Absicht des Erblassers dahin gehen, daß jeder der mehreren Bedachten nach seiner Wahl den ihm gebührenden Anteil von der einen oder der anderen Leistung zu verlangen berechtigt ist, jeder der mehreren Verpflichteten nach seiner Wahl den ihn treffenden Anteil der einen oder der anderen Leistung machen kann (Windscheid-Kipp III § 661 Zusatz 5). Im Zweifel aber ist anzunehmen, daß nur die eine oder die andere Leistung ganz soll gefordert oder bewirkt werden können. In diesem Falle können die mehreren wahlberechtigten Bedachten, da die Wahl eine Verfügung über die Forderung im ganzen enthält, nach § 747 nur gemeinschaftlich wählen, und die Wahl ist erst erfolgt, wenn sie von allen Bedachten übereinstimmend dem Beschwerten erklärt ist. Sind die Bedachten im Verzuge, so kann der Beschwerte nach Maßgabe des § 264 Abs. 2 vorgehen (M. V S. 172). Sind mehrere wahlberechtigte Beschwerte vorhanden, so ist zu der Wahl Übereinstimmung aller Beschwerten erforderlich, und die Wahl ist erst getroffen, wenn sie von allen Beschwerten übereinstimmend dem Bedachten erklärt ist. Solange dies nicht geschehen ist, kann der Bedachte nach Maßgabe des § 264 Abs. 1 vorgehen. Ist die Wahl von den mehreren Beschwerten getroffen oder ist der Bedachte nach Maßgabe des § 264 Abs. 1 vorzugehen berechtigt, so bestimmt sich die Haftung der mehreren Beschwerten nach § 2148 (s. Erl. zu § 2148; vgl. auch Erl. zu § 263; a. A. Windscheid-Kipp III § 661 Zusatz 6, nach welchem die mehreren Beschwerten, mögen sie Erben oder Vermächtnisnehmer sein, wegen Unteilbarkeit des Vermächtnisses nach § 431 als Gesamtschuldner haften sollen).

Wenn auf Grund verschiedener Vermächtnisse mehrere Personen als Beschwerte oder Bedachte unter denselben Gegenständen zu wählen haben, so entscheidet in Ermangelung einer Einigung das Zuvorkommen, nicht etwa (wie nach preuß. ALR. I 12 § 394) das Los (M. I S. 276; M. V S. 172).

3. Besondere Vorschriften sind im § 2154 nur **für den Fall gegeben, daß die Wahl einem Dritten übertragen** ist. Die Wahl des Dritten erfolgt durch Erklärung gegenüber dem

§. 2155. Hat der Erblasser die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt, so ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten.

Ist die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen, so finden die nach §. 2154 für die Wahl des Dritten geltenden Vorschriften Anwendung.

Entspricht die von dem Bedachten oder dem Dritten getroffene Bestimmung den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht, so hat der Beschwerte so zu leisten, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte.

Beschwerten; kann er nicht wählen oder wählt er nicht vor dem Ablauf einer ihm auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgerichte bestimmten Frist, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Soll die Wahl von mehreren Dritten erfolgen, so gilt dasselbe wie im § 2151 (s. Erl. 2 zu § 2151).

4. **Über die Verpflichtung des Beschwerten, dem wahlberechtigten Bedachten alle zur Wahl stehenden Gegenstände getreulich vorzuzeigen** ꝛc., sind besondere Vorschriften nicht aufgenommen; es entscheiden die allgemeinen Grundsätze über Treu und Glauben (§§ 242, 123). Ebensowenig gilt etwas Besonderes betreffs der Gewährleistung. Ob und wie der Beschwerte Gewähr zu leisten hat, richtet sich nach der Beschaffenheit der Leistung, auf welche die Wahl des Beschwerten oder des Bedachten gefallen ist, z. B. entscheiden bei einer nur der Gattung nach bestimmten Sache § 2182 Abs. 1, § 2183, bei einer zu verschaffenden Sache § 2182 Abs. 2, 3. Gehörte die gewählte Sache zur Erbschaft, so ist eine Haftung wegen eines Mangels im Rechte oder eines Fehlers der Sache ausgeschlossen. Wird jedoch die Sache dem Bedachten von dem wirklich Berechtigten ganz entzogen, so hat sie in Wahrheit nicht zur Erbschaft gehört, das Vermächtnis ist daher in Ansehung ihrer unwirksam (§ 2169) und es muß unter den übrigen Sachen von neuem gewählt werden (M. V S. 197 f.).

5. Der § 2154 findet nach § 2192 **bei der Auflage** entsprechende Anwendung.

§ 2155.

E. I § 1863; II § 2026 rev. § 2131; III § 2129. P. I S. 9453 ff., 11442; M. V S. 173 f. P. II Bd. 5 S. 193 ff.

1. Der das **Gattungsvermächtnis** betreffende § 2155 bezieht sich wie der die Gattungsschuld im allgemeinen regelnde § 213 (s. dort Erl. 1) ausschließlich auf körperliche Sachen vertretbarer oder nicht vertretbarer Art. Während nach § 243 Abs. 1 der Schuldner eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten hat, gilt für das Gattungsvermächtnis die Besonderheit, daß die zu leistende Sache den Verhältnissen des Bedachten entsprechen muß (Abs. 1). Die Anlegung des subjektiven Maßstabes entspricht dem anzunehmenden Willen des Erblassers, übrigens auch den meisten bisherigen Rechten, die allerdings neben den Verhältnissen auch die Bedürfnisse des Bedachten berücksichtigt wissen wollen, was im BGB. wegen der Dehnbarkeit dieses Begriffs weggelassen worden ist. Bieten die Verhältnisse des Bedachten keinen hinreichenden Anhalt, so kommt subsidiär die allgemeine Regel des § 243 Abs. 1 zur Anwendung. Die Bestimmung der zu leistenden Sache steht in der Regel dem Beschwerten zu, was schon aus dem Wesen der Gattungsschuld folgt und deswegen nicht besonders ausgesprochen ist (P. II Bd. 5 S. 197); sie kann aber auch vom Erblasser dem Bedachten oder einem Dritten übertragen werden. Für Fälle der letzteren Art sind in den Abs. 2, 3 besondere Vorschriften gegeben. Dagegen gelten, wenn der Beschwerte zu bestimmen hat, für das Gattungsvermächtnis, abgesehen von Abs. 1, schlechthin die auf die Gattungsschuld bezüglichen Vorschriften des zweiten Buches, soweit sie nicht einen besonderen bei dem Vermächtnisse nicht zutreffenden Tatbestand voraussetzen (vgl. Erl. 3 zu § 243). Insbesondere vollzieht sich in diesem Normalfalle die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache nach Maßgabe des § 243 Abs. 2. Die Verpflichtungen des Beschwerten bei dem Gattungsvermächtnisse sind in den §§ 2182, 2183 durch Verweisung auf die Vorschriften über den Kauf näher geregelt. Sind Sachen der fraglichen Gattung nicht im Nachlasse vorhanden, so muß der Beschwerte dem Bedachten eine solche Sache verschaffen. Die im § 2182 Abs. 2 durch Verweisung auf § 2170 bestimmte Beschränkung der Haftung bei dem Verschaffungsvermächtnisse gilt jedoch für das Gattungsvermächtnis nicht (Strohal I § 35 I 2).

§. 2156. Der Erblasser kann bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen. Auf ein solches Vermächtniß finden die Vorschriften der §§. 315 bis 319 entsprechende Anwendung.

Entspricht die von dem Beschwerten getroffene Bestimmung der zu leistenden Sache den Vorschriften des § 2155 Abs. 1 nicht, so kann der Bedachte die Leistung dieser Sache ablehnen und den Beschwerten auf Leistung einer jener Vorschrift entsprechenden Sache verklagen. Das Gericht kann die zu leistende Sache selbst zwar nicht bestimmen; es kann vielmehr nur abstrakt die Grundsätze aufstellen, nach welchen die Auswahl des zu leistenden Gegenstandes erfolgen muß (P. II Bd. 5 S. 200). Dabei wird es aber je nach Lage der Sache die Verhältnisse näher zu bezeichnen haben, welchen nach der Vorschrift des Abs. 1 die Leistung entsprechen muß. Ist also z. B. ein Pferd einem Kavallerieoffizier vermacht, so wird zu bestimmen sein, daß ein für einen Kavallerieoffizier geeignetes Reitpferd zu leisten ist. Zweifelhaft ist, ob die Zwangsvollstreckung auf Grund eines solchen Urteils, wenn sich Sachen der zu leistenden Art in dem Nachlasse befinden, nach Maßgabe der CPO. § 884 erfolgen kann. Die Frage dürfte zu bejahen sein (s. Struckmann-Koch Erl. 2 zu § 884). Sind Sachen der betreffenden Art in dem Nachlasse nicht vorhanden oder hält man die Vorschrift des § 884 der CPO. für unanwendbar, so kann der Bedachte, wenn der Beschwerte eine Leistung in der bestimmten Art nicht macht, die Leistung das Interesse nach Maßgabe der CPO. § 893 verlangen.

2. **Ist die Bestimmung dem Bedachten oder einem Dritten übertragen,** so gelten hinsichtlich der Ausübung des Bestimmungsrechts und der Folgen der Nichtausübung nach Abs. 2 dieselben Vorschriften, die nach § 2154 bei dem Wahlvermächtnis eingreifen, wenn die Wahl einem Dritten übertragen ist (s. Erl. 3 zu § 2154). Eine Abweichung von den Grundsätzen des Wahlvermächtnisses besteht jedoch darin, daß die von dem Bedachten bzw. dem Dritten getroffene Bestimmung nicht schlechthin bindend ist. Im Anschluß an den § 319 (Abs. 1 Satz 1) ist vielmehr im Abs. 3 vorgeschrieben, daß die Bestimmung nicht verbindlich ist, wenn sie den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht entspricht. Hierin liegt einerseits, daß die Bestimmung der richterlichen Nachprüfung nicht ganz entzogen ist, andererseits aber, daß nicht jede Verschiedenheit in der Auffassung über das, was den Verhältnissen des Bedachten entspricht, sondern nur ein Mißbrauch der übertragenen Befugnis oder ein grober Irrtum des Bestimmungsberechtigten zur Umstoßung der von ihm getroffenen Entscheidung führen kann (P. II Bd. 5 S. 198; wegen der Bedeutung des Wortes „offenbar" s. noch Erl. 1 zu § 319, Erl. 3 zu § 2048). Liegt ein derartiger Fehlgriff des Bestimmungsberechtigten vor und ist daher die getroffene Bestimmung unwirksam (was im Streitfalle zunächst im Prozeßwege festzustellen ist), so wird die zu leistende konkrete Sache nicht etwa durch das Gericht bestimmt, es erfolgt aber auch nicht eine neue Bestimmung durch den Bedachten bzw. den Dritten, vielmehr hat dieser mit dem getanen Fehlgriffe seine Befugnis verwirkt und das Verhältnis wird so angesehen, wie wenn der Erblasser über die Bestimmung der Sache keine Anordnung getroffen hätte, d. h. der Beschwerte hat eine nach Maßgabe des Abs. 1 seinerseits zu bestimmende Sache zu leisten (vgl. Meischeider S. 59, 400 f.; s. Erl. 1).

3. Der E. I § 1864 enthielt eine besondere Vorschrift über das sog. **gemischtgenerische Vermächtnis** (Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache aus den im Nachlasse befindlichen Sachen der fraglichen Art), der zufolge ein solches Vermächtnis nach den Vorschriften über das Wahlvermächtnis beurteilt werden sollte. Die zweite Kommission (P. II Bd. 5 S. 200 f.) hat diese Vorschrift in der Absicht gestrichen, daß die Entscheidung, ob eine derartige Verfügung als Wahlvermächtnis oder als Gattungsvermächtnis aufzufassen sei, der Auslegung des einzelnen Falles überlassen bleiben soll (vgl. Erl. 2 zu § 243; Strohal I § 35 II; Böhm S. 146 f.).

4. Der § 2155 findet nach § 2192 bei **Auflagen** entsprechende Anwendung.

§ 2156.

E. I § 1777 Satz 1; II § 2027 rev. § 2132; III § 2130. P. I S. 9018 ff.; M. V S. 41. P. II Bd. 5 S. 39, 43.

1. **Überlassung der Bestimmung der Leistung an den Beschwerten oder einen Dritten bei einem Vermächtnisse, dessen Zweck bestimmt ist.** Auch der § 2156 enthält eine Abweichung von dem in § 2065 Abs. 2 aufgestellten Grundsatz, insofern er bei Vermächtnissen die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung durch einen anderen als den Erblasser zuläßt. Voraussetzung ist, daß der Erblasser den Zweck des Vermächtnisses bestimmt hat. Alsdann kann die Be-

§. 2157. Ist Mehreren derselbe Gegenstand vermacht, so finden die Vorschriften der §§. 2089 bis 2093 entsprechende Anwendung.

---

stimmung der Leistung dem billigen Ermessen, nicht auch dem freien Belieben, des Beschwerten oder eines Dritten anheimgegeben werden. Die Vorschrift ist nach § 2192 bei Auflagen entsprechend anwendbar, doch gilt für diese der weitergehende Satz, daß auch die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen werden kann (§ 2193), was bei Vermächtnissen unzulässig ist.

2. **Zwecks näherer Regelung des Rechtsverhältnisses werden im Satz 2 die Vorschriften der §§ 315—319 für entsprechend anwendbar erklärt,** die an sich nach ihrer Fassung und Stellung nur für Schuldverhältnisse aus Verträgen gelten. Danach erfolgt die Bestimmung des Beschwerten durch Erklärung gegenüber dem Bedachten (§ 315 Abs. 2), die Bestimmung des Dritten durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten oder dem Bedachten (§ 318 Abs. 1). Für die Bestimmung durch mehrere Dritte gelten die Vorschriften des § 317 Abs. 2, für die Anfechtung der durch den Dritten getroffenen Bestimmung die Vorschriften des § 318 Abs. 2. Die Bestimmung für den Beschwerten ist für den Bedachten nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht; jede Abweichung von der Billigkeit berechtigt den Bedachten, die Bestimmung durch gerichtliches Urteil herbeizuführen (§ 315 Abs. 3). Dagegen ist die Bestimmung des Dritten nur dann unverbindlich und auf Betreiben des Beschwerten oder des Bedachten durch eine gerichtliche Entscheidung zu ersetzen, wenn sie offenbar unbillig ist (§ 319 Abs. 1; vgl. dort Erl. 1 und Erl. 2 zu § 2155). Die Bestimmung erfolgt auch dann durch Urteil, wenn der Beschwerte sie verzögert oder wenn der Dritte sie nicht treffen kann oder will oder sie verzögert; eine Fristbestimmung durch das Nachlaßgericht wie in den Fällen der §§ 2151, 2153—2155 findet nicht statt (§ 315 a. E., § 319 Abs. 1 a. E.). Die Vorschrift des § 319 Abs. 2 ist unanwendbar.

§ 2157.

E. I § 1846 Abs. 1; II § 2028 rev. § 2133; III § 2131. M. I S. 934 f.; M. V S. 140 f. P. II Bd. 5 S. 163.

1. **Vermächtnis desselben Gegenstandes an mehrere.** Die §§ 2157—2159 betreffen das gemeinschaftliche Vermächtnis, und zwar regeln der § 2157 die Anteile der mehreren Vermächtnisnehmer, die §§ 2158, 2159 aber das unter ihnen bestehende Anwachsungsrecht. Die mehreren, denen derselbe Gegenstand vermacht ist, stehen in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (Bd. II Vorbm. I, II vor § 741). Wegen der Anteile der einzelnen wird jedoch im § 2157 auf die Vorschriften verwiesen, die für die Bruchteile mehrerer nebeneinander eingesetzter Erben gelten. Danach sind die Bedachten in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung zu gleichen Teilen bedacht (§ 2091), die Vorschriften der §§ 2066—2069 können aber auch hier zu einem anderen Ergebnisse führen. Sollen die Bedachten nach dem Willen des Erblassers den vermachten Gegenstand ganz erhalten, mithin den Beschwerten unbedingt ausschließen, so tritt, wenn die vom Erblasser bestimmten Bruchteile das Ganze nicht erschöpfen, gemäß § 2089 eine verhältnismäßige Erhöhung der Bruchteile ein. Übersteigen die Bruchteile das Ganze, so sind sie gemäß § 2090 verhältnismäßig zu mindern. Der Fall, daß einige Vermächtnisnehmer mit Bruchteilen, die anderen ohne Bruchteile bedacht sind, ist nach § 2092, die Berufung einiger von den mehreren Bedachten auf einen gemeinschaftlichen Anteil ist nach § 2093 zu beurteilen.

2. Im E. I war ausgesprochen, **daß ein gemeinschaftliches Vermächtnis auch dann anzunehmen sei, wenn eine Forderung oder eine Menge vertretbarer Sachen den Gegenstand des Vermächtnisses bildet.** Von der zweiten Kommission ist der Satz als entbehrlich gestrichen, wobei jedoch Meinungsverschiedenheit über seine sachliche Richtigkeit bestand (P. II Bd. 5 S 163). Da das Vermächtnis nach § 2174 nur eine Forderung begründet, so tritt eine Teilung des Leistungsgegenstandes nicht von selbst ein. Ist der Gegenstand teilbar — und hierüber entscheidet bei einer zu leistenden Forderung deren Leistungsgegenstand — so hat freilich nach § 420 jeder Mitbedachte nur eine Forderung auf einen entsprechenden Teil des vermachten Gegenstandes, z. B. kann, wenn eine Geldforderung von 1200 drei Personen vermacht ist, jeder nur die Abtretung der Forderung an ihn in Höhe von 400 verlangen. Allein dies schließt die Anwendung der Grundsätze über das gemeinschaftliche Vermächtnis, insbesondere das Anwachsungsrecht, noch nicht aus (a. A. Meischeider S. 364 f., unter Berufung auf M. V S. 184; s. jedoch M. V S. 141). Es kommt wesentlich nur darauf an, daß wirklich derselbe Gegenstand mehreren zusammen vermacht ist und nicht etwa mehrere nur äußerlich zusammengefaßte Vermächtnisse vorliegen (Strohal I § 29 Anm. 26).

§. 2158. Ist Mehreren derselbe Gegenstand vermacht, so wächst, wenn einer von ihnen vor oder nach dem Erbfalle wegfällt, dessen Antheil den übrigen Bedachten nach dem Verhältniß ihrer Antheile an. Dies gilt auch dann, wenn der Erblasser die Antheile der Bedachten bestimmt hat. Sind einige der Bedachten zu demselben Antheile berufen, so tritt die Anwachsung zunächst unter ihnen ein.

Der Erblasser kann die Anwachsung ausschließen.

---

§ 2158.

E. I § 1870, § 1871 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1; II § 2029 rev. § 2134; III § 2132. P. I S. 947 ff., 948 ff.; M. V S. 184 ff. P. II Bd. 5 S. 215 f.

1. Anwachsung bei dem Vermächtnisse desselben Gegenstandes an mehrere. Voraussetzung der Anwachsung ist:

a) daß durch das Vermächtnis mehreren derselbe Gegenstand zugewendet ist. Ob dies der Fall ist, muß durch Auslegung der letztwilligen Verfügung festgestellt werden. Die römischen Grundsätze über die conjunctio (vgl. Dernburg, Pand. III § 113) sind nicht anwendbar. Es kommt auch nicht darauf an, ob ein bestimmter Gegenstand oder eine Menge vertretbarer Sachen, insbesondere eine Geldsumme, vermacht ist. Unbedingt ausgeschlossen ist die Anwachsung dann, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand real geteilt, z. B. ein Grundstück durch Bezeichnung einer mathematischen Grenze in zwei Hälften zerlegt hat; hier liegen in Wahrheit zwei Vermächtnisse vor. Bei dem Vermächtnis einer Forderung ist aus § 420 noch nicht zu folgern, daß der Gegenstand des Vermächtnisses real geteilt und daher die Anwachsung ausgeschlossen sei (Erl. 2 zu § 2157);

b) daß einer der mehreren gemeinschaftlich Bedachten wegfällt, sei es durch Versterben vor dem Erbfall (§ 2160) oder vor dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung (§§ 2074, 2177), sei es durch Verzicht (§ 2352), Ausschlagung (§ 2180) oder Unwürdigkeit (§ 2345). Auch die Unwirksamkeit der Zuwendung an einen einzelnen Bedachten infolge von Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung oder von anderen Umständen (§§ 2162, 2163) kann den Wegfall eines Bedachten und damit die Anwachsung nach sich ziehen (s. Erl. 2b zu § 2094).

2. Die Bedeutung und Wirkung der Anwachsung ist bei dem Vermächtnisse die gleiche wie bei der Erbeinsetzung (s. Erl. 3 zu § 2094). Die Anwachsung vollzieht sich auch hier kraft Gesetzes und, wenn der Wegfall des Mitbedachten nach dem Erbfall eintritt, mit rückwirkender Kraft (s. wegen der Ausschlagung § 2180 Abs. 3 in Verbindung mit § 1953 Abs. 1, 2, wegen der Unwürdigkeit § 2345 Abs. 1 in Verbindung mit § 142 Abs. 1). Die bezüglich des ursprünglichen Anteils erklärte Annahme oder Ausschlagung gilt auch für den anwachsenden Anteil (§ 2180 Abs. 3 in Verbindung mit § 1950; M. V S. 197). Ist ein Nachvermächtnisnehmer berufen, so erstreckt sich dessen Recht im Zweifel auf den anwachsenden Anteil (§ 2192 Abs. 2 in Verbindung mit § 2110 Abs. 1).

3. Anwachsung bei einem gemeinschaftlichen Anteile. Wie einige von mehreren Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt werden können und die Anwachsung alsdann zunächst unter ihnen eintritt (§ 2093, § 2094 Abs. 1 Satz 2), so können auch einige von den mit einem gemeinschaftlichen Vermächtnisse Bedachten zu einem und demselben Anteile berufen werden und stehen dann bezüglich der Anwachsung in einem engeren Verbande (Abs. 1 Satz 3; vgl. dazu Erl. 4a zu § 2094).

4. Wie bei der Erbeinsetzung (§ 2094 Abs. 3; vgl. dort Erl. 5) **kann der Erblasser auch bei dem gemeinschaftlichen Vermächtnisse die Anwachsung ausdrücklich oder stillschweigend ausschließen.** Eine Ausschließung liegt aber noch nicht darin, daß der Erblasser die Anteile der Bedachten bestimmt hat. Dieser Satz, der sachlich auch für die Erbeinsetzung gilt, dort aber nicht ausgesprochen ist (vgl. Erl. 2a und 5 zu § 2094), wird hier mit Rücksicht auf die Verschiedenheit und Zweifelhaftigkeit des bisherigen Rechtes besonders hervorgehoben (Abs. 1 Satz 2). Daß eine Ersatzberufung dem Anwachsungsrechte vorgeht, ergibt sich aus §§ 2099, 2190.

5. Ist einer der mehreren Vermächtnisnehmer, welchen derselbe Gegenstand vermacht ist, unter einer auflösenden Bedingung bedacht, und tritt diese Bedingung erst ein, nachdem der unter ihr Bedachte das Vermächtnis bereits definitiv erworben hatte, so finden die Vorschriften über Anwachsung direkt keine Anwendung. Man wird sie indessen auf Grund des der Anwachsung zugrunde liegenden Gedankens ebenso wie in dem Falle, daß von mehreren nach § 2094

§. 2159. Der durch Anwachsung einem Vermächtnißnehmer anfallende Antheil gilt in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser oder der wegfallende Vermächtnißnehmer beschwert ist, als besonderes Vermächtniß.

§. 2160. Ein Vermächtniß ist unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt.

---

eingesetzten Erben der eine unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt ist und die Bedingung erst nach dem definitiven Erwerbe des Erbteils durch den unter der Bedingung eingesetzten Erben eingetreten ist (s. Erl. 4 zu § 2104) zur entsprechenden Anwendung bringen müssen. Fraglich ist, in welcher Art die entsprechende Anwendung zu erfolgen hat. Gegen die Annahme eines Nachvermächtnisses (so Strohal I § 29 Anm. 27) spricht, daß mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung die Wirkung des Vermächtnisses nach § 158 Abs. 2 endigt und der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Die durch das Vermächtnis begründete Forderung des Vermächtnisnehmers besteht also nicht mehr, und ihr Gegenstand ist, wenn die Leistung unter der auflösenden Bedingung bereits erfolgt ist, mit deren Eintritte kraft des Gesetzes an den Beschwerten zurückgefallen. Der Vermächtnisnehmer ist also nicht imstande, die ihm bei Annahme eines Nachvermächtnisses nach § 2191 obliegende Verpflichtung zur Leistung des vermachten Gegenstandes zu erfüllen. Man wird also, um dem der Anwachsung zugrunde liegenden Gedanken gerecht zu werden, eine andere Konstruktion zugrunde legen müssen. Diese bietet sich durch die Annahme, daß der Erblasser den Teil des Vermächtnisses, welchen er dem einen Mitvermächtnisnehmer unter der auflösenden Bedingung zugewendet hat, den anwachsungsberechtigten Mitvermächtnisnehmern unter der aufschiebenden Bedingung, daß jene auflösende Bedingung eintrete, vermacht hat. Eine solche Annahme rechtfertigt sich dadurch, daß bei ihr dieselbe Absicht des Erblassers vorausgesetzt wird, von welcher das Gesetz bei den Bestimmungen über die Anwachsung ausgeht und daß im praktischen Resultate dadurch dasselbe erreicht wird wie durch die Anwachsung. Dieselben Grundsätze müssen Anwendung finden, wenn die Zuwendung an den einen Vermächtnisnehmer unter einem Endtermine gemacht ist (§ 163).

Erwägungen derselben Art führen auch für den Fall zu einem entsprechenden Resultate, daß der Nießbrauch an einem Gegenstande mehreren gemeinschaftlich vermacht ist, und der eine Vermächtnisnehmer, nachdem er den Nießbrauch erworben, vor dem anderen stirbt (Strohal I § 29 Anm. 27; Dernburg V § 70 II 2). Durch den Tod des Vermächtnisnehmers ist dessen Anteil am Nießbrauche beendigt (§ 1061). Man kann deshalb auch hier kein Nachvermächtnis annehmen, wird aber der Absicht des Erblassers und dem der Anwachsung zugrunde liegenden Gedanken gerecht, wenn man das Verhältnis so behandelt, wie wenn dem anwachsungsberechtigten Vermächtnisnehmer der durch den Tod des anderen Vermächtnisnehmers beendigte Anteil des Nießbrauchs unter der Bedingung dieses Todes vermacht wäre.

§ 2159.

E. I § 1872; II § 2030 rev. § 2135; III § 2133. P. I E. 9479, 9488 ff., 9495, 11358, 11425 f.; M. V E. 186. P. II Bd. 5 E. 215 f.

Behandlung des anwachsenden Vermächtnisteils als besonderes Vermächtnis in Ansehung von Vermächtnissen und Auflagen. Der Ausnahmesatz des § 2159 beruht auf demselben Gedanken wie die für die Anwachsung unter Miterben geltende entsprechende Vorschrift des § 2095. Die Bestimmung (Dispositivnorm) ist von Bedeutung mit Rücksicht auf die nach § 2187 bestehende Haftungsbeschränkung des beschwerten Vermächtnisnehmers; vgl. im übrigen Erl. 1, 3 zu § 2095. Ist die Anwachsung ausgeschlossen und kommt infolgedessen der Wegfall des Bedachten dem Beschwerten zustatten, so gilt für diesen eine entsprechende Beschränkung der Haftung nach § 2187 Abs. 2.

§ 2160.

E. I § 1868; II § 2031 rev. § 2136; III § 2134. P. I E. 9465 ff., 11357; M. V E. 181. P. II Bd. 5 E. 212.

Wie nach § 1923 Abs. 1 die Erbeinsetzung ist nach § 2160 auch **das Vermächtnis unwirksam, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt.** Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Rechte und dem Wesen der Verfügung von Todes wegen, deren Wirksamkeit erst mit dem Tode des Erblassers eintritt (Bd. I Vorbm. IX vor § 104). Daß der Bedachte zur Zeit des Erbfalls schon lebt, ist bei dem Vermächtnis, anders als bei der Erbeinsetzung nicht

§. 2161. Ein Vermächtniß bleibt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, wirksam, wenn der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnißnehmer wird. Beschwert ist in diesem Falle derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommt.

§. 2162. Ein Vermächtniß, das unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet ist, wird mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher die Bedingung oder der Termin eingetreten ist.

Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereigniß bestimmt, so wird das Vermächtniß mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall unwirksam, wenn nicht vorher der Bedachte erzeugt oder das Ereigniß eingetreten ist, durch das seine Persönlichkeit bestimmt wird.

---

erforderlich (vgl. § 2162 Abs. 2, § 2163). Die Unwirksamkeit des Vermächtnisses kommt, abgesehen von den Fällen der Ersatzberufung (§ 2190, vgl. § 2069) und der Anwachsung (§ 2158) dem Beschwerten zustatten, nicht etwa den gesetzlichen Erben des Erblassers (vgl. § 2149) oder bei dem Wegfall eines Untervermächtnisses dem eingesetzten Erben (vgl. E. I § 1875; M. V S. 180; P. II Bd. 5 S. 220). Andere Fälle, in denen ein Vermächtnis aus einem in der Person des Bedachten liegenden Grunde unwirksam wird, sind die Ausschlagung (§ 2180), der Verzicht (§ 2352) und die Unwürdigkeit (§ 2345). Wegen der Notwendigkeit, daß der Bedachte den Eintritt einer aufschiebenden Bedingung erlebt, s. § 2074, wegen sonstiger Unwirksamkeitsgründe s. die §§ 2162, 2163, 2171, 2172.

§ 2161.

E. I § 1876 Abs. 1; II § 2032 rev. § 2137; III § 2135. P. I S. 9501 ff.; M. V S. 189 ff. P. II Bd. 5 S. 221.

Wirksamkeit des Vermächtnisses bei dem Wegfalle des Beschwerten. Die Vorschrift des § 2161 entspricht den bisherigen neueren Rechten, während im gem. Rechte der in ihr enthaltene Rechtsgedanke nur in beschränktem Maße Anerkennung gefunden hatte (Windscheid-Kipp III § 639 Nr. 5, § 641). Wer der wegfallende Beschwerte ist, ob ein eingesetzter oder ein gesetzlicher Erbe oder ein Vermächtnisnehmer, ist für die Anwendung des § 2161 unerheblich; die Vorschrift stellt daher nicht nur einen besonderen Anwendungsfall des im § 2085 ausgesprochenen Grundsatzes dar. Der § 2161 enthält jedoch nur eine Auslegungsregel; war der Wille des Erblassers auf eine persönliche Belastung des Beschwerten gerichtet, was sich insbesondere aus der Beschaffenheit der Leistung ergeben kann, so wird das Vermächtnis mit dem Wegfalle des Beschwerten unwirksam. Bleibt es der Regel gemäß wirksam, so ist nach Satz 2 derjenige beschwert, welchem der Wegfall der zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommt. Nur darauf kommt es an, wem der Wegfall rechtlich zustatten kommt, nicht darauf, ob dieser auch einen wirtschaftlichen Vorteil von dem Wegfalle hat (M. V S. 190). Beschwert ist also je nach Lage des Falles der Ersatzerbe, der gesetzliche Erbe, der entferntere gesetzliche Erbe, derjenige, welcher mit einem Vermächtnis an den wegfallenden Beschwerten seinerseits beschwert war, oder derjenige, welchem der Erbteil bzw. Vermächtnisanteil des Beschwerten anwächst. War der wegfallende Beschwerte selbst ein Vermächtnisnehmer, so haftet, wer an seine Stelle tritt, nach § 2187 Abs. 2 nicht weiter, als der Wegfallende haften würde. Der § 2161 gilt nach § 2192 entsprechend bei Auflagen.

§ 2162.

E. I § 1869; II § 2033 rev. § 2138; III § 2136. P. I S. 9559 ff., 9585 f., 9732 ff., 11358, 11443 f., 12238; M. V S. 182 f. P. II Bd. 5 S. 212 ff.

Regelmäßige Unwirksamkeit des Vermächtnisses, wenn der Anfall erst dreißig Jahre nach dem Erbfall eintritt. Wie in § 2109 für die Einsetzung eines Nacherben wird in den §§ 2162, 2163 für die Anordnung von Vermächtnissen eine zeitliche Grenze der Wirksamkeit aufgestellt, um eine Belastung des Beschwerten von unbegrenzter Dauer zu verhindern. Von der Beschränkung werden alle diejenigen Fälle getroffen, in welchen der Anfall des Vermächtnisses erst zu einer

§. 2163. Das Vermächtniß bleibt in den Fällen des §. 2162 auch nach dem Ablaufe von dreißig Jahren wirksam:

1. wenn es für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Beschwerten oder des Bedachten ein bestimmtes Ereigniß eintritt, und derjenige, in dessen Person das Ereigniß eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt;
2. wenn ein Erbe, ein Nacherbe oder ein Vermächtnißnehmer für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, mit einem Vermächtnisse zu Gunsten des Bruders oder der Schwester beschwert ist.

Ist der Beschwerte oder der Bedachte, in dessen Person das Ereigniß eintreten soll, eine juristische Person, so bewendet es bei der dreißigjährigen Frist.

§. 2164. Das Vermächtniß einer Sache erstreckt sich im Zweifel auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör.

Hat der Erblasser wegen einer nach der Anordnung des Vermächtnisses erfolgten Beschädigung der Sache einen Anspruch auf Ersatz der Minderung des Werthes, so erstreckt sich im Zweifel das Vermächtniß auf diesen Anspruch.

---

spätteren Zeit als mit dem Erbfall eintritt, und die Beschränkung läuft im Ergebnisse darauf hinaus, daß ein Vermächtnis mit dem Ablaufe von dreißig Jahren seit dem Erbfall unwirksam wird, wenn nicht vorher der Anfall an den Bedachten stattgefunden hat (Strohal I § 30 I). Bei dem nondum conceptus genügt jedoch Erzeugung vor dem Ablaufe der Frist, während der Anfall nach § 2178 erst mit der Geburt eintritt. Im Gesetzestexte sind die einzelnen in Betracht kommenden Fälle auseinander gehalten. Der Abs. 1 gibt die Vorschrift zunächst für Vermächtnisse, die unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet sind (s. § 2177). Im Abs. 2 wird sie sodann auf die Fälle ausgedehnt, daß der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist oder daß seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird (s. § 2178). Der Fall des Nachvermächtnisses (§ 2191) und der Fall des einem Vermächtnisnehmer auferlegten Vermächtnisses (sog. Untervermächtnisses, §§ 2186 ff.) sind hiernach mitgetroffen. Die wichtigen Ausnahmen von der Regel sind im § 2163 enthalten. Betreffs des aufschiebend bedingten Vermächtnisses (Abs. 1) ist übrigens neben § 2163 auch § 2074 zu beachten. Wegen des nondum conceptus (Abs. 2) s. auch Erl. 3 zu § 331. Im übrigen vgl. die Erl. 1, 2 zu § 2109; Meischeider S. 345, 434 ff.

Über die Frage, ob es bei dem Vermächtnis einer Leibrente nur darauf ankommt, ob das Recht auf die Leibrente im ganzen vor dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Erbfall angefallen ist, oder ob die Rente für jedes Jahr als selbständiges Vermächtnis zu betrachten ist, s. Erl. 3 zu § 2177.

§ 2163.

E. II § 2034 rev. § 2139; III § 2137. P. II Bd. 5 S. 212 ff., 225, 237 ff.; Bd. 6 S. 91.

Die Ausnahmefälle des § 2163 entsprechen genau denjenigen des § 2109 Abs. 1 Satz 2. Es kann daher auf die Ausführungen in der dortigen Erl. 3 Bezug genommen werden. Beispielsfälle s. bei Meischeider S. 435 f. und bei Wilke Anm. 2 zu § 2162. Zum Abs. 2 ist die Erl. 4 zu § 2109 zu vergleichen.

§ 2164.

E. I § 1859; II § 2035 rev. § 2140; III § 2138. P. I S. 9422 ff., 9428 f., 9438 f., 11726 f.; M. V S. 163 f. P. II Bd. 5 S. 179 f.

Der § 2164 enthält **zwei Auslegungsregeln über den Umfang des Vermächtnisses einer körperlichen Sache**, wobei zunächst nur an eine zur Erbschaft gehörende Sache gedacht ist (P. II Bd. 5 S. 174, 180; Erl. 4 zu § 2170).

1. Nach Abs. 1 erstreckt sich das Vermächtnis auf das zur Zeit des Erbfalls vorhandene Zubehör. Die Vorschrift entspricht der für Veräußerungsverträge unter Lebenden im § 314 aufgestellten Auslegungsregel (vgl. auch § 926 Abs. 1 Satz 2 und die übrigen in Erl. 1a zu § 97 angezogenen Vorschriften). Bei dem Vermächtnis entscheidet jedoch die Zeit des Erbfalls, da die Verfügung erst mit diesem Zeitpunkte wirksam wird. Bei aufschiebend bedingten oder befristeten Vermächtnissen wird das zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins vorhandene

Zubehör als vermacht anzusehen sein (vgl. § 2177). Wenn Dernburg V § 76 Anm. 7 dies bestreitet und annimmt, daß der Beschwerte zwar nicht die einzelnen bei dem Erbfalle vorhandenen Zubehörstücke, aber doch ein dem damaligen gleichwertiges Inventar zu leisten habe, so dürfte der dafür geltend gemachte Grund, daß mit dem Erbfalle zwar nicht der Anfall, aber doch eine Anwartschaft eingetreten sei, nicht durchschlagend sein. Aus dieser Anwartschaft, dem sog. Voranfall, ergibt sich nach § 2179 nur, daß für die Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfalle des Vermächtnisses die Vorschriften Anwendung finden, welche für den Fall gelten, daß eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird. Aus diesen Vorschriften ergibt sich aber die von Dernburg behauptete Regel nicht. Anzuerkennen ist nur, daß der Erblasser eine der Dernburgschen Auffassung entsprechende Bestimmung treffen kann. Eine Frage der Auslegung ist es, ob eine solche Bestimmung als stillschweigend getroffen angesehen werden muß.

Was Zubehör ist ergibt sich aus den §§ 97, 98. Wenn Dernburg V § 76 IV nicht den gesetzlichen Begriff des Zubehörs zugrunde legen will, sondern darauf abstellt, was der Erblasser als Zubehör behandelt habe, so dürfte sich dies nicht rechtfertigen lassen. Zuzugeben ist nur, daß, wenn die Verfügung des Erblassers dahin ausgelegt werden muß, daß er dem Vermächtnisnehmer die von ihm als Zubehör behandelten Sachen, obwohl sie gesetzlich nicht Zubehör sind, hat zuwenden wollen, dieser Wille maßgebend ist. Das Vermächtnis erstreckt sich auf die fraglichen Sachen dann aber nicht auf Grund des § 2164 Abs. 1, sondern auf Grund der besonderen Verfügung des Erblassers.

Voraussetzung der Zubehöreigenschaft ist nicht, daß die betreffenden Sachen im Eigentume des Erblassers standen (Erl. 3a zu § 97). Sind fremde Sachen zur Zeit des Erbfalls Zubehör der vermachten Sache, so handelt es sich um die Frage, ob in Beziehung auf diese ein sog. Verschaffungsvermächtnis anzunehmen ist (§ 2169 Abs. 1). Diese Frage dürfte regelmäßig zu bejahen sein. Es finden daher in betreff solcher Sachen die Vorschriften des § 2170 Anwendung.

Nur das gilt nach Abs. 1 als vermacht, was zu der entscheidenden Zeit an Zubehörstücken tatsächlich vorhanden ist, nicht was nach allgemeinen wirtschaftlichen Anschauungen vorhanden sein muß. Zu beachten ist jedoch, daß die vorübergehende Trennung eines Zubehörstücks von der Hauptsache dessen Eigenschaft als solches nicht aufhebt (§ 97 Abs. 2 Satz 2).

Die Vorschrift des Abs. 1 wird auch bei dem Vermächtnisse von Sachen, die nicht zu der Erbschaft gehören, wenn ein solches Vermächtnis nach § 2169 wirksam ist, entsprechende Anwendung finden müssen. Das Zubehör solcher Sachen ist also im Zweifel als mitvermacht anzusehen (Herzfelder Erl. 1 Abs. 2 zu § 2164; Windscheid-Kipp III § 654. Zusatz II 2).

2. **Die Vorschrift des Abs. 2, daß im Falle einer nach der Anordnung des Vermächtnisses durch Beschädigung der Sache eingetretenen Wertminderung das Vermächtnis sich auf den etwaigen Ersatzanspruch erstreckt,** beruht auf einer Anwendung des Surrogationsprinzips, ist aber ebenfalls nur eine Auslegungsregel. Für den Fall der völligen Zerstörung oder der sonstigen Entziehung der Sache gilt ein entsprechender Rechtssatz nach § 2169 Abs. 3, § 2172 Abs. 2 Satz 2. Auf welchem Rechtsgrunde der Ersatzanspruch des Erblassers beruht (unerlaubte Handlung, Versicherung) ist gleichgültig. Der dem Abs. 2 zugrunde liegende Gedanke wird, wenngleich der Wortlaut nicht soweit reicht, in der Regel auch dahin führen, daß der dem Erblasser gegen einen Dritten zustehende Anspruch auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache als mitvermacht anzusehen ist, mag er sich lediglich auf die gesetzlichen Vorschriften der §§ 459ff. oder auf ein besonderes Garantieversprechen stützen. Der Bedachte hat aber stets nur einen Anspruch auf Abtretung der gegen Dritte bestehenden Rechte, nicht ohne weiteres diese Rechte selbst (§ 2174) oder etwa einen Anspruch auf Ersatz des Wertes gegen den Beschwerten. Die Abtretung des Ersatzanspruchs kann nur insoweit verlangt werden, als der Anspruch sich auf den Wert der Sache bezieht. Auf einen weitergehenden Interesseanspruch des Erblassers erstreckt sich das Vermächtnis nicht (Windscheid-Kipp III § 654 Zusatz 3a).

3. Auch abgesehen von den im § 2164 besonders geregelten Punkten **entscheidet über den rechtlichen Umfang und den tatsächlichen Zustand, in welchem die vermachte Sache zu leisten ist, die Zeit des Erbfalls.** Ob seit der Anordnung des Vermächtnisses Verbesserungen oder Verschlechterungen eingetreten sind, bleibt außer Betracht. Alle zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Bestandteile, insbesondere bei einem Grundstücke die unter diesen Rechtsbegriff fallenden Gebäude und sonstigen Anlagen (§ 95), gebühren, auch wenn sie erst nach der Anordnung des Vermächtnisses entstanden sind, dem Bedachten. Schließt der Erblasser einen Gegenstand, der im Rechtssinne wesentlicher Bestandteil der vermachten Sache ist, z. B. ein Gebäude von dem Vermächtnis aus, so kann dies entweder die Bedeutung haben, daß der Beschwerte den betreffenden Gegenstand,

§. 2165. Ist ein zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht, so kann der Vermächtnißnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der Rechte verlangen, mit denen der Gegenstand belastet ist. Steht dem Erblasser ein Anspruch auf die Beseitigung zu, so erstreckt sich im Zweifel das Vermächtniß auf diesen Anspruch.

Ruht auf einem vermachten Grundstück eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die dem Erblasser selbst zusteht, so ist aus den Umständen zu entnehmen, ob die Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld als mitvermacht zu gelten hat.

---

also z. B. das Gebäude, von der vermachten Sache vor deren Leistung an den Vermächtnisnehmer abzutrennen und für sich zu behalten befugt sein oder, daß der Vermächtnisnehmer dem Beschwerten den Wert des betreffenden Gegenstandes zu vergüten verpflichtet sein soll. Ob das eine oder das andere dem Willen des Erblassers entspricht oder ob zunächst die Abtrennungsbefugnis gelten, der Beschwerte aber die Abtrennung durch Ersatz des Wertes abzuwenden befugt sein soll, ist eine Frage der Auslegung. Auf der anderen Seite kann der Erblasser nicht durch die bloße nachträgliche Erklärung seines dahingehenden Willens bewirken, daß ein Gegenstand, der im gesetzlichen Sinne nicht Bestandteil oder Zubehör der vermachten Sache ist, ohne weiteres diese Eigenschaft erlangt und daher als mitvermacht gilt, wenngleich es ihm natürlich freisteht, durch eine formgültige Anordnung das Vermächtnis auf einen solchen Gegenstand zu erstrecken (M. V S. 164).

4. Ob der Beschwerte außer der ausdrücklich vermachten Sache auch noch andere Sachen oder Rechte deswegen zu leisten hat, weil diese zu einer der Absicht des Erblassers entsprechenden Benutzung der vermachten Sache erforderlich sind, ist eine Frage der Auslegung. Bildet ein Grundstück den Gegenstand des Vermächtnisses, welchem die zur ordnungsmäßigen Benutzung erforderliche Verbindung mit einem öffentlichen Wege durch andere dem Beschwerten gehörende Grundstücke abgeschnitten wird, so würde der Vermächtnisnehmer nach § 918 die Duldung des Notweges über diese Grundstücke verlangen können. Er würde den Eigentümer aber nach § 917 durch eine Geldrente entschädigen müssen. In einem Falle dieser Art dürfte es aber der Absicht des Erblassers entsprechend angesehen werden, daß der Beschwerte den Notweg ohne Entschädigung zu dulden verpflichtet sein soll (Dernburg V § 76 V; Herzfelder Erl. 2 Abs. 3 zu § 2164; vgl. auch Böhm S. 149 Anm. 1). Wegen der Nutzungen der vermachten Sache s. § 2184, wegen des Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen § 2185.

§ 2165.

E. I § 1861; II § 2036 rev. § 2141; III § 2139. P. I S. 942 ff.; M. V S. 165 ff. P. II Bd. 5 S. 181 ff.

Pini, Das Vermächtnis eines zur Erbschaft gehörigen belasteten Gegenstandes nach dem BGB. 1903.

1. Ist der vermachte Gegenstand mit dinglichen Rechten belastet, so entsteht die Frage, ob der Bedachte von dem Beschwerten die Beseitigung dieser Rechte verlangen kann oder ob er die dingliche Belastung mitübernehmen muß. Das BGB. entscheidet sich wie überwiegend schon das bisherige Recht im Sinne der letzteren Möglichkeit (res transit cum suo onere), indem es im § 2165 Abs. 1 Satz 1 die Auslegungsregel aufstellt, daß der Vermächtnisnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der Rechte verlangen kann, mit denen der Gegenstand belastet ist. Es geht davon aus, daß der Erblasser dem Bedachten in der Regel nicht mehr wird zuwenden wollen als ihm selbst gebührt (vgl. Erl. 3 zu § 2164). Die Vorschrift gilt für dingliche Belastungen jeder Art, und zwar nicht nur für das Vermächtnis einer Sache, sondern auch für das eines anderen Gegenstandes, setzt aber voraus, daß der vermachte Gegenstand zur Erbschaft gehört. Wegen des Verschaffungs- und des Gattungsvermächtnisses s. § 2182. Ob der Erblasser die Belastung kannte, ist für die gesetzliche Regel unerheblich, kann aber für die Willensauslegung im einzelnen Falle von Bedeutung sein. Auch Rechte, die dem Belasteten zustehen, fallen unter die Regel (vgl. Erl. 3 zu § 2175; Böhm S. 154). Soweit bei öffentlich-rechtlichen Lasten eine Beseitigung (Ablösung) überhaupt in Frage kommt, untersteht auch sie dem § 2165.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 enthält nur eine Auslegungsregel. Sie findet daher keine Anwendung, wenn ein abweichender Wille des Erblassers erhellt. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein solcher abweichender Wille anzunehmen ist, wird insbesondere die Natur der

betreffenden Belastung sowie der Umstand zu berücksichtigen sein, ob der Erblasser die Belastung gekannt hat oder nicht. Bei Rückständen von Lasten und Abgaben aus der Zeit vor dem Erbfalle, für welche der belastete Gegenstand haftet, wird z. B. regelmäßig anzunehmen sein, daß sie nach dem Willen des Erblassers von dem Erben, nicht von dem Vermächtnisnehmer, getragen werden sollen (Böhm S. 154 Anm. 3; a. A. Wilke § 2165 Nr. 1). Auch wenn eine vermachte Sache dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters (§ 559) oder bei einem Werkvertrage dem Pfandrechte des Unternehmers (§ 647) unterliegt oder wenn vermachte Wertpapiere zu einem vorübergehenden Zwecke lombardiert sind, dürfte regelmäßig anzunehmen sein, daß der Vermächtnisnehmer die Sache als eine pfandfreie erhalten soll (Strohal I § 33 Anm. 28; Dernburg V § 78 II). Übrigens hat der Vermächtnisnehmer, wenn ihm das Eigentum der vermachten Sache übertragen ist, nach § 1249 unter den dort bezeichneten Voraussetzungen, auch das Recht den Pfandgläubiger zu befriedigen und erwirbt, wenn er dies tut, die Forderung, für die das Pfand haftete (Strohal I § 33 Anm. 30).

2. Die Auslegungsregel des Satz 2, nach der **das Vermächtnis im Zweifel einen dem Erblasser zustehenden Anspruch auf Beseitigung der fremden Rechte mitumfaßt**, gilt auch dann, wenn sich der Anspruch gegen den Erben richtet (§ 2175; vgl. Endemann III § 72 Anm. 8; Dernburg V § 78 Anm. 6). Übrigens gehen auf den Bedachten auch diejenigen Einreden über, welche dem Erblasser als Eigentümer der vermachten Sache gegen das dingliche Recht zustehen, vgl. insbesondere §§ 1137 ff., 1211, 1254.

3. **Ruht auf einem vermachten Grundstück eine Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld** (§§ 889, 1163, 1168, 1170, 1171, 1177, 1192, 1196, 1197, 1199; EVO. § 868), so kommt für den Bedachten weniger die Beseitigung (Löschung) dieses Rechtes als vielmehr die Frage in Betracht, ob die Hypothek oder die Grundschuld bzw. Rentenschuld als mitvermacht zu gelten hat. Das BGB. enthält sich einer Entscheidung dieser Frage, indem es im § 2165 Abs. 2 darauf hinweist, daß die Entscheidung aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen ist. Die zweite Kommission, welche die Vorschrift aufgenommen hat, war der Ansicht, daß sich bei der Verschiedenheit der innerhalb Deutschlands bezüglich der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld bisher noch bestehenden wirtschaftlichen Anschauungen und bei dem mangelnden Verständnis eines großen Teiles der Bevölkerung für die Natur jener Rechte eine Auslegungsregel nicht aufstellen lasse. Ist aus den Umständen ein Anhalt für die Absicht des Erblassers nicht zu gewinnen, so muß nach der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek bzw. -grundschuld, die sich gegenüber dem Eigentum an dem Grundstück als ein besonderes Vermögensrecht darstellt, dahin entschieden werden, daß die Hypothek bzw. Grundschuld nicht mitvermacht ist. In diesem Sinne ist die Frage auch für das preuß. Recht von der herrschenden Ansicht beantwortet worden (vgl. die Nachweisungen in den P. II Bd. 5 S. 184; für das BGB. vgl. Wilke Anm. 2; Meischeider S. 386; Endemann III § 72 Anm. 20; Strohal I § 33 Anm. 29). Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 gilt auch für Eigentümerhypotheken und Eigentümergrundschulden, d. h. der Bedachte kann im Zweifel nicht die Löschung dieser Rechte verlangen (P. II Bd. 5 S. 184, 188).

4. **Auf den Fall, daß der vermachte Gegenstand, insbesondere ein Grundstück, über die Zeit der Erfüllung des Vermächtnisses hinaus vermietet oder verpachtet ist**, findet § 2165 keine Anwendung, da die Miete oder Pacht nach dem BGB. keine dingliche Belastung begründet. Der E. I (§ 1860) bestimmte, daß der Vermächtnisnehmer zugunsten des Beschwerten sowie auch des Mieters oder Pächters als mit der Verpflichtung beschwert gelte, den Vertrag zu erfüllen. In der zweiten Lesung ist diese Vorschrift gestrichen worden, weil sie zu weit gehe und neben den Vorschriften der §§ 571 ff. über die Rechte des Mieters und Pächters im Falle einer Sondernachfolge an der vermieteten oder verpachteten Sache praktisch entbehrlich sei. Die letztgedachten Vorschriften gelten zwar nur für Grundstücke, so daß es für den Fall der Vermietung oder Verpachtung beweglicher Sachen und für den Fall der Verpachtung von Rechten an einer besonderen Vorschrift fehlt; sie haben überdies zur Voraussetzung, daß die Überlassung der Sache an den Mieter oder Pächter erfolgt ist. Allein dem praktischen Bedürfnisse dürfte genügt sein, zumal bei beweglichen Sachen, wenn diese dem Mieter oder Pächter bereits übergeben und demnächst gemäß § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe dem Vermächtnisnehmer übereignet sind, der Mieter oder Pächter gemäß § 986 Abs. 2 in der Lage ist, dem Vermächtnisnehmer die Einwendungen entgegenzusetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen, und dadurch seine vertragsmäßigen Rechte wenigstens insoweit zur Geltung zu bringen, als sie nicht ein positives Tun, sondern nur ein Dulden des Vermieters zum Gegenstande haben (P. II

§. 2166. Ist ein vermachtes Grundstück, das zur Erbschaft gehört, mit einer Hypothek für eine Schuld des Erblassers oder für eine Schuld belastet, zu deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, so ist der Vermächtnißnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet, als die Schuld durch den Werth des Grundstücks gedeckt wird. Der Werth bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher das Eigenthum auf den Vermächtnißnehmer übergeht; er wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Hypothek im Range vorgehen.

Ist dem Erblasser gegenüber ein Dritter zur Berichtigung der Schuld verpflichtet, so besteht die Verpflichtung des Vermächtnißnehmers im Zweifel nur insoweit, als der Erbe die Berichtigung nicht von dem Dritten erlangen kann.

Auf eine Hypothek der im §. 1190 bezeichneten Art finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Bd. V S. 181). Überdies kann natürlich im einzelnen Falle der Wille des Erblassers auch dahin auszulegen sein, daß der Vermächtnisnehmer dem Erben gegenüber verpflichtet sein soll, die Überlassung der vermieteten Sache an den Mieter zu dulden und sich während der Mietzeit mit den Mietzinsen zu begnügen oder auch gänzlich in die Rechtsstellung des Vermieters einzutreten. Regelmäßig dürfte eine solche Auslegung dem Willen des Erblassers entsprechen (vgl. Strohal I § 33 IV; Dernburg V § 78 Anm. 4). Zweifelhaft ist, ob, wenn die §§ 571 ff. Anwendung finden, doch mit Strohal I § 33 IV anzunehmen ist, daß der Vermächtnisnehmer schlechthin an alle von dem Erblasser über den künftig fällig werdenden Mietzins getroffenen Verfügungen gebunden sei und die beschränkende Vorschrift des § 573 keine Anwendung finde. Weder aus dem Wortlaute noch aus dem Zwecke der fraglichen Vorschriften dürften sich indessen entscheidende Gründe für diese Modifikation ableiten lassen. Die Frage ist übrigens praktisch ohne Bedeutung. Da auch nach § 573 Satz 2 der Erwerber alle Verfügungen des Vermieters gegen sich gelten lassen muß, wenn er sie bei dem Erwerbe kennt und der Erbe also in der Lage ist, diese Gebundenheit dadurch herbeizuführen, daß er den Vermächtnisnehmer bei dem Erwerbe von den betreffenden Verfügungen Mitteilung macht.

§ 2166.

E. II § 2037 rev. § 2142; III § 2140. P. II Bd. 5 S. 182 f., 188 ff.; Bd. 6 S. 396.

1. Verpflichtung des Vermächtnisnehmers zur Befriedigung eines Hypothekengläubigers, welchem der Erbe persönlich haftet. Die Vorschrift des § 2166, die von dem E. I (vgl. M. V S. 167 f.) abgelehnt war, ist bei der zweiten Lesung im Anschluß an ähnliche Bestimmungen des preuß. und sächs. Rechtes auf Grund der Erwägung aufgenommen worden, daß nach der heutigen Verkehrsauffassung die Hypotheken eine dauernde Belastung der Grundstücke bilden, daß bei ihnen die Realobligation als die Hauptsache angesehen wird und daß daher bei dem Vermächtnis eines Grundstücks die Absicht des Erblassers regelmäßig dahin gehen wird, den Vermächtnisnehmer die Hypothekenschulden materiell tragen zu lassen. Dieses Ergebnis würde aber in Ermangelung einer besonderen Vorschrift nach dem BGB. nicht eintreten, weil der Vermächtnisnehmer durch Auszahlung der Hypothek die persönliche Forderung gegen den Erben erwerben, der Erbe aber, wenn er den Gläubiger befriedigt, ohne einen ihm gegen den Vermächtnisnehmer zustehenden Ersatzanspruch die Hypothek nicht gewinnen würde (§§ 1142, 1143, 1163, 1164). Deswegen ist im § 2166 Abs. 1 Satz 1 die Auslegungsregel aufgestellt, daß der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, wenn das vermachte Grundstück zur Erbschaft gehört und der Erblasser entweder selbst der persönliche Schuldner oder dem Schuldner gegenüber zur Berichtigung der Schuld verpflichtet war. Der Vermächtnisnehmer wird nicht etwa dem Gläubiger persönlich haftbar, er ist auch dem Erben gegenüber nicht verpflichtet, ihn durch Schuldübernahme (§§ 414 ff.) von der Verbindlichkeit zu befreien oder ihm vor der Fälligkeit der Forderung Sicherheit zu leisten. Er muß nur, sobald der Gläubiger seine Befriedigung fordern darf und tatsächlich fordert, diese bewirken, wie wenn er sich dem Erben durch eine vertragsmäßige Erfüllungsübernahme (§ 329) dazu verpflichtet hätte.

2. Die in Erl. 1 bezeichnete Verpflichtung des Vermächtnisnehmers besteht nur insoweit, als die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird. Für die Berechnung des Wertes sind zwei Vorschriften aufgestellt:

a) Maßgebend ist die Zeit, zu welcher das Eigentum an dem Grundstück auf den Vermächtnisnehmer übergeht. Es entscheidet also nicht der Zeitpunkt des Erbfalls oder des Anfalls des Vermächtnisses (§§ 2174, 2176 ff.), sondern der Zeitpunkt, in welchem das Grundstück dem Vermächtnisnehmer aufgelassen ist (§§ 873, 925). Eine spätere Werterhöhung oder Wertminderung ist ohne Einfluß. Hieraus ergibt sich, daß bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks einerseits der Vermächtnisnehmer einen Regreßanspruch gegen die Erben hat, wenn die Hypothek zur Zeit des Eigentumsüberganges durch den Grundstückswert nicht gedeckt wurde, gleichwohl aber in voller Höhe zur Hebung kommt (Strohal I § 33 III 3; Küntzel in Gruch. Bd. 41 S. 595 ff.), andererseits aber der völlige oder teilweise Ausfall der Hypothek von dem Vermächtnisnehmer zu tragen ist, wenn die Hypothek durch den Wert des Grundstücks zur Zeit des Eigentumsüberganges ganz oder in größerer Höhe, als sie zur Hebung kommt, gedeckt war (Küntzel a. a. O. S. 597; Wilke Anm. 2; a. A. Endemann III § 72 Anm. 12). Befriedigt der Vermächtnisnehmer den Gläubiger durch freiwillige Zahlung in voller Höhe der Hypothek, obwohl diese durch den Grundstückswert nicht gedeckt war, so erwirbt er nach § 1143 in Höhe des überschießenden Betrags die Forderung gegen den persönlichen Schuldner (den Erben bzw. Dritten). Befriedigt dagegen der Erbe als persönlicher Schuldner den Gläubiger, so geht nach § 1164 die Hypothek insoweit auf ihn über, als sie durch den Grundstückswert gedeckt und daher der Vermächtnisnehmer zur Berichtigung verpflichtet war.

b) Der Wert wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Hypothek im Range vorgehen. Auch soweit es auf den Bestand und z. B. bei Altenteilen auf den Wert solcher Belastungen ankommt, muß die Zeit des Eigentumsüberganges als maßgebend angesehen werden (vgl. Strohal I § 33 Anm. 35).

Zweifelhaft ist, wie das Verhältnis beurteilt werden muß, wenn zu den im Range vorgehenden Belastungen eine Maximalhypothek gehört, die für eine gegen den Erblasser entstandene Forderung haftet. Mit Rücksicht darauf, daß eine solche Hypothek nach Abs. 3 nicht dem Vermächtnisnehmer, sondern dem Erben zur Last fallen soll (s. Erl. 4), dürfte es sich rechtfertigen, sie nicht in Abzug zu bringen (vgl. Strohal I § 33 Anm. 36).

3. Beschränkung der Verpflichtung des Vermächtnisnehmers. Die Vorschrift des Abs. 2 knüpft an den § 2165 Abs. 1 Satz 2 an, nach welchem ein dem Erblasser gegen einen Dritten zustehender Anspruch auf Beseitigung eines die vermachte Sache belastenden Rechtes im Zweifel als mitvermacht anzusehen ist. Dieser Gedanke ist für die Fälle des § 2166 dahin ausgestaltet, daß, wenn dem Erblasser gegenüber ein Dritter zur Berichtigung der persönlichen Schuld verpflichtet ist, die Verpflichtung des Vermächtnisnehmers zur Befriedigung des Gläubigers im Zweifel nur insoweit besteht, als der Erbe die Berichtigung nicht von dem Dritten erlangen kann. Ein solcher Fall z. B. liegt vor, wenn der Erblasser die Bürgschaft für eine fremde Schuld übernommen und für die Bürgschaftsverbindlichkeit eine Hypothek an seinem Grundstücke bestellt hatte. Der Beweis der fruchtlosen Belangung bzw. der Zahlungsunfähigkeit des Dritten ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Vermächtnisnehmers. Hat aber letzterer den Gläubiger befriedigt, so kann er von dem Erben die Abtretung des Anspruchs gegen den Dritten verlangen, muß sich aber auch, soweit er nicht mehr gezahlt hat, als er nach Abs. 1 zahlen mußte, damit abfinden lassen (vgl. Strohal I § 33 III 3).

4. Ausnahme bei einer Maximalhypothek. Nach Abs. 3 finden die Vorschriften des § 2166 keine Anwendung auf eine Sicherungshypothek, für die ein Höchstbetrag bestimmt ist (sog. Kautions- oder Maximalhypothek, § 1190). Bei Hypotheken dieser Art treffen die Erwägungen, auf denen der § 2166 beruht (s. o. Erl. 1) nicht zu, das hypothekarische Recht entbehrt hier einer festen Grundlage und hängt seinem Inhalte nach ganz von der wechselnden Gestalt der persönlichen Forderung ab. Die Berichtigung der Forderung ist daher hier ausschließlich Sache des Erben, wie schon in der Literatur des preuß. Rechtes angenommen wurde. An dem Satze, daß der Vermächtnisnehmer im Zweifel nicht die Beseitigung der dinglichen Belastung verlangen kann (§ 2165 Abs. 1) wird durch den § 2166 Abs. 3 bezüglich der Kautionshypothek nichts geändert (a. A. anscheinend Wilke Anm. 4; Endemann III § 72 Anm. 15).

5. Für das Pfandrecht an einer beweglichen Sache gilt kein dem § 2166 entsprechender Rechtssatz, weil die Fälle, in denen verpfändete bewegliche Sachen die Unterlage für eine dauernde Kreditgewährung bilden (vgl. M. V S. 167), immerhin von geringerer Bedeutung sind. Der

§. 2167. Sind neben dem vermachten Grundstück andere zur Erbschaft gehörende Grundstücke mit der Hypothek belastet, so beschränkt sich die im §. 2166 bestimmte Verpflichtung des Vermächtnißnehmers im Zweifel auf den Theil der Schuld, der dem Verhältnisse des Werthes des vermachten Grundstücks zu dem Werthe der sämmtlichen Grundstücke entspricht. Der Werth wird nach §. 2166 Abs. 1 Satz 2 berechnet.

§. 2168. Besteht an mehreren zur Erbschaft gehörenden Grundstücken eine Gesammtgrundschuld oder eine Gesammtrentenschuld und ist eines dieser Grundstücke

---

Erbe, der die Schuld berichtigt und damit den Vermächtnisnehmer von dem Pfandrechte befreit (§ 1252), kann daher von diesem nicht Ersatz verlangen. Andererseits erwirbt der Vermächtnisnehmer, wenn er zur Abwendung der Zwangsvollstreckung den Gläubiger befriedigt, nach § 1249, § 268 Abs. 3 die Forderung gegen den Erben.

§ 2167.

E. II § 2038 rev. § 2143; III § 2141. M. II Bd. 5 S. 182 f., 188 ff.; Bd. 6 S. 396.

1. **Der § 2167 setzt voraus, daß mehrere zur Erbschaft gehörende Grundstücke mit einer Gesamthypothek (§ 1132) für eine Schuld des Erblassers oder für eine Schuld belastet sind, zu deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, und daß eines dieser Grundstücke vermacht ist.** Für diesen Fall wird das Verhältnis des Erben und des Vermächtnisnehmers untereinander dahin geregelt, daß der Vermächtnisnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber nur in Höhe eines verhältnismäßigen Teiles der Schuld zur Befriedigung des Gläubigers insoweit verpflichtet ist, als dieser Teilbetrag durch den Wert des vermachten Grundstücks gedeckt wird. Der Anteil wird durch Vergleichung der Werte sämtlicher belasteter Grundstücke ermittelt. Der Wert jedes einzelnen Grundstücks wird nach der Zeit, zu der das vermachte Grundstück in das Eigentum des Vermächtnisnehmers übergegangen ist, und unter Abzug der der Gesamthypothek im Range vorgehenden Belastungen berechnet. Diese anteilmäßige Beitragspflicht des Vermächtnisnehmers entspricht der Billigkeit und dem anzunehmenden Willen des Erblassers, sie enthält auch keine Ausnahme von dem Grundsatze des § 426, da ein Gesamtschuldverhältnis in Ansehung der persönlichen Verbindlichkeit überhaupt nicht besteht. Das Recht, den betreffenden Betrag vor der Fälligkeit der Forderung an den Erben zu zahlen und von diesem dagegen die Befreiung des Grundstücks von der Hypothek zu verlangen (preuß. ALR. I 12 § 327) hat der Vermächtnisnehmer im Zweifel nicht (§ 2165 Abs. 1).

2. **Keine Vorschrift enthält das Gesetz über den Fall, daß neben dem vermachten Grundstück noch ein anderes Grundstück, das nicht zu der Erbschaft gehört, mit der Hypothek belastet ist.** Eine entsprechende Anwendung des § 2167 auf diesen Fall läßt sich nicht rechtfertigen. Die Belastung des anderen Grundstücks mit der Hypothek ist also ohne Einfluß auf das Verhältnis des Vermächtnisnehmers. Dieser ist nach § 2166 unter den dort bestimmten Voraussetzungen dem Erben zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. Die Verpflichtung beschränkt sich, wenn noch andere zu der Erbschaft gehörende Grundstücke mit der Hypothek belastet sind, auf den sich aus der Vorschrift des § 2167 ergebenden Betrag. Ist der Eigentümer des nicht zu der Erbschaft gehörenden, mit der Hypothek belasteten Grundstücks dem Erblasser zur Berichtigung der Schuld verpflichtet, so findet der § 2166 Abs. 2 Anwendung. Dem im § 2166 Abs. 1 bestimmten Falle, daß die Hypothek auf dem belasteten Grundstücke für eine Schuld des Erblassers oder für eine Schuld besteht, zu deren Berichtigung der Erblasser dem Schuldner gegenüber verpflichtet ist, wird in entsprechender Anwendung des § 2168 Abs. 2 der Fall gleichzustellen sein, daß der Erblasser zur Zeit des Erbfalls dem Eigentümer des zu der Erbschaft nicht gehörenden mit der Hypothek belasteten Grundstücks oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist (Strohal I § 33 Anm. 37).

§ 2168.

E. II § 2039 rev. § 2144; III § 2142. M. II Bd. 5 S. 182 f., 188 ff.; Bd. 6 S. 396.

Der § 2168 setzt voraus, **daß an dem vermachten Grundstück und an anderen Grundstücken eine Gesamtgrundschuld oder eine Gesamtrentenschuld besteht** (§ 1192 in Verbindung mit § 1132; § 1199). Im übrigen werden zwei Fälle unterschieden:

vermacht, so ist der Vermächtnißnehmer im Zweifel dem Erben gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers in Höhe des Theiles der Grundschuld oder der Rentenschuld verpflichtet, der dem Verhältnisse des Werthes des vermachten Grundstücks zu dem Werthe der sämmtlichen Grundstücke entspricht. Der Werth wird nach §. 2166 Abs. 1 Satz 2 berechnet.

Ist neben dem vermachten Grundstück ein nicht zur Erbschaft gehörendes Grundstück mit einer Gesammtgrundschuld oder einer Gesammtrentenschuld belastet, so finden, wenn der Erblasser zur Zeit des Erbfalls gegenüber dem Eigenthümer des anderen Grundstücks oder einem Rechtsvorgänger des Eigenthümers zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist, die Vorschriften des §. 2166 Abs. 1 und des §. 2167 entsprechende Anwendung.

§. 2169. Das Vermächtniß eines bestimmten Gegenstandes ist unwirksam, soweit der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, es sei denn, daß der Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, daß er nicht zur Erbschaft gehört.

Hat der Erblasser nur den Besitz der vermachten Sache, so gilt im Zweifel der Besitz als vermacht, es sei denn, daß er dem Bedachten keinen rechtlichen Vortheil gewährt.

Steht dem Erblasser ein Anspruch auf Leistung des vermachten Gegenstandes oder, falls der Gegenstand nach der Anordnung des Vermächtnisses untergegangen

---

1. **Sämtliche belastete Grundstücke gehören zur Erbschaft** (Abs. 1). In diesem dem § 2167 entsprechenden Falle gilt das gleiche wie dort. Der Vermächtnisnehmer ist im Zweifel dem Erben gegenüber verpflichtet, in Höhe eines verhältnismäßigen Teiles der Schuld den Gläubiger zu befriedigen. Der Anteil wird wie nach § 2167 durch Vergleichung der Werte sämtlicher belasteter Grundstücke ermittelt. Daß die Verpflichtung des Vermächtnisnehmers nur insoweit besteht, als der auf ihn entfallende Teil der Grundschuld oder Rentenschuld durch den Wert des vermachten Grundstücks gedeckt wird, ist hier nicht ausdrücklich gesagt, liegt aber im Sinne der Vorschrift, die sich inhaltlich ganz an den § 2167 anschließt. Im § 2167 Satz 1 wird auf den ganzen § 2166 Bezug genommen, also auch auf die Schlußworte des Abs. 1 Satz 1. Im § 2168 Abs. 2 findet sich die gleiche Bezugnahme; daß sie im Abs. 1 fehlt, dürfte nur auf einem Redaktionsversehen beruhen (vgl. P. II Bd. 5 S. 192).

2. **Von den Grundstücken, die neben dem vermachten Grundstücke mitbelastet sind, gehört eines oder gehören einige nicht zur Erbschaft** (Abs. 2). Alsdann soll, wenn der Erblasser zur Zeit des Erbfalls gegenüber dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger desselben aus irgendwelchem Grunde verpflichtet war, den Gläubiger zu befriedigen, der Vermächtnisnehmer dem Erben gegenüber verbunden sein, diese Verpflichtung insoweit zu erfüllen, als die Schuld durch den Wert des vermachten Grundstücks gedeckt wird. Haften neben dem vermachten Grundstücke noch andere zur Erbschaft gehörende Grundstücke, so beschränkt sich die Verpflichtung des Vermächtnisnehmers auf einen entsprechenden Teil der Schuld. Der Wert wird wie in den Fällen des Abs. 1 berechnet. Hatte umgekehrt der Erblasser gegen den Eigentümer eines anderen belastenden Grundstücks einen Anspruch auf Befriedigung des Gläubigers, so gilt nach § 2165 Abs. 1 Satz 2 im Zweifel dieser Anspruch als mitvermacht.

§ 2169.

E. I § 1848; II § 2040 rev. § 2145; III § 2143. P. I S. 9358 ff., 9369 ff., 9382 ff., 9390 ff., 9411 ff., 11353, 11441 f.; M. V S. 142 ff. P. II Bd. 5 S. 165 ff.

Munk, Das Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes nach gemeinem Recht und BGB. 1904.

1. **Regelmäßige Unwirksamkeit des Vermächtnisses eines bestimmten zur Zeit des Erbfalls nicht zu der Erbschaft gehörenden Gegenstandes.** Die Anordnung von Vermächtnissen ist nicht auf eigene Gegenstände des Erblassers beschränkt, vielmehr kann der vermachte Gegenstand auch

oder dem Erblasser entzogen worden ist, ein Anspruch auf Ersatz des Werthes zu, so gilt im Zweifel der Anspruch als vermacht.

Zur Erbschaft gehört im Sinne des Abs. 1 ein Gegenstand nicht, wenn der Erblasser zu dessen Veräußerung verpflichtet ist.

---

einem anderen, sei es der Beschwerte, ein Dritter oder selbst der Bedachte, gehören. Allein als Regel ist anzusehen, daß der Erblasser über Gegenstände seines Nachlasses, nicht über fremdes Gut hat verfügen wollen. Demgemäß wird im § 2169 Abs. 1 der Grundsatz aufgestellt, daß das Vermächtnis unwirksam ist, soweit der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, es sei denn, daß es nach dem Willen des Erblassers auch für den Fall der Nichtzugehörigkeit gelten soll. Der Grundsatz ist auf das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes (einer species) beschränkt, da seine Geltung bei dem Gattungsvermächtnisse (§ 2155) schon durch die rechtliche Natur des vermachten Gegenstandes ausgeschlossen wird. Wie die Fassung zum Ausdrucke bringt (vgl. Bd. I S. 48), hat der Beschwerte den Beweis zu führen, daß der Gegenstand nicht zur Erbschaft gehört, wogegen es Sache des Bedachten ist, eventuell darzutun, daß ihm der Gegenstand ohne Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zur Erbschaft zugewendet sein sollte (a. A. M. Leonhard, Die Beweislast S. 435). Trifft letztere Voraussetzung zu, so liegt ein sog. Verschaffungsvermächtnis (§ 2170) vor.

2. Aus dem im vorstehenden entwickelten Prinzip ergibt sich ohne weiteres eine Anzahl praktisch wichtiger **Folgesätze:**

a) Das Vermächtnis ist, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls dem Erblasser gehört, wirksam, obgleich er ihm zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses nicht gehörte und der Erblasser ein Verschaffungsvermächtnis nicht anordnen wollte.

b) Gehört der vermachte Gegenstand dem Erblasser zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses, aber nicht mehr zur Zeit des Erbfalls, so ist das Vermächtnis unwirksam ohne Unterschied, ob der Erblasser den Gegenstand selbst veräußert oder ob er ihn ohne seinen Willen verloren hat. Wegen des Falles der Veräußerung durch den Erblasser s. Erl. 2 zu § 2172. Als Fälle des unfreiwilligen Verlustes kommen außer dem zufälligen Untergang und der widerrechtlichen Entziehung auch Einziehung im Strafverfahren, Enteignung, Ersitzung und Zwangsvollstreckung in Betracht. Wegen der Surrogierung des etwaigen Ersatzanspruchs s. Erl. 4.

c) Bei nur teilweisem Verlust, insbesondere bei teilweiser Veräußerung des vermachten Gegenstandes, bleibt das Vermächtnis in Ansehung des Restes in Kraft.

d) Hat der Erblasser den veräußerten oder verlorenen Gegenstand später wiedererworben, so ist das Vermächtnis wirksam.

e) Der Umstand, daß der Erblasser irrigerweise den vermachten Gegenstand für einen fremden gehalten und ihn so bezeichnet hat, beeinträchtigt die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht.

3. **Vermächtnis des Besitzes.** Nach dem Wortlaute des Abs. 1 würde das Vermächtnis unwirksam sein, wenn die vermachte Sache sich zwar im Besitze des Erblassers befände, ihm aber nicht gehörte. Der Besitz gewährt aber, solange das fremde Eigentum nicht geltend gemacht wird, tatsächlich dieselben Vorteile wie das Eigentumsrecht und ist in rechtlicher Beziehung vermöge des Besitzschutzes (§§ 858 ff.), des Rechtes aus dem früheren Besitz (§ 1007) und des Eigentumserwerbes durch Ersitzung (§§ 937, 943) von Bedeutung. Aber auch wenn der Eigentümer sein Recht geltend macht, hat der Besitzer noch den Vorteil, daß die Rechtsvermutung des § 1006 für ihn streitet und daß er selbst im Falle einer für ihn ungünstigen Entscheidung in der Hauptsache die in gutem Glauben gezogenen Nutzungen behält (§ 987) und wegen der von ihm oder von dem Vorbesitzer gemachten Verwendungen Ersatz verlangen kann (§§ 994 ff., 999). Deswegen schreibt Abs. 2 vor, daß, wenn der Erblasser nur den Besitz der vermachten Sache hatte, im Zweifel der Besitz als vermacht gilt (vgl. M. V S. 149; P. II Bd. 5 S. 168 f., und betreffs des gem. und preuß. Rechtes RG. Bd. 4 S. 261). Ob der Erblasser wußte, daß ihm die Sache nicht eigentümlich gehörte, ist unerheblich, denn ihm liegt nicht sowohl daran, dem Bedachten ein Recht als vielmehr ihm ein Gut zuzuwenden, und es würde seinem Willen offenbar widersprechen, wenn der Erbe die dem Vermächtnisnehmer übergebene Sache mit der Behauptung zurückfordern dürfte, er habe nachträglich erfahren, daß sie einem Dritten gehöre. Liegen die Umstände so, daß der Erbe sich durch die Erfüllung des Vermächtnisses dem Eigentümer der Sache verantwortlich machen würde, so wird der Besitz auch dem Bedachten keinen rechtlichen Vorteil gewähren, und für diesen Fall erklärt Abs. 2 das Vermächtnis für unwirksam. Es ist

hierbei vorzugsweise an Fälle zu denken, in denen die Unrechtmäßigkeit des Besitzes dem Erben und dem Vermächtnisnehmer bekannt geworden und die Herausgabe der Sache von dem Eigentümer schon verlangt worden ist, während Gegenansprüche nach § 994 nicht bestehen. In solchen Fällen sind die rechtlichen Vorteile, die der Besitz dem Vermächtnisnehmer gewähren würde, rein theoretischer Natur und rechtfertigen die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses nicht (vgl. Wilke Anm. 4; Strohal I § 33 Anm. 17, 18).

4. Vermächtnis eines Anspruchs des Erblassers auf den vermachten Gegenstand oder dessen Wert. Auch die Vorschriften des Abs. 3 sind Auslegungsregeln und gründen sich auf den vermutlichen Willen des Erblassers, wobei jedoch, soweit es sich um den Ersatzanspruch handelt, der Gesichtspunkt der Surrogation mit herangezogen wird. Daß der Wille des Erblassers gerade auf die Zuwendung eines ihm zustehenden Anspruchs gerichtet gewesen sei, wird nicht vorausgesetzt. Hat z. B. der Erblasser das vermachte Grundstück gekauft und bereits die Übergabe, aber noch nicht die Auflassung erhalten, so ist neben dem Besitze der Anspruch auf die Auflassung als vermacht anzusehen, wenn auch feststeht, daß der Erblasser schon durch die Übergabe Eigentümer geworden zu sein glaubte. Richtet sich der Anspruch auf Leistung gegen den Bedachten, so liegt im Zweifel ein Befreiungsvermächtnis vor (Erl. 3a zu § 2173). Zu der Surrogation des Ersatzanspruchs ist einerseits § 2161 Abs. 2, andererseits § 2172 Abs. 3 Satz 2 zu vergleichen; erstere Stelle enthält eine entsprechende Vorschrift für den Fall einer Beschädigung der vermachten Sache, letztere Stelle eine Anwendung der hier gegebenen Vorschrift. Dem im Gesetzestexte vorausgesetzten Falle ist der Fall gleichzustellen, daß der Untergang oder die Entziehung der vermachten Sache schon vor der Anordnung des Vermächtnisses eingetreten, aber dem Erblasser nicht bekannt geworden ist. Ferner ist eine ausdehnende Auslegung auch nach der Richtung geboten, daß gleich einem Ersatzanspruch auch ein dem Erblasser (insbesondere nach §§ 816, 951) zustehender Bereicherungsanspruch als vermacht anzusehen ist (vgl. Strohal I § 33 Anm. 8).

5. Surrogation. Die im Abs. 3 aufgestellte Auslegungsregel ist an sich auf den Fall beschränkt, daß der Ersatzanspruch des Erblassers noch als solcher besteht. Vermöge der im § 2173 aufgestellten weiteren Auslegungsregel wird jedoch meist auch dann, wenn der Wertersatz bereits geleistet ist, das Vermächtnis bezüglich des Geleisteten als fortbestehend anzusehen sein. Dagegen ist eine Verallgemeinerung dieses Gedankens dahin, daß nach dem Ausscheiden des vermachten Gegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers stets oder auch nur in der Regel das an seine Stelle getretene wirtschaftliche Äquivalent als vermacht anzusehen sei, abzulehnen. Das Surrogationsprinzip hat zwar im BGB. in zahlreichen einzelnen Fällen Anerkennung und auch bei dem Vermächtnis außer am gegenwärtigen Orte im § 2164 Abs. 2, § 2172 Abs. 2, § 2173 Anwendung gefunden. Allein allgemeine Gültigkeit hat es im BGB. ebensowenig erhalten, wie ihm eine solche im bisherigen, insbesondere im gem. und preuß. Rechte zukam. Danach tritt insbesondere dann, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand veräußert hat, nicht ohne weiteres die erhaltene Gegenleistung an seine Stelle; ob ein dahingehender Wille des Erblassers aus der besonderen Aufbewahrung des Erlöses gefolgert werden kann, ist Tatfrage. Abgesehen von diesem Falle kann außerhalb der gesetzlich geregelten Surrogationsfälle die Substituierung eines anderen als des zunächst vermachten Gegenstandes namentlich dann dem Willen des Erblassers entsprechen, wenn die vermachte Sache einem bestimmten Zwecke oder Gebrauche diente (z. B. ein Hofhund, eine Taschenuhr) und nach ihrem Untergang oder ihrer Veräußerung durch eine Sache gleicher Art ersetzt wurde (M. V S. 146 f., 155 f., 195; P. II Bd. V S 176; Böhm S. 142).

6. Verpflichtung des Erblassers zur Veräußerung des vermachten Gegenstandes. Durch den Abs. 4 wird der Tatsache Rechnung getragen, daß ein Gegenstand, zu dessen Veräußerung der Erblasser persönlich verpflichtet ist, schon vor der Vornahme des dinglichen Veräußerungsgeschäfts wirtschaftlich nicht mehr zum Vermögen des Erblassers gehört. Die Vorschrift ist, wie schon ihre Fassung besagt, eine Erweiterung des Abs. 1; der Abs. 2 wird von ihr nicht berührt, da die Herausgabe einer fremden Sache an den Eigentümer (entgegen der in der zweiten Kommission von einer Seite vertretenen Ansicht, P. II Bd. 5 S. 168, 170) nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt. Der maßgebende Zeitpunkt ist auch für den Abs. 4 der Erbfall. Durch einen nach dem Erbfall eintretenden Wegfall der Verpflichtung wird das Vermächtnis nicht nachträglich wirksam, jedoch kann unter Umständen, da es sich nur um eine Auslegungsregel handelt, das Gegenteil nach dem Willen des Erblassers anzunehmen sein.

7. Die Vorschriften des § 2169 betreffen direkt nicht den Fall, **daß den Gegenstand des Vermächtnisses die Neubegründung eines Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte bildet.** Sie werden indessen auf diesen Fall entsprechende Anwendung finden müssen. Es wird also zu

§. 2170. Ist das Vermächtniß eines Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, nach §. 2169 Abs. 1 wirksam, so hat der Beschwerte den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen.

Ist der Beschwerte zur Verschaffung außer Stande, so hat er den Werth zu entrichten. Ist die Verschaffung nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Beschwerte durch Entrichtung des Werthes befreien.

---

unterscheiden sein, ob die Sache oder das Recht, an denen das Recht begründet werden soll, zu der Erbschaft gehört oder nicht. Im ersteren Falle ist das Vermächtnis immer wirksam, im zweiten Falle hängt seine Wirksamkeit davon ab, ob der Erblasser das Vermächtnis auch für diesen Fall wollte. Auch die Abs. 3, 4 des § 2169 werden bei einem Falle dieser Art entsprechend anzuwenden sein (Strohal I § 34a).

§ 2170.

E. I § 1849; II § 2041 rev. § 2146; III § 2144. P. I S. 9358 ff., 9367 ff., 9407, 9416 ff., 11353, 11442; M. V S. 148 f. P. II Bd. 5 S. 170 f.

1. Verschaffungsvermächtnis. Das Vermächtnis eines Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, ist nach § 2169 Abs. 1 wirksam, wenn der Erblasser den Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zuwenden wollte, daß er nicht zur Erbschaft gehört; mithin sowohl dann, wenn der Erblasser wußte, daß der Gegenstand ihm nicht gehörte, und voraussetzte, daß es bis zu seinem Tode dabei bleiben werde, als auch dann, wenn er den Gegenstand dem Bedachten zuwenden wollte, gleichviel, ob er zur Erbschaft gehören möchte oder nicht (vgl. Hanseatische Gerichtszeitung Bd. 26, Beilage S. 259). Wegen der Beweislast s. Erl. 1 zu § 2169. Der Beschwerte hat in einem solchen Falle, wenn der Gegenstand ihm selbst gehört, ihn auf den Bedachten zu übertragen, wenn er aber einem Dritten gehört, ihn von diesem zu erwerben und demnächst auf den Bedachten zu übertragen bzw. die unmittelbare Übertragung von dem Dritten auf den Bedachten herbeizuführen. Beide Fälle werden unter den Begriff des Verschaffens zusammengefaßt. Unter diesen Begriff fällt insbesondere auch die Bestellung von dinglichen Rechten (Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), die an Gegenständen, welche nicht zur Erbschaft gehören, begründet werden sollen, sofern der Erblasser die Begründung auch für diesen Fall wollte (Erl. 7 zu § 2169). Die Verpflichtungen des Beschwerten bezüglich der Verschaffung des vermachten Gegenstandes sind im § 2182 Abs. 2, 3 näher bestimmt; vgl. die dortigen Erläuterungen.

2. Verpflichtung bzw. Recht des Beschwerten zur Entrichtung des Wertes. Ist der Beschwerte zur Verschaffung des vermachten Gegenstandes *außerstande*, insbesondere weil der Eigentümer sich weigert, ihn zu veräußern, so hat er nach Abs. 2 Satz 1 den Wert zu entrichten. Ist die Verschaffung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Beschwerte nach Abs. 2 Satz 2 durch Entrichtung des Wertes befreien. In der früheren Auflage (ebenso Strohal I § 34 Anm. 5) wird das Verhältnis dieser beiden Sätze dahin aufgefaßt, daß im Falle des Abs. 2 Satz 1 der Anspruch des Bedachten von vornherein auf den Wert des vermachten Gegenstandes gehe und daß der Beschwerte daher durch eine später eintretende objektive Unmöglichkeit der Leistung, also z. B. durch den zufälligen Untergang des vermachten Gegenstandes nicht mehr befreit werde, während im Falle des Abs. 2 Satz 2 nur eine facultas alternativa gegeben werde und der Beschwerte daher durch eine später eintretende objektive Unmöglichkeit befreit werde. Diese Auffassung entspricht, wie sich aus P. II Bd. 5 S. 171 ergibt, der Ansicht der zweiten Kommission, auf deren Beschlüssen die jetzige Fassung des § 2170 beruht. Es sprechen dagegen indessen folgende Erwägungen: In dem § 275 Abs. 1 wird bestimmt, daß der Schuldner durch eine nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende, von ihm nicht zu vertretende objektive Unmöglichkeit der Leistung befreit werde. Nach Abs. 2 soll der objektiven Unmöglichkeit das Unvermögen des Schuldners zur Leistung die sog. subjektive Unmöglichkeit gleichstehen. Der Abs. 1 des § 275 wird durch den § 2170 nicht berührt. Nur der Abs. 2 wird für das Verschaffungsvermächtnis durch § 2170 Abs. 2 Satz 1 dahin geändert, daß infolge der subjektiven Unmöglichkeit nicht vollständige Befreiung des Schuldners, sondern nur eine Beschränkung seiner Verpflichtung auf Entrichtung des Wertes des vermachten Gegenstandes eintreten soll. Die fragliche Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 betrifft freilich nicht bloß die nachfolgende, sondern auch die von Anfang an vorhandene subjektive Unmöglichkeit. Für die hier zu ent-

hierbei vorzugsweise an Fälle zu denken, in denen die Unrechtmäßigkeit des Besitzes dem Erben und dem Vermächtnisnehmer bekannt geworden und die Herausgabe der Sache von dem Eigentümer schon verlangt worden ist, während Gegenansprüche nach § 994 nicht bestehen. In solchen Fällen sind die rechtlichen Vorteile, die der Besitz dem Vermächtnisnehmer gewähren würde, rein theoretischer Natur und rechtfertigen die Aufrechterhaltung des Vermächtnisses nicht (vgl. Wilke Anm. 4; Strohal I § 33 Anm. 17, 18).

4. Vermächtnis eines Anspruchs des Erblassers auf den vermachten Gegenstand oder dessen Wert. Auch die Vorschriften des Abs. 3 sind Auslegungsregeln und gründen sich auf den vermutlichen Willen des Erblassers, wobei jedoch, soweit es sich um den Ersatzanspruch handelt, der Gesichtspunkt der Surrogation mit herangezogen wird. Daß der Wille des Erblassers gerade auf die Zuwendung eines ihm zustehenden Anspruchs gerichtet gewesen sei, wird nicht vorausgesetzt. Hat z. B. der Erblasser das vermachte Grundstück gekauft und bereits die Übergabe, aber noch nicht die Auflassung erhalten, so ist neben dem Besitze der Anspruch auf die Auflassung als vermacht anzusehen, wenn auch feststeht, daß der Erblasser schon durch die Übergabe Eigentümer geworden zu sein glaubte. Richtet sich der Anspruch auf Leistung gegen den Bedachten, so liegt im Zweifel ein Befreiungsvermächtnis vor (Erl. 3a zu § 2173). Zu der Surrogation des Ersatzanspruchs ist einerseits § 2161 Abs. 2, andererseits § 2172 Abs. 3 Satz 2 zu vergleichen; erstere Stelle enthält eine entsprechende Vorschrift für den Fall einer Beschädigung der vermachten Sache, letztere Stelle eine Anwendung der hier gegebenen Vorschrift. Dem im Gesetzestexte vorausgesetzten Falle ist der Fall gleichzustellen, daß der Untergang oder die Entziehung der vermachten Sache schon vor der Anordnung des Vermächtnisses eingetreten, aber dem Erblasser nicht bekannt geworden ist. Ferner ist eine ausdehnende Auslegung auch nach der Richtung geboten, daß gleich einem Ersatzanspruch auch ein dem Erblasser (insbesondere nach §§ 816, 951) zustehender Bereicherungsanspruch als vermacht anzusehen ist (vgl. Strohal I § 33 Anm. 8).

5. Surrogation. Die im Abs. 3 aufgestellte Auslegungsregel ist an sich auf den Fall beschränkt, daß der Ersatzanspruch des Erblassers noch als solcher besteht. Vermöge der im § 2173 aufgestellten weiteren Auslegungsregel wird jedoch meist auch dann, wenn der Wertersatz bereits geleistet ist, das Vermächtnis bezüglich des Geleisteten als fortbestehend anzusehen sein. Dagegen ist eine Verallgemeinerung dieses Gedankens dahin, daß nach dem Ausscheiden des vermachten Gegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers stets oder auch nur in der Regel das an seine Stelle getretene wirtschaftliche Äquivalent als vermacht anzusehen sei, abzulehnen. Das Surrogationsprinzip hat zwar im BGB. in zahlreichen einzelnen Fällen Anerkennung und auch bei dem Vermächtnis außer am gegenwärtigen Orte im § 2164 Abs. 2, § 2172 Abs. 2, § 2173 Anwendung gefunden. Allein allgemeine Gültigkeit hat es im BGB. ebensowenig erhalten, wie ihm eine solche im bisherigen, insbesondere im gem. und preuß. Rechte zukam. Danach tritt insbesondere dann, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand veräußert hat, nicht ohne weiteres die erhaltene Gegenleistung an seine Stelle; ob ein dahingehender Wille des Erblassers aus der besonderen Aufbewahrung des Erlöses gefolgert werden kann, ist Tatfrage. Abgesehen von diesem Falle kann außerhalb der gesetzlich geregelten Surrogationsfälle die Substituierung eines anderen als des zunächst vermachten Gegenstandes namentlich dann dem Willen des Erblassers entsprechen, wenn die vermachte Sache einem bestimmten Zwecke oder Gebrauche diente (z. B. ein Hofhund, eine Taschenuhr) und nach ihrem Untergang oder ihrer Veräußerung durch eine Sache gleicher Art ersetzt wurde (M. V S. 146 f., 155 f., 195; P. II Bd. V S 176; Böhm S. 142).

6. Verpflichtung des Erblassers zur Veräußerung des vermachten Gegenstandes. Durch den Abs. 4 wird der Tatsache Rechnung getragen, daß ein Gegenstand, zu dessen Veräußerung der Erblasser persönlich verpflichtet ist, schon vor der Vornahme des dinglichen Veräußerungsgeschäfts wirtschaftlich nicht mehr zum Vermögen des Erblassers gehört. Die Vorschrift ist, wie schon ihre Fassung besagt, eine Erweiterung des Abs. 1; der Abs. 2 wird von ihr nicht berührt, da die Herausgabe einer fremden Sache an den Eigentümer (entgegen der in der zweiten Kommission von einer Seite vertretenen Ansicht, P. II Bd. 5 S. 168, 170) nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt. Der maßgebende Zeitpunkt ist auch für den Abs. 4 der Erbfall. Durch einen nach dem Erbfall eintretenden Wegfall der Verpflichtung wird das Vermächtnis nicht nachträglich wirksam, jedoch kann unter Umständen, da es sich nur um eine Auslegungsregel handelt, das Gegenteil nach dem Willen des Erblassers anzunehmen sein.

7. Die Vorschriften des § 2169 betreffen direkt nicht den Fall, **daß den Gegenstand des Vermächtnisses die Neubegründung eines Rechtes an einer Sache oder an einem Rechte bildet.** Sie werden indessen auf diesen Fall entsprechende Anwendung finden müssen. Es wird also zu

§. 2170. Ist das Vermächtniß eines Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, nach §. 2169 Abs. 1 wirksam, so hat der Beschwerte den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen.

Ist der Beschwerte zur Verschaffung außer Stande, so hat er den Werth zu entrichten. Ist die Verschaffung nur mit unverhältnißmäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Beschwerte durch Entrichtung des Werthes befreien.

---

unterscheiden sein, ob die Sache oder das Recht, an denen das Recht begründet werden soll, zu der Erbschaft gehört oder nicht. Im ersteren Falle ist das Vermächtnis immer wirksam, im zweiten Falle hängt seine Wirksamkeit davon ab, ob der Erblasser das Vermächtnis auch für diesen Fall wollte. Auch die Abs. 3, 4 des § 2169 werden bei einem Falle dieser Art entsprechend anzuwenden sein (Strohal I § 34a).

§ 2170.

E. I § 1849; II § 2041 rev. § 2146; III § 2144. P. I E. 9356 ff., 9367 ff., 9407, 9416 ff., 11353, 11442; M. V E. 143 f. P. II Bd. 5 E. 170 f.

1. Verschaffungsvermächtnis. Das Vermächtnis eines Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, ist nach § 2169 Abs. 1 wirksam, wenn der Erblasser den Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zuwenden wollte, daß er nicht zur Erbschaft gehört; mithin sowohl dann, wenn der Erblasser wußte, daß der Gegenstand ihm nicht gehörte, und voraussetzte, daß es bis zu seinem Tode dabei bleiben werde, als auch dann, wenn er den Gegenstand dem Bedachten zuwenden wollte, gleichviel, ob er zur Erbschaft gehören möchte oder nicht (vgl. Hanseatische Gerichtszeitung Bd. 26, Beilage S. 259). Wegen der Beweislast s. Erl. 1 zu § 2169. Der Beschwerte hat in einem solchen Falle, wenn der Gegenstand ihm selbst gehört, ihn auf den Bedachten zu übertragen, wenn er aber einem Dritten gehört, ihn von diesem zu erwerben und demnächst auf den Bedachten zu übertragen bzw. die unmittelbare Übertragung von dem Dritten auf den Bedachten herbeizuführen. Beide Fälle werden unter den Begriff des Verschaffens zusammengefaßt. Unter diesen Begriff fällt insbesondere auch die Bestellung von dinglichen Rechten (Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten), die an Gegenständen, welche nicht zur Erbschaft gehören, begründet werden sollen, sofern der Erblasser die Begründung auch für diesen Fall wollte (Erl. 7 zu § 2169). Die Verpflichtungen des Beschwerten bezüglich der Verschaffung des vermachten Gegenstandes sind im § 2182 Abs. 2, 3 näher bestimmt; vgl. die dortigen Erläuterungen.

2. Verpflichtung bzw. Recht des Beschwerten zur Entrichtung des Wertes. Ist der Beschwerte zur Verschaffung des vermachten Gegenstandes *außerstande*, insbesondere weil der Eigentümer sich weigert, ihn zu veräußern, so hat er nach Abs. 2 Satz 1 den Wert zu entrichten. Ist die Verschaffung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Beschwerte nach Abs. 2 Satz 2 durch Entrichtung des Wertes befreien. In der früheren Auflage (ebenso Strohal I § 34 Anm. 5) wird das Verhältnis dieser beiden Sätze dahin aufgefaßt, daß im Falle des Abs. 2 Satz 1 der Anspruch des Bedachten von vornherein auf den Wert des vermachten Gegenstandes gehe und daß der Beschwerte daher durch eine später eintretende objektive Unmöglichkeit der Leistung, also z. B. durch den zufälligen Untergang des vermachten Gegenstandes nicht mehr befreit werde, während im Falle des Abs. 2 Satz 2 nur eine facultas alternativa gegeben werde und der Beschwerte daher durch eine später eintretende objektive Unmöglichkeit befreit werde. Diese Auffassung entspricht, wie sich aus P. II Bd. 5 S. 171 ergibt, der Ansicht der zweiten Kommission, auf deren Beschlüssen die jetzige Fassung des § 2170 beruht. Es sprechen dagegen indessen folgende Erwägungen: In dem § 275 Abs. 1 wird bestimmt, daß der Schuldner durch eine nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretende, von ihm nicht zu vertretende objektive Unmöglichkeit der Leistung befreit werde. Nach Abs. 2 soll der objektiven Unmöglichkeit das Unvermögen des Schuldners zur Leistung die sog. subjektive Unmöglichkeit gleichstehen. Der Abs. 1 des § 275 wird durch den § 2170 nicht berührt. Nur der Abs. 2 wird für das Verschaffungsvermächtnis durch § 2170 Abs. 2 Satz 1 dahin geändert, daß infolge der subjektiven Unmöglichkeit nicht vollständige Befreiung des Schuldners, sondern nur eine Beschränkung seiner Verpflichtung auf Entrichtung des Wertes des vermachten Gegenstandes eintreten soll. Die fragliche Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 betrifft freilich nicht bloß die nachfolgende, sondern auch die von Anfang an vorhandene subjektive Unmöglichkeit. Für die hier zu ent-

scheidende Frage ist dies aber ohne Bedeutung, indem für beide Fälle die gleiche Beschränkung bestimmt wird und in aller Regel nur das nachträgliche Unvermögen praktisch in Frage kommt. Die Grundlage der beschränkten Verpflichtung bleibt immer die Verpflichtung zur Verschaffung des vermachten Gegenstandes, und wenn diese nach § 275 Abs. 1 infolge eintretender objektiver Unmöglichkeit wegfällt, so muß auch die beschränkte Verpflichtung zur Entrichtung des Wertes wegfallen. Die subjektive Unmöglichkeit befreit den Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen (s. Erl. 5 zu § 275) nur, solange sie dauert. Auch die an die Stelle der Befreiung tretende Beschränkung der Verpflichtung auf Entrichtung des Wertes kann daher nur solange dauern, als der Schuldner außerstande ist, den vermachten Gegenstand zu verschaffen. Fällt dieses Unvermögen weg, erbietet sich also z. B. der Eigentümer der vermachten Sache, der sich anfangs geweigert hat, die Sache zu verkaufen, nachträglich doch zu dem Verkaufe, so tritt die Verpflichtung zur Verschaffung wieder in ihrem ursprünglichen Umfang ein. Selbstverständlich erlischt sie dann aber vollständig, wenn später eine objektive Unmöglichkeit eintritt, wenn z. B. die vermachte Sache untergeht. Weshalb das Erlöschen nur dann eintreten sollte, wenn die subjektive Unmöglichkeit vorher weggefallen war und nicht auch dann, wenn sie noch fortdauert, ist nicht abzusehen. Dazu kommt, daß, wenn man für die in den beiden Sätzen des § 2170 bezeichneten Fälle in der hier fraglichen Beziehung verschiedene Folgen eintreten läßt, daraus große praktische Unzuträglichkeiten entstehen. Nach der Auffassung des Lebens wird der Fall, daß sich der Eigentümer überhaupt weigert, eine Sache zu verkaufen, und der Fall, daß er sie nur für einen Preis, den kein Vernünftiger bezahlen wird, z. B. nur für den hundertfachen Wert zu verkaufen bereit ist, nicht als sachlich verschiedene angesehen. Mit dieser Auffassung des Lebens würde das Gesetz in Widerspruch geraten, wenn es die beiden Fälle in der hier fraglichen Beziehung verschieden behandelte (vgl. Dernburg V § 80 Anm. 7). Es dürfte daher richtiger sein, die beiden Fälle nur insofern verschieden zu behandeln, als im Falle des Abs. 2 Satz 1 der Vermächtnisnehmer überhaupt nur den Wert verlangen, in dem Falle des Abs. 2 Satz 2 aber der Beschwerte sich durch Entrichtung des Wertes von der an sich unverändert gebliebenen Verpflichtung zur Verschaffung befreien kann, beide Fälle aber in betreff der Frage, ob der Beschwerte durch nachträglich eintretende objektive Unmöglichkeit vollständig befreit wird, gleich zu behandeln.

Zu entrichten ist in beiden Fällen der gemeine Sachwert, nicht das Interesse.

3. Gehörte der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls dem Bedachten, so ist das Vermächtnis unwirksam, wenn sich der Wille des Erblassers nicht dahin auslegen läßt, daß dem Bedachten ein anderer Vorteil als der Gegenstand selbst zugewendet werden soll. Die Bedeutung und Wirkung des Vermächtnisses kann daher je nach Lage des Falles sehr verschieden sein. War der Erblasser im Besitze der Sache, so kann der Besitz als vermacht anzusehen sein (§ 2169 Abs. 2). Hatte er gegen den Bedachten einen Anspruch auf Leistung der Sache, so wird in der Regel ein Befreiungsvermächtnis (Erl. 3a zu § 2173) vorliegen. Ist die vermachte Sache zugunsten des Erblassers belastet, so kann die Befreiung von der Last den Gegenstand des Vermächtnisses bilden. In anderen Fällen kann beabsichtigt sein, daß dem Bedachten die Aufwendungen ersetzt werden sollen, die er für die Anschaffung des Gegenstandes gemacht hat. Aber auch dann, wenn der Bedachte den vermachten Gegenstand unentgeltlich erworben hat (concursus duarum causarum lucrativarum, vgl. Bd. II Vorbm. zum dritten Abschnitt S. 207) ist das Vermächtnis nicht notwendig unwirksam, vielmehr kann es der Absicht des Erblassers entsprechen, daß der Bedachte nunmehr den Wert des Gegenstandes erhalten soll. Als Regel ist dies jedoch nicht anzusehen, es müssen besondere Umstände vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß es dem Erblasser nicht sowohl auf die Zuwendung des konkreten Leistungsgegenstandes als auf die eines Vermögenswerts ankam. Näheres s. bei Strohal I § 34 III; vgl. auch M. V S. 150f., 161; P. II Bd. 5 S. 171f.

4. Anwendung anderer Vorschriften auf das Verschaffungsvermächtnis. Wie in den Materialien wiederholt ausgesprochen wird (s. M. V S. 149; P. II Bd. 5 S. 174, 180, 184, 191, 236), ist eine vollständige Regelung des Verschaffungsvermächtnisses im BGB. nicht beabsichtigt worden. Die §§ 2170, 2182 regeln das Institut nur nach einzelnen Richtungen. Wie weit andere Vorschriften des Titels, die zunächst für das Vermächtnis eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes aufgestellt sind, auf das Verschaffungsvermächtnis übertragen werden können und wie weit die Vorschriften des zweiten Buches zur Ergänzung heranzuziehen sind, ist durch Auslegung dieser Vorschriften zu ermitteln. Wegen der entsprechenden Anwendung des § 2170 im Falle der böslichen Vereitelung eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses s. § 2288 Abs. 2.

§. 2171. Ein Vermächtniß, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstößt, ist unwirksam. Die Vorschriften des §. 308 finden entsprechende Anwendung.

---

§ 2171.

E. I § 1853; II § 2042 rev. § 2147; III § 2145. P. I S. 9349 ff., 9385 ff., 9392, 11866 f.; M. V S. 154 ff. P. II Bd. 5 S. 172 f.

Vgl. die allgemeine Literatur über die Unmöglichkeit der Leistung vor § 275.

1. **Die Frage, ob ein Vermächtnis infolge der Unmöglichkeit der Leistung oder des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz unwirksam ist,** war nach röm. und gem. Rechte vermöge der sog. regula Catoniana (Windscheid-Kipp III § 638) grundsätzlich nach der Zeit der Testamentserrichtung zu beurteilen. Das BGB., das gleich dem preuß. Rechte einen jener Regel entsprechenden Rechtssatz nicht kennt (vgl. M. V S. 154; P. II Bd. 5 S. 172), läßt grundsätzlich den Zeitpunkt des Erbfalls entscheiden, von welchem ab das Vermächtnis seine Wirksamkeit äußern soll (Satz 1). Eine Ausnahme gilt für bedingte und befristete Vermächtnisse, wie sich aus der entsprechenden Anwendung des § 308 ergibt, die im Satz 2 und zwar nicht nur für den Fall der Unmöglichkeit, sondern auch für den Fall der Verbotswidrigkeit (vgl. § 309 und den Antrag Nr. 2 in P. II Bd. 5 S. 172), vorgeschrieben ist. Hiernach steht die zur Zeit des Erbfalls bestehende Unmöglichkeit oder Verbotswidrigkeit der Wirksamkeit des Vermächtnisses zunächst dann nicht entgegen, wenn das Hindernis gehoben werden kann und das Vermächtnis für den Fall angeordnet ist, daß das Hindernis wegfällt (§ 308 Abs. 1). Außerdem aber ist ein unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins zugewendetes Vermächtnis wirksam, wenn die Unmöglichkeit der Leistung oder das entgegenstehende Verbot vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins, also vor dem Anfalle des Vermächtnisses (§ 2177), gehoben wird (§ 308 Abs. 2). Die Zeitgrenze für die Wirksamkeit des Vermächtnisses ergibt sich in allen diesen Fällen aus den §§ 2162, 2163. Für Vermächtnisse zugunsten eines Bedachten, der zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist oder dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird (§ 2178), bewendet es bei der Regel des Satz 1; das Vermächtnis ist und bleibt mithin unwirksam, wenn die Leistung zur Zeit des Erbfalls unmöglich war oder wenn das Vermächtnis gegen ein zu dieser Zeit bestehendes Verbot verstößt (M. V S. 155). Darüber, wie in diesen Fällen der Eintritt des Hindernisses nach dem Erbfalle wirkt, s. Erl. 2.

2. Gleich der für Verträge geltenden Vorschrift des § 306 **betrifft der § 2171 nur die anfängliche und objektive Unmöglichkeit** (vgl. Vorbm. 3a vor §§ 275—290). Das zur Zeit des Erbfalls bestehende subjektive Unvermögen des Beschwerten ist in den §§ 2169, 2170 berücksichtigt. Die Folgen einer nach dem Erbfall eintretenden objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit der Leistung bestimmen sich nach den für Schuldverhältnisse jeder Art geltenden Vorschriften der §§ 275 ff. (M. V S. 198 f.). Danach wird der Beschwerte von seiner Leistungspflicht befreit, soweit er die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung bzw. sein Unvermögen nicht zu vertreten hat (§ 275) und sich nicht im Verzuge befindet (§ 287). Für diejenigen Fälle, in welchen der Anfall des Vermächtnisses erst nach dem Erbfall eintritt (§ 2177 und hier auch § 2178), ist die in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfall eintretende Unmöglichkeit nicht nach den §§ 275 ff., sondern nach § 2179 zu beurteilen (a. A. Frommhold Anm. 3 a. E.). Denn die Vorschriften der §§ 275 ff. setzen voraus, daß das Schuldverhältnis bereits zur Entstehung gekommen ist, was bei dem Vermächtnisse gerade den Anfall bedeutet. Der hier vertretenen Ansicht aber steht der Wortlaut der §§ 2171, 308 nicht entgegen. Praktisch dürfte übrigens der Unterschied ohne Bedeutung sein, da auch nach §§ 2179, 160, 163 der Beschwerte haftbar ist, wenn er während der Schwebezeit das bedingte oder befristete Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt. Auch in betreff der Beweislast dürfte ein Unterschied nicht bestehen. Der Beschwerte hat zu beweisen, daß die vermachte Leistung unmöglich ist oder daß das Vermächtnis gegen ein Verbotsgesetz verstößt. Es hat ferner, wenn die §§ 275 ff. Anwendung finden, nach § 282 zu beweisen, daß die Unmöglichkeit nicht infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes eingetreten sei. Dieselbe Beweislast dürfte ihn aber auch treffen, wenn die §§ 2179, 160, 163 Anwendung finden. Eine dem § 282 entsprechende ausdrückliche Vorschrift ist zwar für die Fälle der §§ 160, 163 nicht gegeben. Sachlich hat aber die im Falle einer bedingten Verpflichtung sofort mit der Gebundenheit eintretende Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß das von der Bedingung abhängige Recht nicht vereitelt oder beeinträchtigt werde, in dieser Beziehung

§. 2172. Die Leistung einer vermachten Sache gilt auch dann als unmöglich, wenn die Sache mit einer anderen Sache in solcher Weise verbunden, vermischt oder vermengt worden ist, daß nach den §§. 946 bis 948 das Eigenthum an der anderen Sache sich auf sie erstreckt oder Miteigenthum eingetreten ist, oder wenn sie in solcher Weise verarbeitet oder umgebildet worden ist, daß nach §. 950 derjenige, welcher die neue Sache hergestellt hat, Eigenthümer geworden ist.

Ist die Verbindung, Vermischung oder Vermengung durch einen Anderen als den Erblasser erfolgt und hat der Erblasser dadurch Miteigenthum erworben, so gilt im Zweifel das Miteigenthum als vermacht; steht dem Erblasser ein Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache zu, so gilt im Zweifel dieses Recht als vermacht. Im Falle der Verarbeitung oder Umbildung durch einen Anderen als den Erblasser bewendet es bei der Vorschrift des §. 2169 Abs. 3.

---

denselben Inhalt wie die von dem Eintritte der Bedingung abhängige Verpflichtung (s. Erl. 1 zu § 160). Wie in beiden Fällen dieselben Grundsätze in betreff des zu vertretenden Verschuldens gelten, so müssen auch in betreff der Beweislast in beiden Fällen dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen (Strohal I § 31 Anm. 8a; a. A. die früheren Auflagen).

Was vorstehend von der objektiven Unmöglichkeit gesagt ist, gilt auch von der **Verbotswidrigkeit** des Vermächtnisses, die übrigens nicht auf den Fall beschränkt ist, daß die vermachte Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sondern auch in solchen nach heutigem Rechte freilich wohl sehr seltenen Fällen vorliegt, in denen der Zuwendung, auch abgesehen von ihrem Gegenstand, ein gesetzliches Verbot entgegensteht (vgl. Erl. 1 zu § 309). Ein Beispiel für ein Vermächtnis auf eine gesetzlich verbotene Leistung bietet der Fall, daß eine Sache vermacht ist, die einem Einführungs- oder Ausführungsverbot unterliegt. Eine nach § 2171 rechtserhebliche Unmöglichkeit der Leistung liegt vor, wenn die vermachte Sache in der Zeit zwischen der Anordnung des Vermächtnisses und dem Erbfall untergegangen ist, gleichviel ob durch Zutun des Erblassers oder durch Zufall (vgl. Erl. 2 zu § 2172; s. jedoch § 2169 Abs. 3), ferner wenn die Sache dem Verkehre gänzlich entzogen ist (soweit dies noch vorkommen sollte, vgl. M. III S. 25 ff., V S. 142), endlich wenn das Vermächtnis auf die Begründung eines Rechtes gerichtet ist, das die herrschende Rechtsordnung nicht anerkennt, oder auf die Übertragung eines bestehenden Rechtes, das gesetzlich unübertragbar ist (Erl. 4 zu § 398).

3. Betreffs der **Unwirksamkeit eines Vermächtnisses, das gegen die guten Sitten verstößt,** ist eine besondere Vorschrift nicht aufgenommen (vgl. Erl. 2 zu § 309). Es entscheidet der allgemeine Grundsatz des § 138. (Über eine nicht unbedenkliche Anwendung dieses Grundsatzes auf Vermächtnisse s. Rspr. Bd. 10 S. 301). Danach ist die Gültigkeit des Vermächtnisses in der fraglichen Beziehung nach der Zeit der Testamentserrichtung zu beurteilen (M. V S. 154; a. A. jetzt Strohal I § 30 Anm. 10; Dernburg V § 75 V, die in entsprechender Anwendung des § 2171 die Zeit des Erbfalls entscheiden lassen wollen). Wenn jedoch die vermachte Leistung für sich allein betrachtet gegen die guten Sitten verstößt, ist das Vermächtnis auch dann unwirksam, wenn jene Voraussetzung bei der Anordnung des Vermächtnisses noch nicht vorlag, infolge eines Wechsels der konkreten Verhältnisse oder eines Umschwunges der allgemeinen Anschauung aber zu der Zeit vorliegt, zu welcher das Vermächtnis zu erfüllen ist.

4. **Wegen des Falles, daß der vermachte Gegenstand dem Bedachten gehört,** s. Erl. 3 zu § 2170, wegen des Unterganges einer vermachten Forderung durch Erfüllung oder durch Aufrechnung von seiten des Schuldners s. § 2173. Der § 2171 findet nach § 2192 entsprechende Anwendung bei der Auflage.

§ 2172.

E. I § 1854; II § 2043 rev. § 2148; III § 2146. P. I S. 9388 f., 9392 ff.; M. V S. 156 f. P. II Bd. 5 S. 173 f.; Bd. 6 S. 396.

1. **Einfluß der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung vermachter Sachen auf das Vermächtnis.** Der § 2172 regelt die Fälle, in denen in dem natürlichen Dasein der vermachten körperlichen Sache Änderungen eintreten, die nach den Vorschriften des Sachenrechts geeignet sind, Änderungen in den an der Sache bestehenden Rechten nach sich zu ziehen. Von den angezogenen Vorschriften betrifft § 946 die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grund-

stücke, § 947 die Verbindung beweglicher Sachen miteinander, § 948 die Vermischung oder Vermengung beweglicher Sachen, § 950 aber den Fall der Herstellung einer neuen beweglichen Sache durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe (Spezifikation). Hinsichtlich der Einwirkung, die diese Änderungen auf den Bestand des Vermächtnisses ausüben, ist nun einerseits zwischen den verschiedenen eben aufgeführten Fällen zu unterscheiden und andererseits zu berücksichtigen, ob die Änderung von dem Erblasser oder von einem anderen ausgeht.

a) Hat der Erblasser selbst, bzw. ein Dritter mit seinem Willen, die Verbindung oder die Vermischung vorgenommen, so ist das Vermächtnis schlechthin unwirksam. Ausgenommen ist nur der Fall, daß die vermachte, dem Erblasser gehörende Sache als die Hauptsache anzusehen ist, da in diesem Falle der Erblasser an der entstandenen einheitlichen Sache bzw. an dem Gemisch ꝛc. das Alleineigentum erwirbt (§ 947 Abs. 2, § 948). Im übrigen kommt es nicht darauf an, ob eine der verbundenen oder vermischten Sachen im fremden Eigentume gestanden hat, vielmehr ist das Vermächtnis auch dann unwirksam, wenn beide Sachen dem Erblasser gehörten, so daß von dem Eintritt eines Miteigentums nicht die Rede sein kann (R. V S. 157). Es entspricht dies zwar nicht dem Wortlaute, wohl aber dem Gedanken des Abs. 1.

b) Ist die Verbindung oder Vermischung durch einen anderen ohne den Willen des Erblassers ausgeführt, so ist das Vermächtnis in Ansehung der Sache selbst gleichfalls hinfällig geworden. Es tritt jedoch eine Surrogation ein, indem nach der Auslegungsregel des Abs. 2 Satz 1 im Zweifel diejenigen Rechte als vermacht gelten, welche dem Erblasser zufolge der Änderung in dem körperlichen Dasein der Sache angefallen sind. Zunächst ist, wenn der Erblasser nach den Vorschriften des § 947 Abs. 1, § 948 Miteigentum erworben hat, dieses Miteigentum als vermacht anzusehen. Steht aber dem Erblasser in dem Falle der Verbindung (§§ 946, 947) ein Recht zur Wegnahme der vermachten Sache zu, so bildet im Zweifel dieses Recht den Gegenstand des Vermächtnisses. Hierbei ist nicht an die Fälle zu denken, in denen das Wegnahmerecht dem Erblasser als Wiederverkäufer, Mieter, Entleiher ꝛc. (s. Erl. zu § 258) auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses zusteht. Denn in allen diesen Fällen wird vorausgesetzt, daß der Wegnahmeberechtigte die Verbindung hergestellt hat, während § 2172 Abs. 2 nur den Fall betrifft, daß sie durch einen anderen erfolgt ist. Es kommt vielmehr ausschließlich der § 951 Abs. 2 Satz 2 in Betracht, nach welchem in den Fällen der §§ 946, 947 die Wegnahme nach den für das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer geltenden Vorschriften (§ 997) auch dann zulässig ist, wenn die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache, d. h. hier dem Erblasser, bewirkt worden ist. Trifft keine von den beiden im Abs. 2 Satz 1 aufgestellten Voraussetzungen zu, so ist doch, wenn dem Erblasser gemäß § 951 ein Anspruch auf Vergütung des Wertes der verlorenen Sache oder auf Herausgabe der Bereicherung zusteht, immerhin nach § 2169 Abs. 3 noch dieser Anspruch als vermacht anzusehen (a. A. Wilke Erl. 2; Frommhold Erl. 2 a β). Es mag dies deswegen zweifelhaft erscheinen, weil der Abs. 2 Satz 1 nur das Miteigentum und das Wegnahmerecht erwähnt, während Satz 2 für den Fall der Spezifikation ausdrücklich den § 2169 Abs. 3 bestätigt. Allein sowohl der Inhalt und die Fassung des § 2169 Abs. 3 selbst als auch die Fassung des § 2172 Abs. 2 Satz 2 „bewendet es" ergeben, daß die Regel des § 2169 Abs. 3 subsidiär auch für die Fälle des § 2172 Abs. 2 gilt. Dafür, sie in den Fällen der Verbindung und Vermischung auszuschließen, dürfte es an einem inneren Grunde fehlen. Überdies hat auch die zweite Kommission, die den Abs. 2 des § 2172 geschaffen hat, die Ausschließung nicht beabsichtigt (vgl. den sachlich angenommenen Antrag 4, P. II Bd. 5 S. 173 f.; wie hier Strohal I § 33 I 3 b).

Gehörten die verbundenen oder vermischten Sachen sämtlich dem Erblasser, so ist ein Miteigentum, das als vermacht gelten könnte, zunächst nicht vorhanden. Jedoch liegt der Gedanke, daß der Beschwerte verpflichtet ist, für den Bedachten ein Miteigentum an der entstandenen einheitlichen Sache bzw. an dem Gemisch ꝛc. nach dem Verhältnisse des Wertes der vermachten Sache zu dem Werte der mitverbundenen ꝛc. Sache zu begründen, so nahe, daß man ihn als der Absicht des Erblassers und des Gesetzes entsprechend zu betrachten haben wird (s. ein Beispiel bei Strohal I § 33 Anm. 10). Nicht minder wird das Vermächtnis für wirksam zu erachten sein, wenn die Sache so liegt, daß der Erblasser nach §§ 951, 997 ein Recht zur Wegnahme haben würde, sofern die Hauptsache einem anderen gehörte. Der Erblasser ist zwar in diesem Falle nicht kraft eines besonderen Rechtes, sondern nur kraft seines Eigentums an der Hauptsache befugt, die Trennung vorzunehmen. Gleichwohl wird es in der Regel der Absicht des Erblassers entsprechen, daß der Beschwerte, wenn die Hauptsache auf ihn übergegangen ist, die Wegnahme der mit ihr verbundenen vermachten Sache durch den Bedachten zu dulden hat.

Die Zulässigkeit eines Vermächtnisses, nach welchem der Beschwerte einen wesentlichen Bestandteil einer Sache abtrennen und den getrennten Bestandteil dem Vermächtnisnehmer leisten soll, ist nicht zu bezweifeln (Strohal I § 30 Anm. 7).

c) Hat der Erblasser die vermachte Sache derartig verarbeitet oder umgebildet, daß er nach § 950 das Eigentum an der neuen Sache erworben haben würde, auch wenn er nicht schon Eigentümer des Stoffes gewesen wäre, so ist das Vermächtnis unwirksam.

d) Ist dagegen die Verarbeitung oder Umbildung durch einen anderen vorgenommen und hat dieser das Eigentum an dem Erzeugnisse gewonnen, so greift, wie Abs. 2 Satz 2 klarstellt, die Vorschrift des § 2169 Abs. 3 ein, es gilt mithin der Ersatzanspruch oder Bereicherungsanspruch als vermacht, der dem Erblasser nach § 951 Abs. 1 oder Abs. 2 zusteht.

e) Zweifelhaft ist, ob, wenn in denjenigen Fällen, in welchen das Vermächtnis infolge der von dem Erblasser selbst oder mit seinem Willen vorgenommenen Verbindung, Vermischung, Vermengung oder Verarbeitung unwirksam ist, das Vermächtnis nicht doch dann als Vermächtnis des Miteigentums oder des Wertes des vermachten Gegenstandes aufrecht zu erhalten ist, wenn dies dem ausdrücklich erklärten oder aus den Umständen zu entnehmenden Willen des Erblassers entspricht. Hierfür spricht neben dem allgemeinen Gesichtspunkte, daß die Verfügungen des Erblassers möglichst aufrechtzuerhalten sind, auch die Erwägung, daß bei der von der zweiten Kommission beschlossenen Unterscheidung der Fälle, in welchen die Verbindung, Vermischung ꝛc. von dem Erblasser selbst oder von einem Dritten vorgenommen ist, die für den ersteren Fall bestimmte Unwirksamkeit dadurch begründet wurde, daß in diesem Falle eine ademtio legati als von dem Erblasser gewollt angenommen werden müsse (s. Erl. 2). Hiernach dürfte es sich rechtfertigen, in solchen Fällen, in welchen erhellt, daß der Erblasser das Vermächtnis trotz der mit der vermachten Sache vorgenommenen Änderungen das Vermächtnis aufrechterhalten wollte, eine Surrogation in der oben gedachten Art anzunehmen (Dernburg V § 77 III d: Strohal I § 33 Anm. 9, der als Beispiel anführt, daß Wertpapiere, die bei einem Bankier lagern, vermacht sind, der Erblasser dem Bankier später gestattet hat, sie mit anderen, Dritten gehörenden, Wertpapieren zu einem sog. Sammeldepot zu vereinigen und der Bankier von dieser Gestattung Gebrauch gemacht hat).

2. ademtio legati. Der Grund, weshalb in den Fällen, in denen der Erblasser selbst die Änderung vorgenommen hat (s. Erl. 1a, 1c), das Vermächtnis schlechthin unwirksam ist, beruht auf der Annahme einer stillschweigenden Aufhebung des Vermächtnisses. In den M. V S. 153f. (vgl. auch S. 146, 156) wird zwar ausgeführt, daß das Institut der Ademtion nicht aufgenommen worden sei, weil es trotz seiner überwiegenden Anerkennung im bisherigen Rechte einerseits als entbehrlich und andererseits als bedenklich angesehen werden müsse. Eine Aufhebung des Vermächtnisses durch schlüssige Handlungen sei nicht vereinbar mit der Formalisierung des Widerrufs der letztwilligen Verfügung, außerdem aber gebe das Institut zu manchen schwierigen Rechtsfragen Anlaß. Bei den Beratungen der zweiten Kommission, die den Abs. 2 des § 2172 und damit den Unterschied zwischen den Handlungen des Erblassers und denjenigen eines anderen erst geschaffen hat, ist jedoch die völlige Unwirksamkeit des Vermächtnisses im Falle einer durch den Erblasser vorgenommenen Verbindung oder Vermischung ausdrücklich auf den Gesichtspunkt der Ademtion zurückgeführt worden (P. II Bd. 5 S. 174). Es läßt sich auch in der Tat kaum ein anderer Grund denken, weshalb bei der Vornahme der Änderung durch einen anderen das Miteigentum, das Wegnahmerecht oder der Bereicherungsanspruch des Erblassers als vermacht gilt, bei der Vornahme durch den Erblasser dagegen nicht. Wenn somit die ademptio legati auch für das BGB. nicht völlig beseitigt ist, so ist doch nicht zu übersehen, daß es sich im § 2172 um eine positive gesetzliche Vorschrift handelt, für welche die Annahme einer stillschweigenden Aufhebung lediglich den gesetzgeberischen Ausgangspunkt bildet. Irgendwelche praktische Folgerungen insbesondere etwa bezüglich der Geschäftsfähigkeit des Erblassers, sind aus jener Auffassung nicht zu ziehen. Ebensowenig darf der Gesichtspunkt der Ademtion außerhalb des § 2172, namentlich für den Fall der Veräußerung des vermachten Gegenstandes durch den Erblasser, verwendet werden, was schon daraus erhellt, daß das Vermächtnis im Falle des Wiedererwerbes der vermachten Sache durch den Erblasser gültig ist (Erl. 2d zu § 2169). Ebensowenig wird, wenn eine Geldsumme vermacht wird und der Erblasser später dem Vermächtnisnehmer eine gleiche Summe auszahlt, hierin eine wirksame Aufhebung des Vermächtnisses gefunden werden dürfen, und dieses zwar selbst dann nicht, wenn der Erblasser beabsichtigte, durch die Zahlung das Vermächtnis zu erfüllen (Rspr. Bd. 9 S. 404).

§. 2173. Hat der Erblasser eine ihm zustehende Forderung vermacht, so ist, wenn vor dem Erbfalle die Leistung erfolgt und der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, im Zweifel anzunehmen, daß dem Bedachten dieser Gegenstand zugewendet sein soll. War die Forderung auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so gilt im Zweifel die entsprechende Geldsumme als vermacht, auch wenn sich eine solche in der Erbschaft nicht vorfindet.

---

§ 2173.

E. I § 1855; II § 2044 rev. § 2149; III § 2147. P. I S. 9385 ff., 9419, 11439; M. V S. 157 f. P. II Bd. 5 S. 174 ff.

1. Vermächtnis einer Forderung, die vor dem Erbfall erfüllt wird. Ist eine Forderung vermacht, so würde das Vermächtnis nach dem Grundsatze des § 2171 wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sein, wenn die Forderung durch Erfüllung vor dem Erbfall erloschen ist. Dieses Ergebnis würde jedoch in der Regel nicht dem Willen des Erblassers entsprechen, der dem Bedachten nicht die Forderung als solche, sondern vermittelst der Forderung den geschuldeten Gegenstand zuwenden will. Der § 2173 stellt daher zwar nicht allgemein, aber doch unter bestimmten Voraussetzungen die Auslegungsregel auf, es sei im Zweifel anzunehmen, daß dem Bedachten der geleistete Gegenstand zugewendet sein soll. Die Vorschrift bildet ein Gegenstück zu dem § 2169 Abs. 3, nach welchem im Falle des Unterganges der vermachten Sache an deren Stelle der etwaige Ersatzanspruch tritt. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

a) Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vermächtnisses ist, daß der geleistete Gegenstand zur Zeit des Erbfalls noch in Natur in der Erbschaft vorhanden ist. Hat der Erblasser ihn veräußert, so ist das Vermächtnis unwirksam, weil es für diesen Fall von vornherein nicht als gewollt gilt. Eine Ausnahme gilt jedoch nach Satz 2 für Geldforderungen. Ist eine solche Forderung durch Zahlung vor dem Erbfalle getilgt, so gilt im Zweifel die entsprechende Geldsumme als vermacht, gleichviel, ob sich bares Geld in der fraglichen Höhe in der Erbschaft vorfindet oder nicht. Dies rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß es dem Erblasser bei dem Vermächtnis einer Geldforderung meist nur auf die Zuwendung des Wertes ankommen wird. Für Forderungen auf Leistung anderer vertretbarer Sachen gilt der Ausnahmesatz nicht. Hat der Erblasser das eingegangene Geld wieder ausgeliehen, so bildet nicht etwa (wie nach preuß. ALR. I 12 § 413) die neu erworbene Forderung den Gegenstand des Vermächtnisses, vielmehr ist dieses auch dann auf die Zahlung einer entsprechenden Geldsumme gerichtet (vgl. Erl. 5 zu § 2169).

Zweifelhaft ist, ob die Vorschrift des Satz 2, wie in RSpr. Bd. 10 S. 302 angenommen wird, entsprechend auf den Fall anzuwenden ist, daß auf Leistung von Geld gehende Wertpapiere, die den Gegenstand des Vermächtnisses bilden, z. B. preuß. Konsols, gegen Leistung von Geld veräußert sind. Der für die Bejahung dieser Frage angeführte Grund, daß wirtschaftlich die Verwertung solcher Wertpapiere nicht durch Einziehung des Betrags von dem Schuldner, sondern durch Verkauf zu erfolgen pflege, dürfte schwerlich genügen, um die Anwendung der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2173 Satz 2 auf die Veräußerung von Wertpapieren allgemein zu rechtfertigen. Im einzelnen Falle können die Umstände zwar ergeben, daß der Wille des Erblassers darauf gerichtet gewesen, daß, wenn die vermachten Wertpapiere veräußert würden, ihr Erlös an ihre Stelle treten solle. Ist dies anzunehmen, so gilt nun, ebenso wie im Falle des § 2173 Satz 2, der betreffende Geldbetrag als vermacht; aber dies folgt nicht aus der Anwendung der gesetzlichen Auslegungsregel, sondern aus der durch freie Auslegung für den einzelnen Fall ermittelten Absicht des Erblassers.

Über entsprechende Anwendung des Satz 2 im Falle der Aufrechnung s. Erl. 2d.

b) Die Auslegungsregeln des § 2173 gelten nur für das Vermächtnis einer Forderung, die dem Erblasser zusteht. Ist eine Forderung des Beschwerten oder eines Dritten vermacht, liegt also ein Verschaffungsvermächtnis vor, so bewendet es bei der nach § 2171 bestehenden Unwirksamkeit des Vermächtnisses (M. V S. 158; Frommhold Erl. 3; die Ansicht von Eichhorn S. 74 Anm. 40, daß der § 2170 zur Anwendung komme, ist unzutreffend, weil der § 2170 Abs. 2 Satz 1 sich nur auf das subjektive Unvermögen des Beschwerten bezieht). Ob das Vermächtnis von vornherein auf eine Forderung gerichtet war, oder ob eine solche durch Surrogation gemäß § 2164 Abs. 2, § 2169 Abs. 3 an die Stelle eines anderen Gegenstandes getreten ist, erscheint unerheblich.

Über den Fall, daß eine Forderung des Erblassers gegen den Bedachten den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, s. Erl. 3a.

c) Da die Vorschriften des § 2173 auf der Auslegung der letztwilligen Verfügung, mithin auf dem zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses vorhandenen Willen des Erblassers beruhen, so kommt es nicht darauf an, auf wessen Betreiben oder aus welchem Anlasse die Tilgung der vermachten Forderung geschehen ist. Das Vermächtnis kann daher auch dann als wirksam anzusehen sein, wenn der Erblasser seinerseits das Schuldverhältnis gekündigt und die Forderung eingezogen hat, ohne daß er durch Unsicherheit des Schuldners oder ähnliche Gründe dazu veranlaßt worden wäre. Der Gesichtspunkt der ademtio legati ist auch im § 2173 nicht entscheidend, und zwar ebensowenig bei der Einziehung der Forderung wie bei der späteren Verfügung über den geleisteten Gegenstand. Man darf daher nicht von dem Einfluß einer Sinnesänderung sprechen und nicht, wie Wilke Erl. 1 unter Bezugnahme auf die für preuß. Recht ergangenen Entscheidungen des RG. Bd. 16 S. 243, Bd. 34 S. 301 f. es tut, das entscheidende Gewicht auf den späteren nicht zum formell rechtsgültigen Ausdrucke gelangten Willen des Erblassers legen.

2. **Andere Vorschriften über das Vermächtnis von Forderungen.** Außer im § 2173 wird das Vermächtnis einer Forderung nur noch im § 2175 besonders geregelt. Weiterer Vorschriften hat sich das BGB. enthalten, was seine Erklärung zum großen Teile darin findet, daß zahlreiche Vorschriften des Titels nicht von der vermachten Sache, sondern von dem vermachten Gegenstande sprechen, mithin auch das Forderungsvermächtnis umfassen (M. V S. 170). Aus den im bisherigen Rechte behandelten Einzelheiten mag folgendes hervorgehoben werden:

a) Das Vermächtnis einer Schuldverschreibung ist auch ohne eine dahingehende Auslegungsregel als Vermächtnis der Forderung aufzufassen, da es kaum jemals anders wird verstanden werden können. Ebenso ist das Vermächtnis eines Sparkassenbuchs als Vermächtnis der in dem Buche eingetragenen Forderung des Erblassers gegen die Sparkasse aufzufassen. Man wird hierbei indessen den § 2173 Satz 2 nicht in der Art zur Anwendung bringen dürfen, daß der Betrag aller in das Sparkassenbuch eingetragenen, später aber wieder zurückbezahlten Forderungen als vermacht anzusehen wären; vielmehr ist nur das zur Zeit des Erbfalls nach dem Sparkassenbuche dem Erblasser noch zustehende Guthaben als vermacht anzusehen (Strohal I § 33 Anm. 13).

Ist eine Forderung vermacht, so sind die zum Beweise dienenden Urkunden als mitvermacht anzusehen (vgl. §§ 402, 952; CPO. § 836 Abs. 3).

b) Die für die Forderung bestehenden Sicherungsmittel (Bürgschaft, Hypothek und Pfandrecht) werden in der Regel als mitvermacht gelten müssen, da eine einseitige Abtrennung von der Forderung nicht möglich, die Freigabe durch den Erblasser aber nicht zu vermuten ist (vgl. §§ 401, 1153, 1180, 1250).

c) Die Zinsen der vermachten Forderung gebühren dem Vermächtnisnehmer nach § 2184 seit dem Anfalle des Vermächtnisses (§§ 2176—2187). Die im röm. Rechte bestehende Erstreckung des Vermächtnisses auf sämtliche Zinsrückstände ist dem BGB. wie den meisten neueren Rechten fremd. Im einzelnen Falle kann sich jedoch aus den Umständen ergeben, daß solche Rückstände nach dem Willen des Erblassers mitvermacht sein sollen.

d) Ist die vermachte Forderung durch Aufrechnung erloschen, so kann die Rechtslage sehr verschieden sein. Ist die Aufrechnung noch vor dem Erbfalle durch den Erblasser oder durch den Schuldner erfolgt, so würde das Vermächtnis nach § 2173 wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sein, wenn nicht der § 2173 Satz 2 entsprechend anzuwenden wäre. Eine solche entsprechende Anwendung dürfte aber, wenn es sich um Geldforderungen handelt, gerechtfertigt sein, weil durch die Aufrechnung für den Erblasser dasselbe wirtschaftliche Ergebnis erreicht wird wie durch die Zahlung (Strohal I § 33 Anm. 12; Dernburg V § 83 II 4; a. A. die früheren Auflagen und Herzfelder Erl. 2 zu § 2173). Hat der Schuldner nach dem Erbfalle gegenüber dem Erben oder nach der Abtretung der Forderung an den Bedachten diesem gegenüber nach Maßgabe des § 400 mit einer ihm gegen den Nachlaß oder gegen den Erben zustehenden Forderung aufgerechnet, so ist der Erbe nach § 812 zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet. Hat der Erbe die Aufrechnung seinerseits vorgenommen, so haftet er auf Schadensersatz. Letzteres gilt auch für den Fall des Erlasses.

e) Wie eine letztwillige Verfügung zu beurteilen ist, durch die der Erblasser den Vermächtnisnehmer auf eine bestimmte Forderung anweist (z. B. „ich vermache dem D 500 Mark und weise ihn damit auf die mir gegen den X zustehende gleich hohe Forderung an"), ist Tatfrage. Es kann sein, daß die bezeichnete Forderung selbst vermacht sein soll. Möglich ist aber auch, daß ein bloßes Summenvermächtnis vorliegt, bei dem der Zusatz die beschränkende Bedeutung hat, daß das Recht des Vermächtnisnehmers durch das Bestehen und den Eingang der Forderung des Erblassers bedingt ist. Endlich ist auch möglich, daß der Erblasser nur erläuternd bemerken will, woher der Beschwerte die Mittel zur Entrichtung des Vermächtnisses nehmen soll, in welchem Falle der Zusatz ohne rechtliche Bedeutung ist (vgl. M. V S. 160).

f) Wegen des Falles, daß der Erbe Schuldner der vermachten Forderung ist, s. § 2175.

3. Im Zusammenhange mit dem Forderungsvermächtnis (legatum nominis) sind das **Befreiungsvermächtnis** (legatum liberationis) und das **Schuldvermächtnis** (legatum debiti) zu erwähnen, über die das BGB. keine Vorschriften aufgenommen hat.

a) Der Erblasser kann dem Bedachten die Befreiung von einer Schuld zuwenden, deren Gläubiger er selbst, der Beschwerte oder ein Dritter ist. Das Vermächtnis begründet einen Anspruch auf die Befreiung, d. h. je nach Lage des Falles auf Freilassung von der Verbindlichkeit (Quittung und Rückgabe des Schuldscheins, §§ 368, 371) oder auf Herbeiführung derselben. Die unmittelbare Wirkung eines Erlasses (§ 397) hat das Vermächtnis auch dann nicht, wenn es sich um eine Schuld an den Erblasser handelt (§ 2174). Der Bedachte kann jedoch, wenn ihm die Befreiung von einer Schuld an den Erblasser oder an den Erben vermacht ist und er von dem Erben in Anspruch genommen wird, sein Recht auf Befreiung auch einredeweise geltend machen. Diese Einrede wird ihm in analoger Anwendung des § 821 auch dann zuzugestehen sein, wenn der Anspruch auf die Befreiung verjährt ist.

Besteht die Schuld nicht, auf die sich das Befreiungsvermächtnis bezieht, so ist das Vermächtnis regelmäßig nach § 2171 unwirksam. Es fragt sich aber, ob hiervon nicht eine Ausnahme dann stattfindet, wenn es sich um eine Schuld des Bedachten an den Erblasser handelt. Das Befreiungsvermächtnis kann in einem solchen Falle auch in der Art ausgedrückt sein, daß der Erblasser dem Bedachten die ihm gegen diesen zustehende Forderung vermacht. Dann würde der § 2173 seinem Wortlaute nach Anwendung finden, wenn die Forderung vor dem Erbfalle durch Erfüllung untergegangen ist. Wäre die Forderung auf Geld gegangen, so würde der Geldbetrag als vermacht anzusehen sein; wäre der Gegenstand der Forderung ein anderer gewesen, so würde dieser Gegenstand dann als vermacht anzusehen sein, wenn er sich noch im Nachlasse befände. Nach P. II Bd. 5 S. 175 hat die zweite Kommission diese Folgerungen aus § 2173 gezogen. Es ist dabei jedoch anerkannt worden, daß die Absicht des Erblassers auch eine andere gewesen sein könne, und es ist hierbei insbesondere auf den Fall hingewiesen worden, daß der Erblasser den Bedachten im Wege des Prozesses zur Erfüllung seiner Schuld gezwungen habe. Man hat aber bei der Fassung des § 2173 keine Rücksicht hierauf nehmen zu müssen geglaubt, weil der § 2173 nur eine Auslegungsregel gebe. Der Standpunkt der Kommission dürfte im wesentlichen richtig sein. Man wird für alle Fälle eines Befreiungsvermächtnisses anzuerkennen haben, daß die Absicht des Erblassers dahin gegangen sein kann, dem Bedachten, falls die Schuld, auf die sich das Befreiungsvermächtnis bezieht, nicht besteht, einen Geldbetrag zuzuwenden, der dem Werte des Gegenstandes der Schuld entspricht (Rspr. Bd. 8 S. 275). Ist die Schuld vor dem Erbfalle durch Leistung von seiten des Bedachten erloschen, so dürfte die Anwendung des § 2173 gerechtfertigt, dabei aber immer zu beachten sein, daß es sich um eine Auslegungsregel handelt und daß Umstände wie die oben hervorgehobenen zu einem anderen Ergebnisse führen können (a. A. Strohal I § 37 und Dernburg V § 83 III, die den § 2173 nicht anwenden wollen, aber anerkennen, daß man auf Grund freier Auslegung zu einem ähnlichen Ergebnisse gelangen könne; vgl. auch Böhm S. 152f.; Meischeider S. 416ff.; Eccius IV § 252 Anm. 98—110).

Hat der Erblasser die Forderung, auf die sich das Befreiungsvermächtnis bezieht, an einen anderen abgetreten, so wird das Vermächtnis regelmäßig als unwirksam zu betrachten sein.

b) Die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung, durch welche der Erblasser dem Bedachten etwas vermacht, was er ihm schuldet, ist verschieden, je nachdem der geschuldete Gegenstand bezeichnet wird oder die Verfügung sich darauf beschränkt, daß der Bedachte erhalten solle, was der Erblasser ihm schulde. Im letzteren Falle ist das Vermächtnis unwirksam, wenn eine

Schuld des Erblassers an den Bedachten nicht besteht. Besteht eine Schuld, so erhält der Bedachte durch das Vermächtnis für seine Forderung eine zweite Grundlage, und diese kann ihm unter Umständen Vorteile gewähren, insbesondere kann sich aus den Umständen ergeben, daß nach der Absicht des Erblassers die Zeit der Leistung in einer für den Bedachten günstigeren Weise nach dem ursprünglichen Schuldverhältnisse hat bestimmt oder daß andere Beschränkungen der ursprünglichen Schuld haben beseitigt werden sollen. In dem erstgedachten Falle, wenn also der geschuldete Gegenstand, z. B. die geschuldete Summe, in der letztwilligen Verfügung bezeichnet ist, so wird der Hinzufügung, daß der Erblasser diesen Gegenstand dem Bedachten schulde, regelmäßig nicht die Bedeutung beigelegt werden können, daß das Vermächtnis nur wirksam sein solle, wenn die Schuld bestehe. Im Zweifel wird diese Hinzufügung vielmehr nur als Bezeichnung des Motivs anzusehen sein, auf welchem das Vermächtnis beruht. Hieraus ergibt sich, daß der Bedachte die Leistung des vermachten Gegenstandes ohne Rücksicht darauf verlangen kann, ob die Schuld zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses bestand oder nicht. Zulässig ist aber nach § 2078 Abs. 2 die Anfechtung des Vermächtnisses, wenn der Erblasser dazu durch die irrige Annahme, daß die Schuld wirklich bestehe, bestimmt worden ist (RSpr. Bd. 12 S. 366). Bestand die Schuld zur Zeit der Erfüllung der Vermächtnisforderung, so wird sie selbstverständlich durch diese getilgt. Bestand die Schuld zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses, ist sie aber später vor dem Erbfalle durch Erfüllung getilgt, so wird man regelmäßig anzunehmen haben, daß nach der Absicht des Erblassers für diesen Fall das Vermächtnis nicht gelten solle. Ob dies auch für den Fall anzunehmen ist, daß die Schuld durch andere Umstände als durch Erfüllung erloschen ist, hängt von den Umständen ab. Die Verjährung der Forderung des Erblassers dürfte z. B. im Zweifel der Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht entgegenstehen (vgl. M. V S. 151 f.; Windscheid-Kipp III § 658; Strohal I § 37 II; Dernburg V § 83 IV; Herzfelder Erl. 4 zu § 2173; Böhm S. 153; Meischeider S. 420 ff.; Eccius IV § 252 Anm. 111—125). Möglich ist auch das Vermächtnis desjenigen, was der Bedachte von einem Dritten zu fordern hat. Die Bedeutung eines solchen Vermächtnisses wird darin zu finden sein, daß der Beschwerte ähnlich wie ein Bürge für die betreffende Schuld haften soll (Dernburg V § 83 IV).

4. Weitere Vorschriften über bestimmte Arten von Vermächtnissen, wie sie sich im bisherigen Rechte mehr oder minder zahlreich vorfinden, hat das BGB. nicht aufgenommen. Soweit nicht die an anderen Stellen über bestimmte Rechtsverhältnisse gegebenen Vorschriften eingreifen, muß die freie Auslegung entscheiden. So z. B. ist über das Vermächtnis des Nießbrauchs nichts gesagt, weil schon bei den Vorschriften der §§ 1030—1089 überall der usus fructus legatus mitberücksichtigt worden ist (M. V S. 170; vgl. Meischeider S. 407 ff.; Strohal I § 37a I). Was die Leibrente betrifft, so gelten die §§ 759—761 auch für den Fall, daß die Verpflichtung auf einem Vermächtnisse beruht (s. Vorbm. I vor § 759). Für die Beurteilung eines Unterhalts- oder Ausstattungsvermächtnisses werden die Vorschriften über die betreffenden gesetzlichen Verpflichtungen (§§ 1610 ff., 1620, 1624) mitunter einen Anhalt geben. Betreffs des Vermächtnisses eines Inbegriffs bestimmte der E. I, daß diejenigen Sachen betroffen seien, welche zur Zeit des Erbfalls zu dem Inbegriffe gehören. Die zweite Kommission hat diese Vorschrift als entbehrlich gestrichen. Aus dem gleichen Grunde sind keine Vorschriften für den Fall aufgenommen, daß der Inhalt eines Behältnisses oder alles, was sich in einem Hause befindet ꝛc., vermacht ist (vgl. hierzu M. V S. 164, 169; P. II Bd. 5 S. 180; Böhm S. 142; Meischeider S. 424). Wegen des Vermächtnisses einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft s. Erl. 2b zu § 2087. Die Vorschriften über den Erbschaftskauf werden entsprechend anzuwenden sein, soweit sich nicht aus der Natur des Vermächtnisses ein anderes ergibt. Für das Verhältnis zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten werden, da es sich um eine unentgeltliche Zuwendung handelt, die für die Schenkung einer Erbschaft geltenden Vorschriften des § 2385 Abs. 2 entsprechend anzuwenden sein (vgl. Strohal I § 37a II). Ob das Vermächtnis der Erbschaft eines zur Zeit des Erbfalls noch lebenden Dritten gültig ist, ist bei den Beratungen der zweiten Kommission unentschieden geblieben. Der E. I § 1857 erklärte das Vermächtnis für nichtig. Diese Vorschrift wurde in der zweiten Kommission zunächst sachlich gebilligt, alsdann aber wegen der Seltenheit des Falles als praktisch entbehrlich gestrichen. Dabei wurde die Ansicht vertreten, daß die Gründe, auf denen die Nichtigkeit eines Vertrags über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312) beruhe, nicht notwendig dahin führten, auch ein Vermächtnis der fraglichen Art für unwirksam zu erklären, daß es hierzu vielmehr eines positiven Verbots bedürfen würde. (P. II Bd. 5 S. 177 ff.). Da das BGB. ein solches Verbot nicht enthält, so wird im einzelnen

§. 2174. Durch das Vermächtniß wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern.

Falle zu prüfen sein, ob das Vermächtnis gegen die guten Sitten verstößt (§ 134; vgl. Wilke Erl. 3 zu § 2169; Eichhorn S. 73 Anm. 36; RG. 8 S. 194; 35 S. 147).

Für das Vermächtnis eines Handelsgeschäfts ist HGB. § 22 maßgebend (vgl. Makower Erl. zu § 22; Strohal I § 37a III).

§ 2174.

E. I § 1865 Satz 1; II § 2045 rev. § 2150; III § 2148. P. I S. 9332 ff., 9459 ff.; M. V S. 176. P. II Bd. 5 S. 201 ff.; Bd. 6 S. 344 ff.

Otto Hagen, die Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 164; Jung, Rechtliche Natur und Wirkung der Vermächtnisse in Z. f. d. Notar. u. Rpfl. in Bayern 1906, S. 119.

1. Begründung einer Forderung durch das Vermächtnis. Ausschluß des Vindikationslegats. Durch den § 2174 wird der unmittelbare dingliche Anfall des vermachten Gegenstandes an den Bedachten ausgeschlossen und die Wirkung des Vermächtnisses auf die Begründung eines Forderungsrechts beschränkt. Mit dieser Beseitigung des sog. Vindikationslegats hat das BGB. eine wesentliche Neuerung eingeführt, da das bisherige Recht, abgesehen von dem österr. Gesetzbuche, das dem Vermächtnisnehmer nur einen persönlichen Anspruch gewährt, und dem code civil, für den die Frage zweifelhaft ist, allgemein bei dem Vermächtnisse bestimmter, zum Nachlasse gehörender Gegenstände den unmittelbaren Übergang vorschreibt bzw. zuläßt. Der im § 2174 vertretene Standpunkt war bereits von dem E. I eingenommen, die zweite Kommission hat an ihm trotz mancher Angriffe der Kritik und der in der Kommission selbst bestehenden Meinungsverschiedenheit bei zweimaliger Erörterung der Frage festgehalten. Seitens der gesetzgebenden Faktoren ist die Frage nicht wieder aufgenommen worden. Von den beiden Kommissionen ist nicht verkannt worden, daß das Vindikationslegat eine größere Sicherheit dafür bietet, daß der vermachte bestimmte Gegenstand wirklich in die Hände des Bedachten gelangt. Während das bloße Forderungsrecht durch den Erben selbst und dessen Gläubiger vereitelt werden kann, sichert der unmittelbare Übergang dem Bedachten den dinglichen Anspruch und zugleich den strafrechtlichen Schutz gegen Unterschlagung. Allein die Regelung des BGB. hat den Vorzug, daß sie nicht nur theoretisch mit den angenommenen Hauptgrundsätzen mehr im Einklange steht, sondern auch praktisch zu einem einfacheren und klareren Rechtszustande führt. Der unmittelbare Übergang des vermachten Gegenstandes würde, abgesehen davon, daß er eine Durchbrechung des Prinzips der Universalsukzession bildet, soweit es sich um bewegliche Sachen und um Rechte an Grundstücken handelt, mit dem Traditionsprinzip und dem Grundbuchsystem im Widerspruche stehen, vermöge deren zu dem Übergange nicht die bloße Willenserklärung genügt, sondern ein äußerer Umstand (Übergabe bzw. Eintragung) hinzutreten muß. Ferner aber erschwert das Vindikationslegat die Abwickelung des Nachlasses und ist daher für den Erben und die Nachlaßgläubiger nachteilig. Der Umstand, daß der Erbe trotz des eingetretenen Rechtsüberganges befugt sein muß, zum Zwecke der Befriedigung den Nachlaßgläubiger über den vermachten Gegenstand zu verfügen, hat im bisherigen Rechte zu zahlreichen verwickelten Sondervorschriften geführt, die das Prinzip in seinen praktischen Folgen einschränken, ohne ihren Zweck vollkommen zu erreichen. Außerdem läßt sich bezweifeln, ob der Erblasser den unmittelbaren Übergang auf den Bedachten, auch wo ein solcher an sich möglich ist, in der Mehrzahl der Fälle wirklich will. Kommt es dem Erblasser darauf an, die individuelle Leistung zu sichern und hat er Grund, dem Erben zu mißtrauen, so steht ihm in der Ernennung eines Testamentsvollstreckers ein ausreichendes Mittel offen (vgl. M. V S. 133—136; P. II Bd. 5 S. 201 ff.; Bd. 6 S. 344 ff.; Zstlg. V S. 31 ff.; Zstlg. d. BR. I S. 175, II S. 41; Meischeider S. 347 ff.).

2. Gegenstand des Vermächtnisanspruchs. Die Vorschrift des § 2174 ist zwingenden Rechtes und gilt für Vermächtnisse jeder Art, insbesondere auch für das Befreiungsvermächtnis (Erl. 3a zu § 2173). Der Übergang des vermachten Rechtes muß mithin stets durch den Erben oder sonstigen Beschwerten mittels Eigentumsübertragung (Übergabe oder Auflassung) bzw. Abtretung vermittelt werden. Ist ein noch nicht bestehendes Recht vermacht, so ist es in der für das betreffende Recht vorgeschriebenen Form zu begründen. Die Annahme, daß der Erblasser eine dingliche Wirkung der Zuwendung erreichen könne, indem er den Bedachten als Miterben einsetzt und auf den ihm zugedachten Gegenstand als auf seinen Erbteil verweist (Wilke Erl. 2, Frommhold Erl. 2), dürfte unzutreffend sein. Denn die fragliche Verfügung

könnte nur als eine Teilungsanordnung angesehen werden, die gleich dem Vermächtnisse nur eine obligatorische Wirkung hat (Erl. 2 zu § 2048). Mittelbar freilich kann der Erblasser dadurch, daß er denjenigen, welchem er einen Gegenstand zuwenden will, unter Hinzufügung einer Teilungsanordnung der fraglichen Art zum Miterben einsetzt, eine dingliche Sicherung desselben infolge der Grundsätze über die Erbengemeinschaft erreichen. Mit unmittelbarer Wirkung kann der Erblasser den Bedachten dinglich sichern, indem er eine Schenkung auf den Todesfall vornimmt und sie durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht (§ 2301 Abs. 2). Außerdem kann der unmittelbare Anfall eines Forderungsrechts mit dem Tode des Erblassers dadurch herbeigeführt werden, daß der Erblasser durch Vertrag unter Lebenden einen Dritten zu einer nach seinem Tode zu bewirkenden Leistung an den Bedachten verpflichtet (§§ 328, 331; vgl. Endemann III § 66 Nr. 3).

3. **Für den Vermächtnisanspruch gelten im allgemeinen folgende Grundsätze:**

a) Haftung des Beschwerten. Die in R. V S. 179 offen gelassene Frage, ob das durch das Vermächtnis begründete Schuldverhältnis als eine Legalobligation anzusehen ist, dürfte zu verneinen, übrigens auch praktisch kaum von Bedeutung sein (vgl. P. II Bd. 5 S. 211). Die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse finden Anwendung. Der Beschwerte hat danach von dem Anfalle der Erbschaft bzw. bei einem mit einem Untervermächtnisse beschwerten Vermächtnisse von dem Anfalle des Vermächtnisses an Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276; vgl. R. V S. 198 f.), er haftet nach § 278 auch für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und derjenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. Seine Haftung verschärft sich infolge des Verzugs und des Eintritts der Rechtshängigkeit (§§ 286 ff., 291, 292). Eine besondere Verwaltungspflicht in Ansehung des vermachten Gegenstandes besteht für den Beschwerten nicht (R. V S. 191, 195, 198, 200, vgl. auch Erl. 2a zu § 2185; Erl. 1 zu § 2187). Die Kosten der Entrichtung des Vermächtnisses treffen (abweichend vom preuß. ALR. I 12 § 312) den Beschwerten, da dieser in Ermangelung einer gegenteiligen Vorschrift auch dasjenige aufzuwenden hat, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken (R. V 193; vgl. Wilke Erl. 4). Die Kosten der Abnahme und der Übersendung an den von dem Vermächtnisnehmer bestimmten Ort dürften indessen in entsprechender Anwendung des § 448 Abs. 1 dem Vermächtnisnehmer zur Last fallen (Dernburg V § 71 VI). Hinsichtlich des Leistungsorts entscheiden die §§ 269, 270. Hiernach wird ohne Unterschied, ob der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert ist, vielfach der letzte Wohnsitz des Erblassers maßgebend sein, da die Leistung an diesem Orte als den Umständen und dem Willen des Erblassers entsprechend anzusehen sein wird. Daß aber der letzte Wohnsitz des Erblassers auch dann entscheidend sein soll, wenn es nach § 269 auf den Wohnsitz des Schuldners ankommt (Wilke Erl. 3), dürfte nicht gerechtfertigt sein, da die Verbindlichkeit aus dem Vermächtnis erst mit dem Anfalle der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses an den beschwerten Erben oder Vermächtnisnehmer zur Entstehung kommt. Hat der Bedachte das Vermächtnis einmal angenommen, so kann der Beschwerte auch die Abnahme der Sache verlangen (so für preuß. Recht, obwohl es auch dort an einer besonderen Vorschrift fehlt Eccius IV § 276 Anm. 37). Wegen der Fälligkeit des Vermächtnisses s. §§ 2177, 2181, 2186; Strohal I § 31 I 3, Anm. 11; wegen der Verpflichtungen des Beschwerten bei dem Gattungs- und dem Verschaffungsvermächtnis, insbesondere hinsichtlich der Gewährleistung, §§ 2182, 2183.

Zweifelhaft ist, ob der Beschwerte auch schon vor dem Anfalle der Erbschaft bzw. des mit einem Untervermächtnisse beschwerten Vermächtnisses haftet. Dernburg V § 71 III Anm. 4 will den Beschwerten nach guten Treuen haften lassen, sobald er von der Berufung Kenntnis erhalten hat. Strohal I § 32 I Anm. 1 will nur den § 1978 Abs. 1 Satz 2 zur entsprechenden Anwendung bringen. Die letztgedachte Ansicht dürfte den Vorzug verdienen. Unter Umständen kann auch der § 826 in Frage kommen.

b) **Das Vermächtnis begründet eine Nachlaßverbindlichkeit**; der Vermächtnisnehmer gehört zu den Nachlaßgläubigern (§ 1967 Abs. 2). Es gelten jedoch für die Verbindlichkeit aus dem Vermächtnisse hinsichtlich der beschränkten Haftung des Erben einige Besonderheiten (vgl. Strohal I § 32 III 1). Vermächtnisnehmer werden nach § 1972, soweit es sich nicht um die Teilung der Haftung unter Miterben handelt (§ 2060 Nr. 1), von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen, sind jedoch in der Regel erst nach den ausgeschlossenen Gläubigern zu befriedigen (§ 1973 Abs. 1 Satz 2, vgl. auch § 1974 Abs. 2). Der Erbe kann, wenn die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen beruht, die Berichtigung dieser Verbindlichkeiten, auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen nach Maßgabe der

§§ 1990, 1991 bewirken (§ 1992, vgl. § 1980 Abs. 1 Satz 2, § 1991 Abs. 4). Wegen der Stellung des Vermächtnisnehmers im Nachlaßkonkurse s. KO. §§ 219, 222, § 226 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 3, §§ 227, 230. Haftet der Erbe unbeschränkt, so wird die Geltendmachung der Forderung aus dem Vermächtnis im Konkurs über das Vermögen des Erben durch die Vorschrift der KO. § 63 Nr. 4 nicht ausgeschlossen (RG. 43 S. 236). Neben der beschränkten Haftung des Erben kann auch das Pflichtteilsrecht dazu führen, daß ein Vermächtnis nicht oder nicht in vollem Umfange zur Geltung gelangt; vgl. hierüber §§ 2306, 2318, 2322, 2323. Eine Kürzung des Vermächtnisses kann auch dann eintreten, wenn der Beschwerte ein Vermächtnisnehmer ist (§§ 2187, 2188). In allen Fällen der Kürzung werden regelmäßig alle Vermächtnisse gleichmäßig vermindert, der Erblasser kann jedoch einem Vermächtnisse den Vorrang vor den übrigen einräumen (§ 2289).

c) **Die besonderen Sicherungsrechte des Vermächtnisnehmers**, die das röm. Recht ausgebildet hatte (Kaution, gesetzliches Pfandrecht, Veräußerungsverbot; vgl. Windscheid-Kipp III § 648) sind schon in den bisherigen neueren Rechten abgeschwächt worden (vgl. preuß. ALR. I 12 §§ 290, 291). Das BGB. hat irgend welche besonderen Sicherungsmittel für das Vermächtnis, insbesondere auch ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot gegenüber dem Beschwerten (§ 135; vgl. M. V S. 135f., 199), nicht aufgenommen. Der Vermächtnisnehmer ist auf die allgemeinen Sicherungsmittel des Arrestes und der einstweiligen Verfügung (CPO. §§ 916ff., 933) beschränkt. Bezieht sich das Vermächtnis auf ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke, so steht ihm nach Maßgabe der §§ 883ff. die Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung zu Gebote. Der Erblasser kann für die Entrichtung der Vermächtnisse durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers Sorge tragen (§ 2203). Außerdem liegt eine gewisse gesetzliche Sicherung darin, daß das Nachlaßgericht Bedachte, die bei der Testamentseröffnung nicht zugegen gewesen sind, von dem sie betreffenden Inhalte des Testaments in Kenntnis zu setzen hat (§ 2262). Eine Sicherung erlangt der Vermächtnisnehmer, wenn der Erbe beschwert ist, auch durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung. Ein Untervermächtnisnehmer kann in dem Konkurse des beschwerten Vermächtnisnehmers seine Forderung nur als Konkursgläubiger geltend machen (Strohal I § 31 II Anm. 9).

d) Der Vermächtnisanspruch kann, auch wenn er sich gegen einen Vermächtnisnehmer richtet, **in dem Gerichtsstande der Erbschaft geltend gemacht werden** (CPO. § 27).

4. **Es ist noch die Frage zu erörtern, welchen Einfluß es auf den Bestand des Vermächtnisses hat, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand schon bei seinen Lebzeiten dem Bedachten überträgt.** Handelt es sich um einen bestimmten Gegenstand, so ist die Entscheidung aus § 2169 Abs. 1 zu entnehmen. Der Gegenstand gehört zur Zeit des Erbfalls nicht mehr zur Erbschaft und das Vermächtnis ist daher unwirksam. Hätte der Gegenstand zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses nicht zu dem Vermögen des Erblassers gehört und wäre daher ein Verschaffungsvermächtnis anzunehmen, so würde doch auch dieses nur als mit der Maßgabe gewollt anzusehen sein, daß der Erblasser dem Bedachten den Gegenstand nicht schon selbst verschaffe. Das Vermächtnis wird also auch in diesem Falle infolge des Eintritts der stillschweigend gesetzten Bedingung unwirksam. Handelt es sich um ein Gattungsvermächtnis, so kann dieses möglicherweise ebenfalls in dem Sinne gemeint und auszulegen sein, daß der Bedachte das Vermächtnis nur erhalten solle, wenn nicht der Erblasser ihm schon bei seinen Lebzeiten eine Sache derselben Gattung oder, sofern es sich um Quantitäten handelt, eine gleiche Quantität zuwende. Im Zweifel dürfte dies indessen nicht anzunehmen sein, das Vermächtnis also wirksam bleiben. Der Bedachte erhält bei dieser Auffassung zwar eine Sache der fraglichen Gattung oder die vermachte Quantität zweimal. Wollte der Erblasser dies aber nicht, so hätte er das Vermächtnis in der vorgeschriebenen Form aufheben müssen. Mittelbar würde er übrigens denselben Zweck durch eine bei der Zuwendung unter Lebenden mit dem Bedachten getroffene Vereinbarung obligatorischen Inhalts erreichen können. Wäre das Vermächtnis mit einem Nachvermächtnisse belastet gewesen, so würde dieses in allen Fällen, in welchen das Vermächtnis nach dem Obigen unwirksam wird, ebenfalls unwirksam werden. Auch dies muß im Zweifel als dem Willen des Erblassers entsprechend angenommen werden. Wollte er etwas anderes, so mußte er es in der vorgeschriebenen Form zum Ausdrucke bringen. Der Gesichtspunkt einer ademtio legati kommt in allen hier fraglichen Fällen nicht in Betracht, weil das BGB. wie oben (s. Erl. zu §§ 2172, 2173) dargelegt ist, eine solche nicht kennt, vielmehr in denjenigen Fällen, in welchen es den durch die ademtio beabsichtigten Zweck für gerechtfertigt hält, diesen durch besondere positive Bestimmungen erreicht; an einer derartigen positiven Be-

§. 2175. Hat der Erblasser eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung oder hat er ein Recht vermacht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, so gelten die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen.

---

stimmung fehlt es aber hier. Auch der Gesichtspunkt einer durch die Zuwendung unter Lebenden im voraus erfolgenden Erfüllung der Verpflichtung dürfte sich nicht rechtfertigen lassen, weil eine Verpflichtung durch das Vermächtnis erst mit dem Erbfall entsteht.

§ 2175.

E. I § 1866; II § 2046 rev. § 2151; III § 2149. P. I S. 9459 ff., 11357, 11442; M. V S. 176 f. P. II Bd. 5 S. 203, 210.

1. Da ein unmittelbarer Übergang des vermachten Gegenstandes auf den Bedachten nicht stattfindet (§ 2174), so würde, **wenn eine Forderung des Erblassers gegen den Erben oder ein dem Erblasser zustehendes, auf einer Sache oder einem Rechte des Erben ruhendes dingliches Recht vermacht ist,** an sich die Forderung oder das Recht durch Vereinigung erlöschen und daher das Vermächtnis wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sein. Dieser Rechtsfolge tritt der § 2175 mit der Vorschrift entgegen, daß die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (Konfusion; vgl. Bd. II Vorbm. vor § 362) oder von Recht und Belastung (Konsolidation; vgl. die Erl. zu § 1976) erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen gelten. Für den Fall der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses gilt dies schon nach § 1976 und in beschränkterer Weise nach § 1991; vgl. auch für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge § 2143 (Strohal I § 33 Anm. 15). Der Fall der Konsolidation, der erst von der zweiten Kommission hinzugefügt ist, hat keine große Bedeutung. Denn es scheiden zunächst die Fälle aus, in denen schon an sich ein Erlöschen durch Vereinigung nicht eintritt, wie insbesondere bei allen Rechten an Grundstücken (§ 889, s. auch § 1063 Abs. 2, § 1256). Daß der Erbe in Fällen dieser Art das vermachte Recht nicht löschen lassen darf (Frommhold Erl. 1), folgt schon aus § 2174. Ferner aber kommen nur solche Rechte in Betracht, die vererblich und übertragbar sind. Hiernach ist die Vorschrift auch für den Nießbrauch und für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1059, 1061, § 1090 Abs. 2, § 1092) ohne Bedeutung und es bleibt, abgesehen von Rechten, die außerhalb des BGB. geregelt sind, im Grunde nur der Fall übrig, daß eine Forderung des Erblassers gegen den Erben mit dem für sie an einer Sache des Erben bestehenden Pfandrechte vermacht ist.

2. **Mit der vermachten Forderung gelten auch die zu ihrer Sicherung dienenden Rechte (Bürgrecht, Pfandrecht, Hypothek an dem Grundstück eines Dritten) als fortbestehend.** Die Fiktion wirkt nicht nur im Verhältnisse zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten, sondern auch gegenüber Dritten. Andererseits erstreckt sie sich nur soweit, als die Wirksamkeit des Vermächtnisses in Frage steht. Infolge dieser Beschränkung ist die vermachte Forderung der Pfändung von seiten der Gläubiger des Erben entzogen (M. V S. 177). Die Beschränkung ist ferner von Bedeutung, wenn nur ein Bruchteil der Forderung vermacht ist. Die übrigen Bruchteile werden durch die Vorschriften des § 2175 nicht berührt (Strohal I § 33 I 4 Anm. 15; vgl. auch Endemann III § 69 Anm. 28; Schwedler, Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung S. 173 ff.; Kretschmar, Theorie der Konfusion S. 248 ff.).

3. **Der Fall, daß der Erblasser eine ihm gehörende Sache vermacht hat, die mit einem Rechte des Erben belastet ist,** wird durch den § 2175 nicht betroffen. Man wird aber auch hier die Fortdauer des Rechtes anzunehmen haben, da das Erlöschen dem Gedanken des § 2165 widersprechen würde (s. Erl. zu § 2165; Böhm S. 154; Strohal I § 33 I 4).

4. Der Vermächtnisnehmer kann in einem Falle der im § 2175 gedachten Art, wenn die vermachte Forderung fällig ist, **mit dem Anspruch auf Abtretung der Forderung den Anspruch auf Zahlung verbinden.** Andererseits kann der Erbe, der auf Abtretung der Forderung verklagt ist, **der Klage die Einwendung entgegensetzen, daß die Forderung nicht existiere** und das Vermächtnis daher unwirksam sei (Wilke Erl. 1 d zu § 2174). Die Zwangsvollstreckung gegen den Erben ist immer erst nach dem Eintritte der Rechtskraft des ihm zur Abtretung und Leistung verurteilenden Urteils zulässig (CPO. § 894).

§. 2176. Die Forderung des Vermächtnißnehmers kommt, unbeschadet des Rechtes, das Vermächtniß auszuschlagen, zur Entstehung (Anfall des Vermächtnisses) mit dem Erbfalle.

---

§ 2176.

E. I § 1867 Abs. 1; II § 2047 Satz 1 verb. § 2152; III § 2150. P. I S. 9465 ff.; M. V S. 177 f. P. II Bd. 5 S. 210 f.

Brückner, Vermächtniserwerb nach gemeinem Recht und nach dem BGB. 1901.

1. Die §§ 2176—2179 handeln von **dem Anfalle des Vermächtnisses.** Das BGB. versteht hierunter den vorläufigen Erwerb des Vermächtnisses, der durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann. Der Ausdruck wird in dem gleichen Sinne gebraucht wie bei der Erbschaft (§ 1942 Abs. 1). Wie die Erbschaft vorbehaltlich der Ausschlagung kraft Gesetzes auf den Erben übergeht, so kommt der Vermächtnisanspruch (§ 2174) unbeschadet des Ausschlagungsrechts auch ohne Wissen und Willen des Bedachten für diesen zur Entstehung. Der Zeitpunkt des Anfalls ist hier wie dort der Erbfall. Vor dem Erbfalle besteht für den Bedachten nur eine Hoffnung, die durch Widerruf seitens des Erblassers (§ 2253) oder durch Versterben des Bedachten vor dem Erblasser (§ 2160) vereitelt werden kann. Mit dem Erbfalle fällt das Vermächtnis in dem vorbezeichneten Sinne dem Bedachten an. Es gibt jedoch Fälle, in denen der Anfall erst später eintritt, nämlich einmal dann, wenn bei einem aufschiebend bedingten oder befristeten Vermächtnisse die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintritt (§ 2177), sowie ferner wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist oder seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird (§ 2178). Auch in diesen Fällen treten aber gewisse Wirkungen der Vermächtnisanordnung schon mit dem Erbfall ein, weshalb man von einem Voranfall sprechen kann (vgl. Strohal I § 31 I 2). Es findet in allen vorbezeichneten Fällen eine Sicherung des künftigen Vermächtnisanspruchs gegen Beeinträchtigung durch den Beschwerten statt (§ 2179). Außerdem kann in den Fällen des § 2177 während des Schwebezustandes eine Vererbung des künftigen Rechtes bzw. der bestehenden Anwartschaft stattfinden, was jedoch bei bedingten Vermächtnissen nicht die Regel ist (§ 2074). Auf der anderen Seite ist der Anfall nicht notwendig identisch mit der Fälligkeit des Vermächtnisses (dem Zeitpunkt, in welchem die Leistung verlangt werden kann), vielmehr kann diese auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben sein (s. insbesondere §§ 2181, 2186).

Von den hiernach zu unterscheidenden drei Zeitpunkten deckt sich keiner vollständig mit dem gemeinrechtlichen dies legati cedens bzw. dies legati veniens, da, abgesehen von anderen Verschiedenheiten, diese Unterscheidung in erster Linie auf der Abhängigkeit des Vermächtnisses von dem Erwerbe der Erbschaft seitens des eingesetzten Erben beruhte, die im BGB. nicht besteht (s. die Vorbm. IV 1 vor § 2147; vgl. Strohal I § 31 I 1 Anm. 1, 3; Frommhold Erl. 1). Auch die Annahme der Erbschaft seitens des belasteten Erben ist nicht Voraussetzung für die Entstehung des Vermächtnisanspruchs. Über die Bedeutung, welche die Annahme der Erbschaft für die Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs gegen den Erben hat s. Erl. 2—5 zu § 1958; vgl. auch Strohal I § 31 I 3.

2. **Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht geboren, aber bereits erzeugt,** so tritt, wenn er später lebend zur Welt kommt, der Anfall des Vermächtnisses nicht erst mit der Geburt ein, vielmehr wird er auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen, so daß es bei der Regel des § 2176 verbleibt. Dies ergibt sich einmal daraus, daß die Ausnahmevorschrift des § 2178 nur den Fall trifft, daß der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist. Sodann aber ist der Grundsatz des § 1923 Abs. 2, wenngleich er in dem Abschnitt „Erbfolge" steht, seinem Gedanken und Zwecke nach auch auf den Anfall des Vermächtnisses zu beziehen. Im E. I (§ 1867 Abs. 2 Nr. 2) war der Satz auch für das Vermächtnis besonders ausgesprochen; die zweite Kommission aber hat, indem sie die einzelnen Sätze des E. I zu dem allgemeinen Grundsatze des § 1923 Abs. 2 zusammenzog, eine sachliche Änderung nicht bezweckt (vgl. P. II Bd. 6 S. 336; vgl. Strohal I § 31 Anm. 5; Wilke Erl. 1 zu § 2178).

3. **Das Nähere über die Ausschlagung des Vermächtnisses** s. Erl. zu § 2180. **Vorschriften, nach denen der Anfall des Vermächtnisses von rechtlicher Bedeutung ist,** finden sich außerhalb der §§ 2176—2179 noch in den §§ 2162, 2163 (vgl. die Erl. zu § 2162) und im § 2184; s. übrigens auch § 2269 Abs. 2, § 2280 (Erl. 3 zu § 2177).

§. 2177. Ist das Vermächtniß unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet und tritt die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall ein, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins.

---

§ 2177.

E. I § 1867 Abs. 2 Nr. 1; II § 2047 Satz 2 rev. § 2153; III § 2151. P. I S. 9466 ff., 9474 ff. 9485 ff.; M. V S. 178 ff. P. II Bd. 5 S. 210 ff.

1. Anfall eines aufschiebend bedingten oder befristeten Vermächtnisses. Die Vorschrift des § 2177 entspricht dem in § 158 Abs. 1, § 163 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze des BGB. betreffs des Eintritts der Wirkung eines aufschiebend bedingten oder befristeten Rechtsgeschäfts. Sie ist hauptsächlich nur zu dem Zwecke aufgenommen, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als sollten hinsichtlich des Anfalls des Vermächtnisses jene allgemeinen Vorschriften durch den § 2176 ausgeschlossen werden (P. II Bd. 5 S. 212). Unter der Bestimmung eines *Anfangstermins* wird hier wie im § 163 (s. dort Erl. 1) nur eine solche Befristung verstanden, durch welche die rechtliche Wirkung des Geschäfts, nicht nur deren Geltendmachung, hinausgeschoben wird. Wie schon zu § 2176 (Erl. 1) hervorgehoben worden, kann in den Fällen des § 2177 die Rechtsposition des Bedachten auch vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins *auf dessen Erben übergehen*, nämlich bei bedingter Zuwendung des Vermächtnisses dann, wenn die Auslegungsregel des § 2074 nicht zutrifft, bei Bestimmung eines Anfangstermins, aber immer, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (s. Erl. 2 zu § 2074). Die Vererblichkeit hat hier aber nicht (wie *Wilke* Erl. 1 annimmt) die Bedeutung, daß der Anfall des Vermächtnisses schon mit dem Erbfall eintrete und nur die Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs hinausgeschoben sei, vielmehr handelt es sich um die Vererbung der Anwartschaft auf ein künftiges Recht (vgl. Erl. 1, 2, 6 zu § 158, Erl. 1 zu § 2176). Der praktische Unterschied tritt hervor, wenn man die Herausgabe der Früchte (§ 2184) ins Auge faßt. Ob der Erblasser bei einer Befristung des Vermächtnisses *nur die Geltendmachung* auf einen späteren Termin hat verschieben wollen, ist eine besondere Frage, die mit der Frage der Vererblichkeit keineswegs zusammenfällt. Eine Befristung der letztgedachten (vom § 2177 überhaupt nicht betroffenen) Art wird in der Regel vorliegen, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß von einem Geldvermächtnisse dem Bedachten schon während der Wartezeit Zinsen zu zahlen sind (*Strohal* I § 31 I 3). Möglicherweise kann jedoch eine solche Verfügung auch dahin auszulegen sein, daß mehrere Vermächtnisse angeordnet sind, deren jedes dem Bedachten dann anfällt, wenn der für die Zahlung der jeweiligen Zinsen bzw. des Kapitals festgesetzte Zeitpunkt herangekommen ist. Jedes dieser Vermächtnisse begründet für den Bedachten ein selbständiges Forderungsrecht; von einem Anspruch auf Zinsen im rechtlichen Sinne kann, solange die Hauptforderung nicht zur Entstehung gelangt ist, nicht die Rede sein. Geht die letztwillige Verfügung dahin, daß das vermachte Kapital zunächst durch Ansammlung der Zinsen auf eine gewisse Höhe gebracht und dann ausgezahlt werden soll, so liegt ein im Sinne des § 2177 befristetes einheitliches Vermächtnis vor (vgl. *Endemann* III § 71 Anm. 8; *Strohal* I § 31 I 3). Eine Hinausschiebung lediglich der Fälligkeit findet ferner statt in dem Falle des § 2181, sowie in allen Fällen, in welchen der mit einem Vermächtnisse beschwerte Erbe die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zu dem Eintritt eines gewissen Ereignisses oder Zeitpunktes nach den §§ 1958, 2014 ff. zu verweigern berechtigt ist; ebenso bei einem beschwerten Vermächtnisnehmer nach Maßgabe des § 2186 (*Strohal* I § 31 I 3). Über die Frage, wie das Verhältnis zu beurteilen ist, wenn im Falle der Einsetzung eines Ersatzerben, je nachdem der in erster Linie oder der als Ersatzerbe Eingesetzte Erbe wird, verschiedene Vermächtnisse angeordnet sind, s. *Strohal* I § 31 Anm. 13.

Die Frage, ob der Beschwerte in den Fällen des § 2177 sich durch Leistung vor dem Eintritte des Termins befreien kann (§ 271 Abs. 2), wird für die Regel zu bejahen sein, anders z. B., wenn nach dem Willen des Erblassers der Bedachte den Termin erleben soll und für den Fall seines früheren Versterbens ein Ersatzbedachter berufen ist (vgl. *Endemann* a. a. O.).

2. Ein Vermächtnis kann auch mittelbar aufschiebend bedingt oder befristet sein, wenn nämlich die Zuwendung, auf Grund deren die Beschwerung mit dem Vermächtnis erfolgt ist, dem Beschwerten zufolge einer Bedingung oder Befristung erst mit einem späteren Zeitpunkt als dem Erbfall anfällt (M. V S. 131). Einen besonderen Fall bildet die Beschwerung eines Nach-

erben mit einem Vermächtnisse. Das Vermächtnis fällt hier nicht vor dem Eintritte des Nacherbfalls an (Strohal I § 31 Anm. 6). Dagegen bezieht sich der § 2186 (s. dort Erl. 2) nicht auf die hier in Rede stehenden Fälle, da er nur die Fälligkeit des Vermächtnisses im Auge hat.

3. **Bildet eine Leibrente den Gegenstand des Vermächtnisses**, so fragt es sich, ob der Anfall des Vermächtnisses im ganzen mit dem Erbfall erfolgt oder ob der Anfall für jeden Zeitabschnitt, für welchen die Rente im voraus zu entrichten ist, besonders erfolgt und für den betreffenden Zeitabschnitt erst eintritt, wenn der Berechtigte den Anfang dieses Zeitabschnitts erlebt hat. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob durch das Vermächtnis der Leibrente ein einheitlicher Anspruch des Berechtigten begründet wird, der unter der auflösenden Bedingung des Todes des Berechtigten steht oder ob es sich um verschiedene Ansprüche für die einzelnen Zeitabschnitte handelt, deren jeder dadurch bedingt ist, daß der Berechtigte den Anfang des Zeitabschnitts erlebt. Bei der ersten Annahme erfolgt der Anfall im ganzen mit dem Erbfalle, bei der zweiten Annahme für jeden Zeitabschnitt besonders mit dem Eintritte der Bedingung, daß der Berechtigte den Beginn des betreffenden Zeitabschnitts erlebt. Die zweite Auffassung dürfte, wie in Vorbm. II, 4 vor § 759 dargelegt ist, den Vorzug verdienen (Windscheid-Kipp III § 660 Zusatz 1). Ist die Leibrente unter einer Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins vermacht, so ist bei der erstgedachten Auffassung mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins der Anfall im ganzen erfolgt, während bei der zweiten Auffassung der Anfall nach dem Eintritte der Bedingung oder des Termins für jeden Zeitabschnitt besonders erst dann erfolgt, wenn der Berechtigte den Anfall des Zeitabschnitts erlebt. Von praktischer Bedeutung ist die Frage insbesondere mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 2162. Die Leibrente bleibt bei der erstgedachten Auffassung, wenn der Bedachte den Erbfall, oder falls die Leibrente unter einer Bedingung oder unter einem Anfangstermine vermacht ist, den Eintritt der Bedingung oder des Termins erlebt hat, für die ganze Dauer seines Lebens bestehen, während sie bei der zweiten Auffassung mit dem Ablaufe von dreißig Jahren seit dem Erbfalle wegfällt, sofern nicht eine der im § 2163 bestimmten Ausnahmen vorliegt. In derselben Weise ist zu unterscheiden, wenn die Leibrente einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person vermacht oder wenn die Person des Bedachten erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll. Anzuerkennen dürfte übrigens sein, daß auch bei der hier vertretenen zweiten Auffassung der Erblasser bestimmen kann, daß der Vermächtnisnehmer die Leibrente nicht unter der aufschiebenden Bedingung, daß er den betreffenden Zeitabschnitt erlebt, sondern unter der auflösenden Bedingung, daß er vorher stirbt, erhalten soll. Dann tritt der Anfall für alle Zeitabschnitte mit dem Erbfalle bzw. mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termins ein und die Vorschrift des § 2162 findet keine Anwendung. Eine Bestimmung dieser Art braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden; sie wird vielmehr, wenn aus den Umständen erhellt, daß die Absicht des Erblassers darauf gerichtet gewesen ist, als stillschweigend erklärt anzusehen sein. Dies wird bei der Natur und dem Zwecke der Leibrente häufig angenommen werden müssen.

4. **Wird eine Rente nicht als Leibrente, sondern für immer vermacht**, so hängt die Frage, wann das Vermächtnis anfällt, davon ab, ob in solchem Falle ein Gesamtanspruch anzunehmen ist, oder ob nur einzelne besondere Ansprüche für die einzelnen Zeitabschnitte, für welche die Rente zu entrichten ist, bestehen. Bei der ersten Annahme fällt das Vermächtnis im ganzen mit dem Erbfalle bzw. mit dem Eintritte des in den §§ 2177, 2178 bezeichneten Zeitpunkts an und wird, wenn der Anfall erfolgt ist, durch die Vorschrift des § 2162 nicht mehr berührt. Bei der zweiten Auffassung, die nach Erl. 2 zu § 224 den Vorzug verdient, liegen ebenso viele Vermächtnisse vor, als Zeitabschnitte bestehen, für welche die Rente zu entrichten ist; jedes dieser Vermächtnisse fällt erst mit dem Beginne des betreffenden Zeitabschnitts an und wird daher nach § 2163, sofern nicht eine der Ausnahmen des § 2163 zutrifft, unwirksam, wenn bei dem Eintritte des Zeitabschnitts bereits dreißig Jahre seit dem Erbfalle verstrichen sind.

5. **Vermächtnisse, die in einem gemeinschaftlichen Testamente** mit gegenseitiger Erbeinsetzung der Ehegatten oder in einem **unter Ehegatten geschlossenen Erbvertrage** dieses Inhalts in der Art angeordnet sind, daß sie erst nach dem Tode des überlebenden Teiles erfüllt werden sollen, fallen dem Bedachten im Zweifel erst mit dem Tode des längstlebenden Ehegatten an (§ 2269 Abs. 2, § 2280).

6. Wegen der zeitlichen Begrenzung der Wirksamkeit aufschiebend bedingter oder befristeter Vermächtnisse s. §§ 2162, 2163.

§. 2178. Ist der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt oder wird seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereigniß bestimmt, so erfolgt der Anfall des Vermächtnisses im ersteren Falle mit der Geburt, im letzteren Falle mit dem Eintritte des Ereignisses.

§. 2179. Für die Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfalle des Vermächtnisses finden in den Fällen der §§. 2177, 2178 die Vorschriften Anwendung, die für den Fall gelten, daß eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird.

---

§ 2178.

E. I § 1867 Abs. 2 Nr. 2, 3; II § 2048 rev. § 2154; III § 2152. P. I S. 9472 ff.; M. V S. 180 f. P. II Bd. 5 S. 210.

Daß die Zuwendung eines Vermächtnisses an einen zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten oder seiner Persönlichkeit nach erst durch ein späteres Ereignis zu bestimmenden Bedachten zulässig ist, wird im § 2178, gleich wie es im § 2101 Abs. 1, § 2105 Abs. 2 bezüglich der Nacherbeinsetzung geschieht, nicht ausdrücklich gesagt, sondern vorausgesetzt. Daß der Anfall an den nondum conceptus mit dessen Geburt eintritt, entspricht der für die Nacherbfolge geltenden Vorschrift des § 2106 Abs. 2. Wie an jener Stelle ist auch hier einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten physischen Person eine zu jener Zeit noch nicht entstandene juristische Person gleichzustellen. Einer solchen fällt daher das Vermächtnis mit dem Zeitpunkt ihrer späteren Entstehung an; nur solche Vermächtnisse, die einer vom Erblasser errichteten, zur Zeit des Erbfalls noch nicht genehmigten Stiftung zugewendet sind, gelten, wenn die Genehmigung später erfolgt, nach § 84 als bereits mit dem Erbfall angefallen. Der § 2178 gilt nicht für den Fall, daß der Bedachte zur Zeit des Erbfalls schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist, vielmehr wird in diesem Falle der Anfall auf den Erbfall zurückbezogen (§ 1923 Abs. 2; s. Erl. 2 zu § 2176). Der Grundsatz des § 1923 Abs. 2 ist aber auch für die Fälle des § 2178 insofern von Bedeutung, als die nach § 2162 mit dem Ablaufe von dreißig Jahren seit dem Erbfall eintretende Unwirksamkeit des Vermächtnisses schon dadurch ausgeschlossen wird, daß der Bedachte erzeugt ist, wenngleich der Anfall erst mit der Geburt eintritt (§ 2162 Abs. 2; vgl. Strohal I § 31 Anm. 5). Von einer Vererbung der Anwartschaft kann in den Fällen des § 2178 naturgemäß nicht die Rede sein.

§ 2179.

E. I § 1867 Abs. 3; II § 2049 rev. § 2155; III § 2153. P. I S. 9470, 9475; M. V S. 179 ff. P. II Bd. 5 S. 211 f.

Nach § 2179 besteht in denjenigen Fällen, in welchen der Anfall des Vermächtnisses über den Erbfall hinausgeschoben ist, schon vor der Entstehung des Vermächtnisanspruchs eine rechtlich geschützte Anwartschaft des Bedachten. Der rechtliche Schutz wird dadurch gewährt, daß in den gedachten Fällen die Vorschriften entsprechende Anwendung finden, die für den Fall gelten, daß eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird. In Betracht kommen folgende Vorschriften:

1. Nach § 160 kann der Bedachte nach erfolgtem Anfalle des Vermächtnisses von dem Beschwerten Schadensersatz verlangen, wenn dieser während der Zwischenzeit das künftige Recht des Bedachten durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt. Der Beschwerte wird nach Erl. 1 zu § 160 so behandelt, wie wenn er von dem Voranfall an dem Vermächtnisnehmer gegenüber verpflichtet gewesen wäre, dafür zu sorgen, daß der Vermächtnisanspruch nicht beeinträchtigt oder vereitelt werde. Der Beschwerte haftet in betreff der Erfüllung dieser Verpflichtung für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276). Er haftet nach § 278 auch für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung bedient hat (Strohal I § 31 Anm. 8a). Voraussetzung seiner Haftung ist aber stets, daß er von dem Vermächtnisse Kenntnis hat oder sich in schuldhafter Unkenntnis befindet. Ist lediglich der Nacherbe mit einem Vermächtnisse beschwert, so hat der Vermächtnisnehmer, wenn der Vorerbe den Vermächtnisanspruch beeinträchtigt oder vereitelt hat, keinen Ersatzanspruch gegen diesen. Auch gegen den Nacherben steht ihm ein solcher Ersatzanspruch wegen des Verhaltens des Vorerben nicht zu; er kann aber von dem Nacherben, falls diesem ein Ersatzanspruch gegen den Vorerben zusteht, die Abtretung dieses Anspruchs verlangen (Strohal I § 31 Anm. 8a).

§. 2180. Der Vermächtnißnehmer kann das Vermächtniß nicht mehr ausschlagen, wenn er es angenommen hat.

Die Annahme sowie die Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Die Erklärung kann erst nach dem Eintritte des Erbfalls abgegeben werden; sie ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.

Die für die Annahme und die Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften des §. 1950, des §. 1952 Abs. 1, 3 und des §. 1953 Abs. 1, 2 finden entsprechende Anwendung.

---

2. Anwendung finden ferner die prozeßrechtlichen und konkursrechtlichen Vorschriften, die zur Sicherung bedingter oder betagter Ansprüche bestehen (vgl. CPO. § 916 Abs. 2; KO. §§ 54, 67, 96, 154, 156, 168, 171). Zur Wahrnehmung der Rechte des Vermächtnisnehmers ist nötigenfalls nach § 1913 ein Pfleger zu bestellen.

3. Vereitelt der Beschwerte das Vermächtnis vor dem Erbfalle, so findet eine Haftung desselben nur statt, wenn die Voraussetzungen des § 826 vorliegen.

4. Anwendung finden ferner die für bedingte Vermächtnisse geltenden Vorschriften des § 162 über die Folgen der wider Treu und Glauben bewirkten Verhinderung oder Herbeiführung des Eintritts der Bedingung.

5. Tritt während der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfalle des Vermächtnisses ein Umstand ein, der die Entrichtung des Vermächtnisses unmöglich macht, zugleich aber dem Beschwerten einen Ersatz oder Ersatzanspruch verschafft, so kann der Vermächtnisnehmer nach dem Anfalle die Herausgabe des Surrogats bzw. die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen (§ 281; vgl. M. V S. 179; P. II Bd. 1 S. 316 f.).

6. Nach § 159 kann der Erblasser bei bedingten Vermächtnissen die Rückbeziehung der an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt anordnen. Er kann daher auch in dem hier fraglichen Falle die Rückbeziehung der Wirkungen des Anfalls auf den Erbfall anordnen. Selbstverständlich kann damit der § 2162 nicht umgangen werden, es handelt sich vielmehr hauptsächlich um eine Erweiterung des Rechtes auf die Früchte (s. Erl. 5 zu § 2184).

§ 2180.

E. I § 1873; II § 2050 rev. § 2156; III § 2154. P. I S. 9496 ff., 10162, 10168, 10181 f., 10569 ff., 11425; M. V S. 186 ff. P. II Bd. 5 S. 216 ff.

1. Rechtliche Bedeutung der Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses. Nach § 2176 entsteht der Vermächtnisanspruch für den Bedachten kraft Gesetzes vorbehaltlich der Ausschlagung. Von einer Annahme des Vermächtnisses kann daher nur in dem Sinne die Rede sein, daß der mit dem Anfall eingetretene vorläufige Erwerb in einen endgültigen umgewandelt wird, während die Ausschlagung zur Folge hat, daß der Erwerb als gänzlich ungeschehen gilt. Die rechtliche Bedeutung der Annahme und der Ausschlagung ist danach bei dem Vermächtnisse dieselbe wie bei der Erbschaft. Von der Annahme des Vermächtnisses ist die Annahme der Erfüllung zu unterscheiden.

2. Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgen durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Es handelt sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, für deren Wirksamkeit die §§ 130–132 maßgebend sind. Eine Form ist weder für die Annahme, noch (abweichend von § 1945) für die Ausschlagung vorgeschrieben. Die Erklärung kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen, insbesondere kann unter Umständen eine wirksame Ausschlagung darin gefunden werden, daß der Bedachte eine anderweitige Verfügung des Beschwerten über den vermachten Gegenstand geschehen läßt (M. V S. 186 f; Böhm S. 159). Eine Erklärung gegenüber einem Unbeteiligten ist wirkungslos, dagegen wird der Abgabe der Erklärung gegenüber dem Nachlaßpfleger oder dem Testamentsvollstrecker Wirksamkeit beizumessen sein, sofern der Vermächtnisanspruch gegen diese Personen geltend gemacht werden kann (§§ 1960, 1961, § 2213 Abs. 1; Strohal I § 31 Anm. 14).

3. In materieller Hinsicht gilt bezüglich der Annahme und der Ausschlagung folgendes:

a) Die Erklärung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden (Abs. 2 a. E.; vgl. Erl. zu § 1947; RSpr. Bd. 1 S. 486).

b) Die Erklärung kann nicht auf einen Teil des Vermächtnisses beschränkt werden; sie ist, wenn dies geschieht, unwirksam (Abs. 3 in Verbindung mit § 1950). Im Falle der Anwachsung wirkt die hinsichtlich des ursprünglichen Anteils erklärte Annahme oder Ausschlagung auch hinsichtlich des später anfallenden Anteils, wie wenigstens mittelbar aus § 1950 und aus § 2159 hervorgeht (M. V S. 187; P. II Bd. 5 S. 220). Sind demselben Bedachten mehrere Vermächtnisse ausgesetzt, so kann er in Ermangelung einer abweichenden Anordnung des Erblassers das eine annehmen und das andere ausschlagen; daraus, daß eines der mehreren Vermächtnisse beschwert ist, kann für sich allein ein entgegenstehender Wille noch nicht gefolgert werden.

c) Ist das Vermächtnis einer Ehefrau ausgesetzt, so bedarf diese bei gesetzlichem Güterrecht und bei bestehender Gütergemeinschaft zu der Annahme oder der Ausschlagung des Vermächtnisses nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1406 Nr. 1, § 1453 Abs. 1, §§ 1519, 1549). Zur Ausschlagung ist, wenn der Bedachte unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich; eine Ausnahme besteht jedoch, wenn der Anfall an das Kind erst infolge der Ausschlagung des Gewalthabers eintritt und letzterer nicht neben dem Kinde berufen war (§ 1643 Abs. 2, § 1822 Nr. 2).

d) Verfällt der Bedachte nach dem Anfalle des Vermächtnisses in Konkurs, so steht die Annahme oder Ausschlagung nur ihm, nicht dem Konkursverwalter zu (KO. § 9; vgl. die Vorbm. II 3 vor § 1942; Jaeger, Erbenhaftung S. 95 ff.). Die von dem Bedachten getroffene Entscheidung unterliegt weder im Konkurse noch außerhalb desselben der Anfechtung durch seine Gläubiger. Die Ausschlagung des Vermächtnisses ist nicht Schenkung (§ 517; vgl. dort Erl. 1 b).

e) Die abgegebene Erklärung ist unwiderruflich. Dies folgt bezüglich der Annahme unmittelbar aus dem Abs. 1, bezüglich der Ausschlagung aber aus allgemeinen Grundsätzen (vgl. P. II Bd. 5 S. 218).

f) Hinsichtlich der Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 119—124, 142—144. Die besonderen Vorschriften der §§ 1954 ff. über die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft sind nicht übertragbar, insbesondere hat (abweichend von § 1957, vgl. dort Erl. 1) die Anfechtung der Annahme noch nicht die Wirkung der Ausschlagung und die Anfechtung der Ausschlagung noch nicht die Wirkung der Annahme, vielmehr wird mit der Anfechtung lediglich der Zustand der Unentschiedenheit wiederhergestellt. Eine Abweichung gilt nur für den Fall, daß ein Pflichtteilsberechtigter ein ihm hinterlassenes Vermächtnis in Unkenntnis der Tatsache ausgeschlagen hat, daß eine dem Vermächtnis auferlegte Beschränkung oder Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen war. In diesem Falle finden auf die Anfechtung der Ausschlagung nach § 2308 Abs. 2 die Vorschriften der §§ 1954 ff. (mit Ausnahme des § 1955) entsprechende Anwendung.

g) Das Ausschlagungsrecht des Vermächtnisnehmers ist vererblich (Abs. 3 in Verbindung mit § 1952 Abs. 1). Von mehreren Erben des Vermächtnisnehmers kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil des Vermächtnisses ausschlagen (Abs. 3 in Verbindung mit § 1952 Abs. 3, vgl. hierzu Erl. 3, 4 zu § 1952; Strohal I § 31 Anm. 18).

4. Was den **Zeitpunkt der Annahme oder Ausschlagung** betrifft, so kann die Erklärung

a) erst nach dem Eintritte des Erbfalls abgegeben werden (Abs. 2 Satz 2). Vor dem Erbfall ist nur ein vertragsmäßiger Verzicht gegenüber dem Erblasser möglich (§ 2352). Die Annahme, daß die Testamentsverkündung abgewartet werden müsse (Böhm S. 158), ist für das BGB. unbegründet und widerspricht dem Gedanken des § 1946. Zweifelhaft ist dagegen, ob die Erklärung in denjenigen Fällen, in welchen der Anfall des Vermächtnisses erst nach dem Erbfall eintritt, insbesondere bei bedingten und befristeten Vermächtnissen (§ 2177), schon vor dem Anfalle wirksam abgegeben werden kann. Die Frage wird nach dem Wortlaute des Abs. 2 Satz 2 zu bejahen sein, und zwar gleichmäßig für die Annahme wie für die Ausschlagung. So auch Strohal I § 31 Anm. 15a; Böhm S. 158; Frommhold Erl. 2; Wilke Erl. 1; vgl. Erl. 4 zu § 2142; während Meischeider (S. 357 f.) entsprechend der für die Nacherbfolge geltenden Vorschrift des § 2142 Abs. 1 zwar die Ausschlagung, nicht aber die Annahme vor dem Anfalle des Vermächtnisses zulassen will.

b) **Eine Ausschlagungsfrist** ist für das Vermächtnis, abweichend von den nach §§ 1943, 1944 für die Erbschaft geltenden Grundsätzen **nicht vorgeschrieben.** Auch der Erblasser kann

§. 2181. Ist die Zeit der Erfüllung eines Vermächtnisses dem freien Belieben des Beschwerten überlassen, so wird die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig.

---

dem Bedachten nicht eine Frist mit der Wirkung bestimmen, daß nach deren Ablaufe die Ausschlagung unzulässig würde, während es ihm natürlich unbenommen ist, die Wirksamkeit des Vermächtnisses von der Annahme binnen bestimmter Zeit abhängig zu machen. In einem besonderen Falle, nämlich dann, wenn das Vermächtnis einem Pflichtteilsberechtigten ausgesetzt und der Pflichtteilsanspruch durch die Ausschlagung des Vermächtnisses bedingt ist, kann der beschwerte Erbe dem Vermächtnisnehmer eine Frist zur Erklärung bestimmen, mit deren fruchtlosem Ablaufe das Vermächtnis als ausgeschlagen gilt (§ 2307 Abs. 2). In sonstigen Fällen kann der Beschwerte, da der Vermächtnisanspruch mit dem Anfall entstanden ist, dem Bedachten die Leistung des vermachten Gegenstandes anbieten; der Bedachte kommt alsdann, wenn er das Angebot nicht annimmt, in Verzug der Annahme, und der Beschwerte ist zur Hinterlegung befugt (§ 372).

5. **Die Wirkung der Annahme des Vermächtnisses** besteht nach Abs. 1 darin, daß der Bedachte nicht mehr ausschlagen kann. Die Ausschlagung aber hat zur Folge, daß der Anfall von den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (Abs. 3 in Verbindung mit § 1953 Abs. 1) bzw., wenn die Ausschlagung schon vor dem Anfall erklärt wird (s. o. Erl. 4a), daß der Anfall an den Ausschlagenden überhaupt nicht eintritt. Die Ausschlagung kommt, wenn weder ein Ersatzbedachter (vgl. §§ 2190, 2191, 2102, 2069) noch anwachsungsberechtigte Mitbedachte vorhanden sind, dem Beschwerten zustatten. Etwaige Untervermächtnisse werden durch die Ausschlagung nicht berührt (§ 2161, § 2187 Abs. 2). Ist an Stelle des Ausschlagenden ein Ersatzbedachter berufen, so gewinnt die Frage Bedeutung, welcher Zeitpunkt bei der Übertragung der Fiktionen des § 1953 Abs. 2 als der entscheidende anzusehen ist. Es kann dies weder schlechthin der Erbfall noch der Anfall des Vermächtnisses sein. Denn einerseits ist es bei dem Vermächtnisse sehr wohl möglich, daß der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebt; es kann daher nicht darauf abgestellt werden, daß der Ausschlagende zu dieser Zeit nicht gelebt hätte. Andererseits wird der Anfall des Vermächtnisses nicht notwendig dadurch ausgeschlossen, daß der Bedachte bereits gestorben ist, und es würde daher, wenn die Fiktion auf sein Nichtleben zur Zeit des Anfalls abgestellt würde, die Ausschlagung mitunter die Folge haben, daß das Vermächtnis den Erben des Ausschlagenden anfiele, was dem Willen des Erblassers nicht entspricht. Es muß daher derjenige Zeitpunkt entscheiden, in welchem der Vermächtnisnehmer eine vererbliche Anwartschaft auf das Vermächtnis erwirbt (Strohal § 31 Anm. 17). Diesen Zeitpunkt muß der Ersatzbedachte erlebt haben, während es für die Wirksamkeit der Ersatzberufung nicht erforderlich ist, daß er auch den Wegfall des zunächst berufenen Vermächtnisnehmers erlebt (Erl. 2 zu § 2096, Erl. zu § 2190). Natürlich kann aber der im vorstehenden bezeichnete Zeitpunkt nicht die Bedeutung haben, daß mit ihm der Anfall an den Ersatzbedachten als eingetreten anzusehen wäre. In dieser Beziehung ist auch für den Ersatzbedachten der Zeitpunkt maßgebend, in welchem der Anfall an den zunächst Bedachten erfolgt ist bzw. erfolgt sein würde, sofern sich nicht aus der besonderen Sachlage, insbesondere aus der Natur der dem Vermächtnisse beigefügten Bedingung, ein anderes ergibt. Die letzterwähnte Frage ist vorzugsweise wegen des § 2184 (Früchte) von praktischer Bedeutung.

§ 2181.

E. I § 1766; II § 2051 rev. § 2157; III § 2155. P. I E. 9459 ff., 11357, 11442; M. V E. 31. P. II Bd. 5 E. 21.

Die dem gem. Rechte entsprechende **Auslegungsregel** des § 2181, **nach welcher, wenn die Zeit der Erfüllung dem Belieben des Belasteten überlassen ist, die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig wird,** ist bei dem Vermächtnisse für notwendig erachtet worden, während im zweiten Buche unter den allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse eine entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen ist (s. Erl. 3 zu § 271). Das Vermächtnis ist in dem vorausgesetzten Falle spätestens bei dem Tode des Beschwerten zu entrichten, dieser kann aber schon zu früherer Zeit wirksam leisten (vgl. § 271 Abs. 2). Wegen der Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte s. Erl. zu § 2184. Es handelt sich im § 2181 nur um die Fälligkeit, nicht um die Entstehung der Vermächtnisforderung; die §§ 2162, 2163 finden daher keine Anwendung (s. Erl. 1 zu § 163, Erl. 1 zu § 2176, vgl. auch § 2186). Der § 2181 findet nach § 2192 bei der Auflage entsprechende Anwendung.

§. 2182. Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache vermacht, so hat der Beschwerte die gleichen Verpflichtungen wie ein Verkäufer nach den Vorschriften des §. 433 Abs. 1, der §§. 434 bis 437, des §. 440 Abs. 2 bis 4 und der §§. 441 bis 444.

Dasselbe gilt im Zweifel, wenn ein bestimmter nicht zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist, unbeschadet der sich aus dem §. 2170 ergebenden Beschränkung der Haftung.

Ist ein Grundstück Gegenstand des Vermächtnisses, so haftet der Beschwerte im Zweifel nicht für die Freiheit des Grundstücks von Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten.

---

§ 2182.

E. I § 1879; II § 2052 rev. § 2158; III § 2156. P. I S. 9519 ff.; M. V S. 196 ff. P. II Bd. 5 S. 226 ff.

1. In den §§ 2182, 2183 werden **über die Verpflichtungen des Beschwerten bei dem Gattungs- und Verschaffungsvermächtnisse** (§§ 2155, 2170) nähere Vorschriften gegeben. Der § 2182 bestimmt für beide Arten von Vermächtnissen die Verpflichtung des Beschwerten zur tatsächlichen und rechtlichen Gewährung des vermachten Gegenstandes, insbesondere zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte, während der § 2183 sich nur auf das Gattungsvermächtnis bezieht und für dieses die Gewährleistungspflicht wegen Mängel der geleisteten Sache regelt. Bei dem Gattungsvermächtnisse wird wie im § 2155 nur der Fall ins Auge gefaßt, daß eine Sache (§ 90) vermacht ist, während die das Verschaffungsvermächtnis betreffende Vorschrift des § 2182 Abs. 2 sich auf Gegenstände jeder Art bezieht. Sowohl im § 2182 als auch im § 2183 wird Inhalt und Umfang der Verpflichtungen des Beschwerten im Anschluß an die Verpflichtungen des Verkäufers bestimmt. Soweit sich nicht aus einzelnen Sätzen (s. § 2183 Satz 2) oder aus den in Bezug genommenen Vorschriften (z. B. § 443) das Gegenteil ergibt, sind die Bestimmungen der §§ 2182, 2183 nur dispositiver Natur; die auf das Verschaffungsvermächtnis bezügliche Vorschrift des § 2182 Abs. 2 und die auf den besonderen Fall des Vermächtnisses eines Grundstücks beschränkte Vorschrift des § 2182 Abs. 3 sind nur Auslegungsregeln.

Über die Grundsätze, nach welchen bei einem Gattungsvermächtnisse die zu leistende Sache sich bestimmt, entscheidet die Vorschrift des § 2155. Für Geldvermächtnisse sind die §§ 244, 245 maßgebend.

2. Die entsprechende Anwendung der nach Abs. 1 bei dem Gattungsvermächtnis und nach Abs. 2 im Zweifel auch bei dem Verschaffungsvermächtnis maßgebenden Vorschriften führt im einzelnen zu folgenden Ergebnissen:

a) Der Beschwerte hat dem Bedachten die vermachte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Ist ein Recht vermacht (Abs. 2), so ist dieses dem Bedachten zu verschaffen und, wenn es zum Besitz einer Sache berechtigt, diese Sache zu übergeben (§ 433 Abs. 1).

b) Für den rechtlichen Bestand des vermachten Gegenstandes ist dem Bedachten wie folgt Gewähr zu leisten:

α) Der Gegenstand ist frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Bedachten geltend gemacht werden können (§ 434).

β) Ist ein Grundstück oder ein Schiff oder ist ein Recht an einem Grundstück oder einem Schiffe vermacht, so muß der Beschwerte im Grundbuche bzw. Schiffsregister eingetragene Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung bringen, wenn sie im Falle ihres Bestehens das Recht des Vermächtnisnehmers beeinträchtigen würden (§ 435).

γ) Ist eine Forderung oder ein sonstiges Recht vermacht (Abs. 2), so haftet der Beschwerte für den rechtlichen Bestand der Forderung bzw. des Rechtes (§ 437 Abs. 1). Ist ein Wertpapier vermacht (Abs. 1 oder Abs. 2), so haftet der Beschwerte auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§ 437 Abs. 2). Bei einem Verschaffungsvermächtnis erheben sich aber in betreff der Anwendung dieser Regel in verschiedenen Richtungen Zweifel (vgl. Wilke Erl. 2 zu § 2170; Strohal I § 34 Anm. 1). Unbeschränkte Anwendung findet die Regel, wenn der Beschwerte das zu verschaffende Recht erst begründen soll. Soll aber ein

Recht verschafft werden, dessen Bestehen der Erblasser voraussetzte, das aber in Wirklichkeit entweder niemals bestanden hat oder doch zu der Zeit, in welcher die Verpflichtung zur Verschaffung eintrat, nicht mehr bestand, so fragt es sich, ob die Absicht des Erblassers auch für diesen Fall dahin ging, daß der Beschwerte, obwohl die Verschaffung des Rechtes selbst unmöglich war, doch zu der Verschaffung, also nach § 2170 zum Ersatze des Wertes verpflichtet sein soll. Es ist dies eine Auslegungsfrage, für deren Beantwortung sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen läßt. Die Umstände des einzelnen Falles müssen entscheiden. Ergeben diese über die Absicht des Erblassers nichts, so dürfte es in dem gedachten Falle bei der sich aus der objektiven Unmöglichkeit der Leistung nach § 2171 ergebenden Unwirksamkeit des Vermächtnisses verbleiben müssen (a. A. Strohal a. a. O.). Eine ähnliche Frage entsteht, wenn bei dem Vermächtnis eines nicht zur Erbschaft gehörenden Wertpapiers das Aufgebot dieses Papiers zum Zwecke der Kraftloserklärung bereits vor dem oben bezeichneten Zeitpunkt erfolgt war. Die nach der Regel auch für diesen Fall eintretende Haftung des Beschwerten kann unter Umständen als nach der Absicht des Erblassers ausgeschlossen angesehen werden müssen. Erfolgte das Aufgebot erst nach dem oben bezeichneten Zeitpunkte, so dürfte der Beschwerte immer dem Vermächtnisnehmer zum Ersatze des Interesses verpflichtet sein.

δ) Ist eine bewegliche Sache oder ein Recht an einer solchen vermacht, das zum Besitze der Sache berechtigt, so bestimmt sich im Falle der Entwährung der Schadensersatzanspruch des Bedachten wegen Nichterfüllung nach den Vorschriften des § 440 Abs. 2—4, § 441.

ε) Bestreitet der Beschwerte den angeblichen Mangel im Rechte, so trifft den Bedachten die Beweislast (§ 442).

ζ) Eine Vereinbarung, durch welche die dem Beschwerten wegen eines Mangels im Rechte obliegende Gewährleistungspflicht erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Beschwerte den Mangel arglistig verschweigt (§ 443). Auf eine entsprechende Anordnung des Erblassers ist dies nicht zu beziehen, doch kann in einem solchen Falle eine Haftung nach § 826 bestehen.

Wegen der entsprechenden Anwendung des § 436 s. Erl. 4. Ob der Bedachte den Mangel im Rechte kennt (§ 439 Abs. 1), ist abgesehen von § 443 ohne Bedeutung.

c) Der Beschwerte ist verpflichtet, dem Bedachten über die rechtlichen Verhältnisse des vermachten Gegenstandes Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden auszuliefern (§ 444).

3. Hinsichtlich des **Verschaffungsvermächtnisses** erleidet die im Zweifel eintretende entsprechende Anwendung der im § 2182 Abs. 1 bezeichneten Vorschriften die Einschränkung, daß der Beschwerte im Falle der Nichterfüllung dem Bedachten nur nach Maßgabe des § 2170 Abs. 2 für das Interesse einzustehen hat. Dieser im Abs. 2 ausgesprochene Satz war bereits in den M. V S. 197 anerkannt, obwohl der E. I eine besondere Vorschrift über das Verschaffungsvermächtnis nicht enthielt, vielmehr die allgemeinen Grundsätze über die Verpflichtung zur Leistung entscheiden lassen wollte. Auf diese ist auch jetzt zurückzugehen, wenn im einzelnen Falle die Auslegung ergibt, daß die entsprechende Anwendung einer der im Abs. 1 bezeichneten Vorschriften über den Kaufvertrag dem Willen des Erblassers widerspricht. Ist ein zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht, so findet eine Gewährleistung nicht statt (M. V S. 195; vgl. wegen der Belastungen § 2165 Abs. 1, wegen des Zubehörs Erl. 1 zu § 2164; s. auch Wilke Erl. 3). Bei einem Wahlvermächtnisse kommen, je nachdem ein zur Erbschaft gehörender Gegenstand oder eine nur der Gattung nach bestimmte Sache oder ein bestimmter nicht zur Erbschaft gehörender Gegenstand gewählt worden ist, die für die betreffende Vermächtnisart geltenden Grundsätze zur Anwendung (vgl. Erl. 1, 4 zu § 2154; M. V S. 197 f.).

4. Der im Abs. 3 vorausgesetzte Fall, daß ein nicht zur Erbschaft gehörendes Grundstück vermacht ist, wird praktisch nur als Verschaffungsvermächtnis, nicht als Gattungsvermächtnis vorkommen, wenngleich die Vorschrift vermöge ihrer Stellung auch für den letztgedachten Fall gilt. Für ein solches Vermächtnis folgt schon aus der in Abs. 1, 2 vorgeschriebenen Übertragung des § 436, daß der Beschwerte nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten einzustehen hat, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Dies wird im Abs. 3 dahin erweitert, daß der Beschwerte im Zweifel auch nicht für die Freiheit des Grundstücks von Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten haftet. Der Bedachte soll nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers keine Ansprüche wegen solcher Belastungen haben, die bei Grundstücken gewöhnlich sind und den Wert nicht erheblich oder nicht dauernd mindern. Da-

§. 2183. Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache vermacht, so kann der Vermächtnißnehmer, wenn die geleistete Sache mangelhaft ist, verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Hat der Beschwerte einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Vermächtnißnehmer statt der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Mängel einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

§. 2184. Ist ein bestimmter zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht, so hat der Beschwerte dem Vermächtnißnehmer auch die seit dem Anfalle des Vermächtnisses gezogenen Früchte sowie das sonst auf Grund des vermachten Rechtes

---

gegen hat der Beschwerte andere Belastungen (Erbbaurecht, Nießbrauch, Vorkaufsrecht, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschuld) zu beseitigen oder, wenn dies nicht möglich ist, für die Wertminderung Ersatz zu leisten.

5. Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden bei dem Vermächtnisse gleich wie bei der Schenkung trotz der Unentgeltlichkeit des Erwerbes Anwendung. Soweit der Bedachte hierdurch gegen Ansprüche Dritter gesichert ist, fällt der Gewährleistungsanspruch gegen den Beschwerten weg. Zu beachten ist jedoch, daß der Bedachte nach § 816 Abs. 1 Satz 2 dem Bereicherungsanspruche des Berechtigten ausgesetzt ist. Hat der Erblasser einen bestimmten Gegenstand in der Annahme, daß er zur Erbschaft gehöre, vermacht und stellt sich nach der Leistung die Unrichtigkeit dieser Annahme heraus, so kann der Beschwerte in der Regel wegen Unwirksamkeit des Vermächtnisses gemäß § 2169 (vgl. dort Erl. 3) die Leistung kondizieren.

§ 2183.

E. I § 1879; II § 2053 rev. § 2159; III § 2157. P. I E. 9519 ff.; M. V E. 196 ff. P. II Bd. 5 E. 226 ff.

1. Im § 2183 wird die Gewährleistungspflicht des Beschwerten wegen Sachmängel bei dem Gattungsvermächtnis im wesentlichen Anschluß an die Vorschriften des § 480 über den Gattungskauf geregelt. Natürlich kann von einem Rechte auf Wandelung oder Minderung bei dem Vermächtnisse nicht die Rede sein. Dagegen wird dem Bedachten stets das Recht eingeräumt, falls ihm eine mangelhafte Sache geleistet ist, zu verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache *eine mangelfreie geliefert* wird (Satz 1; vgl. § 480 Abs. 1 Satz 1). Statt dessen kann er, wenn der Beschwerte einen Fehler arglistig verschwiegen hat, *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* verlangen (Satz 2; vgl. § 480 Abs. 2 und § 463).

2. Von den nach Satz 3 entsprechend anwendbaren Vorschriften der §§ 459 ff. eignen sich, da die Wandelung und die Minderung ausscheiden, nur verhältnismäßig wenige zur Übertragung. Die Haftung erstreckt sich nach § 459 Abs. 1 auf *Fehler*, die zur Zeit des Überganges der Gefahr vorhanden sind und den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder von dem Erblasser vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder in erheblichem Maße mindern. Hat der Bedachte bei der Annahme der Leistung von dem Fehler *Kenntnis* und behält er sich seine Rechte nicht vor, so hat er keinen Anspruch auf Gewährleistung (§ 460 Satz 1, § 464); ist ihm der Fehler infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, so haftet der Beschwerte nur, wenn er die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hat (§ 460 Satz 2). Eine Vereinbarung über den Erlaß oder die Beschränkung der Gewährleistung ist im Falle des arglistigen Verschweigens nichtig (§ 476). Die dem Bedachten nach § 2183 zustehenden Ansprüche *verjähren* (da hier nur bewegliche Sachen in Betracht kommen) in sechs Monaten seit der Ablieferung (§ 477). Konkurriert der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache mit dem Anspruch auf Schadensersatz, so ist die *Wahl* des Bedachten vollzogen, sobald sich der Beschwerte auf Verlangen des Bedachten mit der einen oder mit der anderen Leistung einverstanden erklärt hat oder zu ihr rechtskräftig verurteilt ist (§ 465; vgl. Erl. 3, 5 zu § 480). Zutreffenden Falles finden auch die Vorschriften über die Gewährleistung wegen *Viehmängel* (§§ 481 ff.) entsprechende Anwendung.

3. Bei dem Verschaffungsvermächtnisse hat der Beschwerte für Sachmängel keine Gewähr zu leisten, da eine vermachte bestimmte Sache nur so, wie sie tatsächlich ist, gewährt werden muß (M. V S. 197).

Erlangte herauszugeben. Für Nutzungen, die nicht zu den Früchten gehören, hat der Beschwerte nicht Ersatz zu leisten.

---

§ 2184.

E. I § 1878; II § 2054 Abs. 1 rev. § 2160; III § 2158. P. I S. 9514 ff., 11358; M. V S. 194 ff. P. II Bd. 5 S. 221 ff., 230 ff.

1. Verpflichtung des Beschwerten zur Herausgabe der Früchte und des sonst auf Grund des vermachten Rechtes Erlangten. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde der Beschwerte die Früchte des vermachten Gegenstandes (fructus naturales und civiles) erst von dem Zeitpunkt an herauszugeben haben, in welchem er in Verzug gerät oder die Vermächtnisforderung rechtshängig wird (§ 286 Abs. 1; § 292 Abs. 2; M. V S. 194; P. II Bd. 5 S. 221 f.). Dieser für das gem. Recht überwiegend verteidigte Satz entspricht jedoch nicht dem anzunehmenden Willen des Erblassers, der nach Möglichkeit den Erfolg herbeiführen will, wie wenn die Vermächtnisanordnung sogleich nach seinem Tode zur Ausführung käme. Das BGB. verpflichtet daher gleich dem preuß. ALR. (I 12 §§ 305 ff.) den Beschwerten, mit dem vermachten Gegenstande die *seit dem Anfalle des Vermächtnisses* (§§ 2176—2178) *gezogenen Früchte* herauszugeben, was um so wichtiger ist, als der Vermächtnisnehmer vor der Annahme der Erbschaft durch den Erben nicht in der Lage ist, diesen in Verzug zu versetzen (s. Erl. 1 zu § 2017). Die in Rspr. Bd. 6 S. 313 vertretene Ansicht, nach welcher die Verpflichtung des Beschwerten zur Herausgabe der Früchte dadurch bedingt sein soll, daß der Bedachte Früchte hätte ziehen können, nach welcher also z. B. der Beschwerte, wenn ein Wohnungsrecht den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, die durch Vermietung der Wohnung gezogenen Mietzinsen nicht herauszugeben braucht, weil der Bedachte die Wohnung nicht hätte vermieten dürfen, dürfte sich weder durch den Wortlaut noch durch den Zweck des § 2184 rechtfertigen lassen. Den Früchten wird gleichgestellt, was der Beschwerte sonst *auf Grund des vermachten Rechtes* z. B. als Erfüllung oder an Erfüllungsstatt *erlangt* hat. Auch die dem Eigentümer gebührende Hälfte des in der Sache gefundenen Schatzes gehört hierher (vgl. Erl. zu § 1370 und Erl. 2 zu § 2111). Zur Herausgabe des im Falle des Unterganges des vermachten Gegenstandes etwa erlangten Ersatzes bzw. zur Abtretung des erlangten Ersatzanspruchs ist der Beschwerte schon nach § 281 verpflichtet (vgl. Erl. zu § 2179). Dagegen wird bezüglich *anderer Nutzungen* als der Früchte, d. h. also der Gebrauchsvorteile (§ 100) im Satz 2 vorgeschrieben, daß der Beschwerte für sie nicht Ersatz zu leisten hat. Bei Nutzungen dieser Art, z. B. der Benutzung eines Landhauses oder Gartens, handelt es sich mehr um Annehmlichkeiten als um feste Geldwerte, auch ist eine Ansammlung und Aufbewahrung solcher Nutzungen nicht möglich. Es entspricht daher der Anschauung des Lebens und dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers, daß der Beschwerte dem Bedachten nichts dafür zu vergüten hat, wenn er solche Vorteile noch eine gewisse Zeitlang genießt und der Bedachte sie solange entbehrt. Auch wenn der Beschwerte dadurch nachweisbar Ersparnisse gemacht hat, ist ein Bereicherungsanspruch gegen ihn nicht begründet (P. II Bd. 5 S. 223, 232). Vom Eintritte des Verzugs oder der Rechtshängigkeit an folgt aber die Haftung des Beschwerten auch in diesem Punkte den allgemeinen Grundsätzen (Wilke Erl. 1).

2. Die Herausgabepflicht des Beschwerten erstreckt sich nur auf wirklich gezogene Früchte; für *versäumte* Früchte (§ 987 Abs. 2) ist kein Ersatz zu leisten, da eine Verwaltungspflicht des Beschwerten nicht anerkannt ist (vgl. Erl. 3a zu § 2174). Im Falle einer vorsätzlichen Unterlassung der Fruchtziehung kann unter Umständen eine Ersatzpflicht auf Grund des § 826 eintreten (Dernburg V § 76 VI 4). Für *nicht mehr vorhandene* Früchte hat der Beschwerte Ersatz zu leisten, wenn er ihren Verlust verschuldet, insbesondere wenn er sie in Kenntnis des Vermächtnisses verzehrt hat. Dagegen haftet er im Falle eines entschuldbaren, d. h. in unverschuldeter Unkenntnis von dem Vermächtnis erfolgten Verbrauchs, nur auf die Bereicherung (P. II Bd. 5 S. 230 ff.). Mit dem Eintritte des Verzugs oder der Rechtshängigkeit verschärft sich die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere haftet der Beschwerte nunmehr auch für versäumte Früchte (§ 292). Die Rechtslage des Beschwerten ist hiernach eine andere als die des mit dem Eigentumsanspruche belangten Besitzers einer fremden Sache, da der letztere einerseits diejenigen Früchte, welche er vor erlangter Kenntnis von dem gegnerischen Rechte zieht, überhaupt nicht herauszugeben braucht, andererseits aber schon von dem Zeitpunkte der erlangten Kenntnis an auf Ersatz für versäumte Früchte haftet (§§ 987, 990, 993). Trotzdem ist die Behauptung, daß es auf die *Kenntnis* des Beschwerten von dem Vermächtnisanfalle nicht ankomme (*Frommhold* Erl. b), zu weitgehend. Denn, wie schon gesagt, ist die Ersatzpflicht des Beschwerten für

§. 2185. Ist eine bestimmte zur Erbschaft gehörende Sache vermacht, so kann der Beschwerte für die nach dem Erbfall auf die Sache gemachten Verwendungen sowie für Aufwendungen, die er nach dem Erbfalle zur Bestreitung von Lasten der Sache gemacht hat, Ersatz nach den Vorschriften verlangen, die für das Verhältniß zwischen dem Besitzer und dem Eigenthümer gelten.

---

verzehrte oder sonst untergegangene Früchte dadurch bedingt, daß er von dem Vermächtnisse Kenntnis gehabt hat oder daß seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht; ohne diese Voraussetzung liegt auch in einer vorsätzlichen Vernichtung kein Verschulden gegenüber dem Bedachten.

3. **Welche Früchte als seit dem Anfalle des Vermächtnisses gezogen anzusehen sind,** bemißt sich nach den Verteilungsgrundsätzen des § 101, insbesondere ist bei regelmäßig wiederkehrenden Erträgen die Teilung nach dem Verhältnisse der Dauer der Berechtigung vorzunehmen (vgl. § 292, § 993 Abs. 2). Hinsichtlich der Fruchtgewinnungskosten entscheidet § 102.

4. **Der § 2184 gilt nur für den Fall, daß ein bestimmter zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist.** Hinsichtlich des Verschaffungsvermächtnisses (§ 2170), des Wahl- und des Gattungsvermächtnisses (§§ 2154, 2155) bewendet es bei den allgemeinen Grundsätzen (s. o. Erl. 1). Übrigens kann bei Vermächtnissen dieser Art von einer Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte erst von dem Zeitpunkt an die Rede sein, in welchem der zu leistende Gegenstand individuell bestimmt und im Besitze des Beschwerten ist, anderenfalls handelt es sich nur um Schadensersatz (vgl. M. V S. 196; P. II Bd. 5 S. 225, 236; Wilke Erl. 3).

5. Die Vorschriften des § 2184 sind **dispositiver Natur.** Ein abweichender Wille des Erblassers ist insbesondere nach der Richtung möglich, daß bei einem aufschiebend bedingten Vermächtnisse die Früchte des vermachten Gegenstandes nicht erst von dem Eintritte der Bedingung (dem Anfalle), sondern schon von dem Erbfall an herausgegeben werden sollen (§ 159; vgl. Erl. zu § 2179). Andererseits wird es, wenn nicht die Entstehung, sondern nur die Fälligkeit der Vermächtnisforderung hinausgeschoben ist, häufig der Absicht des Erblassers entsprechen, daß die Früchte erst von dem Zeitpunkte der Fälligkeit des Vermächtnisses an dem Bedachten gebühren; so namentlich dann, wenn die Zeit der Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist (§ 2181; Strohal I § 33 Anm. 21). Wegen der Zinsrückstände einer vermachten Forderung s. Erl. 2c zu § 2173; Wilke Erl. 2 zu § 2184).

§ 2185.

E. I § 1880; II § 2055 rev. § 2161; III § 2159. P. I S. 9529 ff., 9563 ff., 9567 ff., 11444, 12263; M. V S. 199 ff. P. II Bd. 5 S. 233 ff.

1. Der § 2185 regelt die **Ersatzpflicht des Vermächtnisnehmers wegen der vom Beschwerten gemachten Verwendungen für den Fall, daß eine bestimmte zur Erbschaft gehörende Sache vermacht ist.** Für das Verschaffungsvermächtnis, das Wahl- und das Gattungsvermächtnis sind wegen der geringen praktischen Bedeutung und der großen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle besondere Vorschriften nicht aufgenommen (M. V S. 203; P. II Bd. 5 S. 236; vgl. Erl. 4 zu § 2170). Der Ersatzanspruch des Beschwerten ist nach Analogie des dinglichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer (§§ 994 ff.) gestaltet, und zwar ohne Unterschied, ob der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer der Beschwerte ist. In Betracht kommen nur solche Verwendungen, die der Beschwerte nach dem Erbfalle, wenn auch vor dem Anfalle des Vermächtnisses (§§ 2177, 2178), auf die Sache gemacht hat. Den Verwendungen werden, wie im § 995, Aufwendungen gleichgestellt, die zur Bestreitung von Lasten der Sache gemacht sind. Nach den Vorschriften über Verwendungen richtet sich auch die Erstattungspflicht des Bedachten bezüglich der Kosten eines von dem Beschwerten über die vermachte Sache mit einem Dritten geführten Prozesses (M. V S. 204).

2. **Die Anwendung der für den Eigentumsanspruch geltenden und der daneben in Betracht kommenden allgemeinen Vorschriften über den Ersatz von Aufwendungen führt im einzelnen zu folgenden Ergebnissen:**

a) Notwendige Verwendungen, die der Beschwerte vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und ohne Kenntnis von dem bereits erfolgten Anfalle des Vermächtnisses macht, sind unbedingt zu ersetzen (§§ 994, 995). Bei notwendigen Verwendungen, die erst nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit bzw. nach erlangter Kenntnis gemacht sind, bestimmt sich die Ersatzpflicht nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 684). Die An-

nahme von Wilke (Erl. 4), daß nicht die Kenntnis des Anfalls, sondern mit Rücksicht auf die Vorschriften über die beschränkte Haftung erst die sichere Kenntnis davon, daß das Vermächtnis wirklich zu erfüllen sei, entscheide, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Denn wenn auch die wirkliche Erfüllung noch zweifelhaft ist, muß der Beschwerte doch schon von dem Zeitpunkte des Anfalls wie bei der Rechtshängigkeit mit der Möglichkeit der Herausgabe an den Bedachten rechnen und darf selbst notwendige Verwendungen nur noch entsprechend dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Bedachten vornehmen. Aus demselben Gesichtspunkte dürfte mit Strohal I § 33 Anm. 27 der Kenntnis von dem Anfalle gleich zu stellen sein die Kenntnis davon, daß der Anfall mit einem bestimmten Zeitpunkt oder mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses erfolgen wird. Zweifelhaft ist, ob, wenn die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung kommen, der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn, also des Vermächtnisnehmers, wie Strohal I § 33 Anm. 27 annimmt, nicht in Betracht kommt, wenn der Beschwerte sich durch Unterlassen der Verwendung nach § 1978 haftbar machen würde, oder wenn in einem Falle, in welchem der Eintritt des Anfalls noch ungewiß ist, die Verwendung durch das eigene Interesse des Beschwerten erfordert wird. Eine gewisse Billigkeit spricht zwar für die Berücksichtigung dieser Umstände; mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, deren Anwendung das Gesetz vorschreibt, dürfte eine solche Berücksichtigung aber nicht vereinbar sein.

Die gewöhnlichen Erhaltungskosten und das zur Bestreitung der ordentlichen Lasten Aufgewendete sind dem Beschwerten für die Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen (§ 994 Abs. 1 Satz 2, § 995 Satz 2).

b) Für andere als notwendige Verwendungen kann der Beschwerte Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit und vor erlangter Kenntnis von dem Anfalle des Vermächtnisses, nicht der Fälligkeit, wie Meischeider S. 384 annimmt, gemacht sind und der Wert der Sache durch sie zur Zeit der Herausgabe an den Bedachten noch erhöht ist (§ 996). Der Kenntnis von dem Anfall ist auch hier die in Erl. 1a bezeichnete Kenntnis von dem bevorstehenden Anfalle gleichzustellen.

c) Der aufgewendete Betrag ist dem Beschwerten nach § 256, abgesehen von der Zeit, für welche ihm die Nutzungen verbleiben, zu verzinsen. Von eingegangenen Verbindlichkeiten ist er nach § 257 zu befreien.

d) Soweit nach § 994 Abs. 1 Satz 2, § 995 Satz 2, § 256 Satz 2 (s. vorstehend zu a und c) für die Zeit, für welche dem Beschwerten die Nutzungen verbleiben, Besonderes gilt, können sich aus der im § 2184 enthaltenen Unterscheidung zwischen Früchten und anderen Nutzungen Schwierigkeiten ergeben. Es wird, wenn der Beschwerte Früchte herauszugeben, für den Gebrauch der Sache aber keinen Ersatz zu leisten hat, in erster Linie danach zu entscheiden sein, ob die Aufwendung, deren Ersatz bzw. Verzinsung in Frage steht, für den Fruchtertrag oder für Gebrauchszwecke gemacht ist. Führt diese Unterscheidung nicht zum Ziele, so wird es darauf ankommen, ob der Fruchtertrag oder der Gebrauch als der Hauptzweck der Sache anzusehen ist. Hiernach hat der Beschwerte z. B. die Kosten der Fütterung eines Luxustiers, sofern er dasselbe nicht durch Vermieten nutzt und die Mietgelder daher dem Vermächtnisnehmer herauszugeben verpflichtet ist, solange zu tragen, bis er den Bedachten in Verzug der Annahme versetzt oder aber seinerseits in Verzug gerät (a. A. Strohal I § 33 Anm. 27).

e) Für Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger der Beschwerte geworden ist, kann dieser in demselben Umfang Ersatz verlangen, wie der Vorbesitzer es gekonnt hätte (§ 999 Abs. 1). Dies ist von Wichtigkeit für den Fall, daß ein Nacherbe oder ein Vermächtnisnehmer mit einem Vermächtnisse beschwert ist (Wilke Erl. 2; Strohal I § 33 Anm. 27). Der Vorerbe ist Vorbesitzer und der Nacherbe dessen Rechtsnachfolger, obwohl der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben, sondern des Erblassers ist.

f) Das Recht zur Abtrennung einer Sache, die er mit der vermachten Sache verbunden hat, steht dem Beschwerten nach Maßgabe der §§ 997, 258 zu.

g) Der Beschwerte hat wegen seiner Verwendungen einen selbständigen Ersatzanspruch und ein Zurückbehaltungsrecht nach Maßgabe der §§ 1000—1003. Dafür, daß der Bedachte nicht über den Wert der Sache hinaus in Anspruch genommen werden kann, ist bezüglich der notwendigen Verwendungen durch den § 1001, bezüglich anderer Verwendungen aber schon durch § 996 Sorge getragen. Es besteht daher kein Bedürfnis für eine Kondiktion der Annahmeerklärung (vgl. § 812 Abs. 2), deren Zulässigkeit die M. V S. 201 dahingestellt lassen.

§. 2186. Ist ein Vermächtnißnehmer mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert, so ist er zur Erfüllung erst dann verpflichtet, wenn er die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist.

---

§ 2186.

E. I § 1877; II § 2056 rev. § 2162; III § 2160. P. I S. 9506 ff., 11358; M. V S. 192 f. P. II Bd. 5 S. 221.

1. Die §§ 2186—2188 beziehen sich auf **die Haftung eines mit Vermächtnissen und Auflagen beschwerten Vermächtnisnehmers** und enthalten insofern zugleich Vorschriften über die Auflage. Die §§ 2186, 2187 sichern dem beschwerten Vermächtnisnehmer eine Beschränkung der Haftung, und zwar der § 2186 hinsichtlich der Zeit der Erfüllung, der § 2187 aber hinsichtlich des Gegenstandes der Haftung. Im § 2188 wird dem Vermächtnisnehmer, der eine Kürzung der ihm gebührenden Leistung erleidet, ein über die gewöhnliche Haftungsbeschränkung hinausgehendes Recht beigelegt, die ihm auferlegten Beschwerungen verhältnismäßig zu kürzen. Die Sorge dafür, daß die einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zur Ausführung kommen, kann nach § 2223 einem Testamentsvollstrecker übertragen werden. Im übrigen gelten für das Untervermächtnis dieselben Grundsätze wie für das Vermächtnis, mit dem der Erbe beschwert ist (vgl. insbesondere Erl. 3 zu § 2174).

2. Die Vorschrift des § 2186 bedeutet, daß **die Fälligkeit eines Untervermächtnisses bzw. der einen Vermächtnisnehmer beschwerenden Auflage nicht vor dem Zeitpunkt eintritt, in welchem der Vermächtnisnehmer die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses verlangen kann.** Die Entstehung der Beschwerung (der Anfall des Untervermächtnisses) steht nicht in Frage (a. A. Endemann III § 69 bei Anm. 3), insbesondere handelt es sich nicht um den Fall, daß das Hauptvermächtnis bedingt oder betagt ist. Denn in diesem Falle ist mittelbar auch das Untervermächtnis ein bedingtes oder betagtes, so daß die Forderung des Untervermächtnisnehmers nach § 2177 erst mit dem Eintritte des für das Hauptvermächtnis entscheidenden Ereignisses oder Zeitpunkts zur Entstehung kommt (Erl. 2 zu § 2177). Dies gilt indessen bei einem mit einem Untervermächtnisse beschwerten bedingten Vermächtnisse nur dann, wenn erhellt, daß nur das bedingte Vermächtnis mit dem Untervermächtnisse beschwert werden sollte. Anderenfalls hat der Untervermächtnisnehmer, wenn die Bedingung ausfällt, den Vermächtnisanspruch gegen denjenigen, welchem der Wegfall des zunächst mit dem Untervermächtnisse beschwerten Vermächtnisses unmittelbar zu statten kommt (Windscheid-Kipp III § 647 Zusatz 3). In Fällen dieser Art wird der Anfall des Untervermächtnisses als mit dem Erbfall erfolgt anzusehen sein. Auf seine Geltendmachung findet dann aber der § 2186 Anwendung. Im übrigen trifft der § 2186 zu, wenn entweder kraft letztwilliger Verfügung nur die Fälligkeit des Hauptvermächtnisses hinausgeschoben ist (z. B. § 2181) oder zufolge der dem Erben nach den §§ 1958, 2014, 2015 zustehenden Rechtsbehelfe sich die Erfüllung des Hauptvermächtnisses verzögert (Erl. 1 zu § 2017). Die Vorschrift enthält nicht eine Einrede, sondern eine positive Voraussetzung für die Fälligkeit der fraglichen Beschwerungen. Demgemäß hat der Untervermächtnisnehmer bzw. wer nach §§ 2194, 2223 die Vollziehung der Auflage verlangt, zu beweisen, daß der Vermächtnisnehmer seinerseits Erfüllung verlangen kann.

3. **Daß der Beschwerte das ihm ausgesetzte Vermächtnis angenommen hat, ist nicht Voraussetzung für die Fälligkeit des Untervermächtnisses.** Der beschwerte Vermächtnisnehmer hat auch wegen der seinerseits noch nicht erfolgten Annahme weder eine Einrede noch ein Widerspruchsrecht gegen die gerichtliche Geltendmachung der Beschwerung, wie letzteres nach § 1958 dem Erben zusteht. Wäre die Erfüllung des Untervermächtnisses von der vorherigen Annahme des Hauptvermächtnisses abhängig, so würde, da für letztere keine gesetzliche Frist besteht, der Bedachte der Willkür des Hauptvermächtnisnehmers preisgegeben sein. Es ist daher Sache des Beschwerten, zutreffendenfalls zu beweisen, daß er das ihm zugewendete Vermächtnis ausgeschlagen hat (M. V S. 192). Erfolgt die Ausschlagung erst, nachdem die Klage auf Leistung des Untervermächtnisses erhoben ist, so wird der eingeklagte Anspruch mit Rückwirkung hinfällig und der Untervermächtnisnehmer hat, vorbehaltlich eines Regreßanspruchs nach § 826, die Prozeßkosten zu tragen.

4. Wenn im § 2186 darauf abgestellt wird, ob der Beschwerte die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses zu verlangen berechtigt ist, **so ist daraus nicht zu folgern, daß es darauf, ob der Beschwerte die ihm gebührende Leistung schon tatsächlich erhalten hat, über-**

§. 2187. Ein Vermächtnißnehmer, der mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert ist, kann die Erfüllung auch nach der Annahme des ihm zugewendeten Vermächtnisses insoweit verweigern, als dasjenige, was er aus dem Vermächtniß erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht.

Tritt nach §. 2161 ein Anderer an die Stelle des beschwerten Vermächtnißnehmers, so haftet er nicht weiter, als der Vermächtnißnehmer haften würde.

Die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften des §. 1992 finden entsprechende Anwendung.

---

haupt nicht anläme. Denn der § 2187 ergibt, daß der beschwerte Vermächtnisnehmer nicht aus seinem eigenen Vermögen vorzuschießen braucht (a. A. Wilke Erl. 1; s. jedoch Erl. 1 zu § 2187). Aus dem § 2186 folgt nur so viel, daß der Hauptvermächtnisnehmer, wenn er seinerseits Erfüllung fordern kann, den Untervermächtnisnehmer nicht einfach mit der Erklärung abweisen darf, er habe noch nichts erhalten.

5. Wie alle Vorschriften über die Haftungsbeschränkung ist auch der § 2186 zwingenden Charakters (a. A. Frommhold Erl. zu § 2187). Ordnet der Erblasser an, daß der Vermächtnisnehmer die ihn beschwerende Leistung vor dem Empfange des ihm selbst Zugewendeten machen soll, so läßt sich diese Anordnung nur als eine Bedingung der Zuwendung aufrecht erhalten. Wenn die M. V S. 206 die Frage offen lassen wollen, so ist dabei nicht zu übersehen, daß nach dem E. I (§ 1881 in Verbindung mit §§ 2133 ff.) der beschwerte Vermächtnisnehmer in Höhe des Erlangten mit dem eigenen Vermögen haftete, während im BGB. auch hier der Grundsatz der Haftung cum viribus durchgeführt ist (Erl. 1 zu § 2187).

§ 2187.

E. I § 1876 Abs. 2, § 1881; II § 2057 rev. § 2163; III § 2161. M. I S. 954 ff., 11140, 11358 f., 12238; M. V S. 190 f., 206 f. M. II Bd. 5 S. 271, 237, 834 f.

1. Die Haftung des mit einem Untervermächtnis oder mit einer Auflage beschwerten Vermächtnisnehmers ist, aus ähnlichen Gründen wie die Haftung des Erben, sachlich auf dasjenige beschränkt, was er aus dem Vermächtnis erhält. Die Durchführung dieses Gedankens erfolgt hier in der Art, daß im Abs. 1 dem Vermächtnisnehmer das Recht gewährt wird, die Erfüllung der Beschwerungen auch nach der Annahme seines Vermächtnisses insoweit zu verweigern, als das, was er selbst erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht. Der Vermächtnisnehmer muß jedoch die Beschränkung der Haftung auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege geltend machen und in dieser Beziehung verweist Abs. 3 auf die für die Haftung des Erben gegenüber Vermächtnissen und Auflagen geltenden Vorschriften des § 1992. Demgemäß muß der Vermächtnisnehmer, wenn er von dem Verweigerungsrechte Gebrauch macht, *das seinerseits aus dem Vermächtnis Erlangte zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben* (§ 1992 Satz 1, § 1990 Abs. 1 Satz 2). Er ist für die Verwaltung des ihm vermachten Gegenstandes nach den Vorschriften über den Auftrag bzw. die Geschäftsführung ohne Auftrag verantwortlich, kann nach denselben Vorschriften aber auch Ersatz für etwaige Aufwendungen verlangen (§ 1991 Abs. 1, § 1978). Ein infolge der Erfüllung des Vermächtnisses durch Vereinigung erloschenes Rechtsverhältnis gilt im Verhältnisse zwischen dem beschwerten Vermächtnisnehmer und dem Untervermächtnisnehmer als nicht erloschen (§ 1991 Abs. 2). Ist das Vermächtnis noch nicht erfüllt, so ist der Vermächtnisnehmer nur verpflichtet, seinen Anspruch zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem abzutreten; er braucht weder aus eigenen Mitteln vorzuschießen noch seinen Vermächtnisanspruch im Interesse des Untervermächtnisnehmers gerichtlich oder außergerichtlich geltend zu machen, kann es vielmehr dem letzteren überlassen, seine Befriedigung aus dem abgetretenen Anspruche zu suchen (a. A Wilke Erl. 1, 2; wie hier Strohal I § 32 Anm. 15 Nr. 3, der übrigens mit Recht hervorhebt, daß unter Umständen, insbesondere wenn das Untervermächtnis später fällig ist als das Hauptvermächtnis, der Hauptvermächtnisnehmer dem Untervermächtnisnehmer wegen Nichtgeltendmachung seiner Forderung haftbar werden kann). Die beschränkte Haftung des beschwerten Vermächtnisnehmers beruht wie diejenige des Erben auf dem Prinzipe der Haftung cum viribus hereditatis (s. o. Erl. 1 zu den §§ 1990, 1991). Der Vermächtnisnehmer hat jedoch zufolge des § 1992

§. 2188. Wird die einem Vermächtnißnehmer gebührende Leistung auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben, wegen eines Pflichttheilsanspruchs oder in Gemäßheit des §. 2187 gekürzt, so kann der Vermächtnißnehmer, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, die ihm auferlegten Beschwerungen verhältnißmäßig kürzen.

Satz 2 das Recht, die Herausgabe des seinerseits Erlangten durch Zahlung des Wertes abzuwenden. Sind dem Vermächtnisnehmer mehrere Beschwerungen auferlegt, so muß er mit Rücksicht auf § 1991 Abs. 4 und KO. § 226 das Erlangte den mehreren Bedachten gemeinschaftlich herausgeben bzw. bei der Zahlung des Wertes sie verhältnismäßig berücksichtigen, es sei denn, daß der Erblasser gemäß § 2189 einem Vermächtnis oder einer Auflage den Vorrang vor den übrigen Beschwerungen beigelegt hat (s. die Erl. 1 d zu § 1991; P. II Bd. 5 S. 834). Zur Errichtung eines Inventars ist der beschwerte Vermächtnisnehmer nur insoweit verpflichtet, als sich eine solche Verpflichtung aus § 1991 Abs. 1, § 1992 in Verbindung mit § 1978 Abs. 1, §§ 666, 667, 681, 260 herleiten läßt; eine entsprechende Anwendung der §§ 1993 ff. findet nicht statt. Im übrigen vgl. Strohal I § 32 Anm. 15; Meischeider S. 332 ff.; Böhm S. 371 f.

2. **Fällt der beschwerte Vermächtnisnehmer durch Ausschlagung ꝛc. weg,** so ist nach § 2161 derjenige beschwert, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommt. In einem solchen Falle soll jedoch der Bedachte keinenfalls größere Rechte erlangen, als er sie gegen den ursprünglich Beschwerten haben würde. Demgemäß ist im Abs. 2 vorgeschrieben, daß, wer an die Stelle des beschwerten Vermächtnisnehmers tritt, sei es ein Ersatzvermächtnisnehmer, sei es ein Mitbedachter zufolge des Anwachsungsrechts, sei es der Erbe, nicht weiter haftet, als nach Abs. 1 der Vermächtnisnehmer haften würde.

3. **Nach CPO. § 786 finden die für die prozessualische Geltendmachung der beschränkten Haftung des Erben maßgebenden Vorschriften, soweit sie übertragbar sind, auf die beschränkte Haftung des Vermächtnisnehmers entsprechende Anwendung.** Der Vermächtnisnehmer kann die Beschränkung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten ist (§ 780 Abs. 1). Die Beschränkung bleibt bei der Zwangsvollstreckung unberücksichtigt, bis auf Grund ihrer von dem Vermächtnisnehmer Einwendungen erhoben werden (§ 781). Die Erledigung der Einwendungen erfolgt entsprechend den §§ 767, 769, 770 im Wege der Klage unter Zulassung einstweiliger gerichtlicher Anordnungen (§ 785). Möglich ist übrigens, daß schon in dem Hauptprozesse durch Urteil festgestellt wird, daß der Vermächtnisnehmer entweder überhaupt nicht mehr oder daß er nur mit bestimmten Gegenständen haftet (s. Strohal § 32 Anm. 15 Nr. 3).

4. **Sind derselben Person mehrere Vermächtnisse zugewendet** und für jedes derselben Untervermächtnisse bestimmt, so bestimmen sich die dem Vermächtnisnehmer nach Erl. 1, 3 zustehenden Rechte für jedes der ihm zugewendeten Vermächtnisse und die darauf gelegten Untervermächtnisse selbständig und ohne Rücksicht auf die anderen Vermächtnisse.

§ 2188.

E. I § 1882; II § 2058 reb. § 2164; III § 2162. P. I E. 9557 f., 12248; M. V E. 207. P. II Bd. 5 E. 237.

Verhältnismäßige Kürzung der einem Vermächtnis auferlegten Beschwerungen im Falle der Kürzung des Vermächtnisses. Die einem Vermächtnisnehmer gebührende Leistung kann infolge der beschränkten Haftung des Erben, sei es im Nachlaßkonkurse (KO § 226), sei es gemäß §§ 1990, 1991 oder § 1992, eine Kürzung erleiden. Dasselbe Ergebnis kann infolge eines Pflichtteilsanspruchs eintreten (vgl. § 2318 Abs. 1, §§ 2322, 2323, 2324). Endlich kann die beschränkte Haftung eines beschwerten Vermächtnisnehmers zu einer Kürzung der ihn beschwerenden Untervermächtnisse führen (§ 2187). Ist in einem solchen Falle das gekürzte Vermächtnis seinerseits mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so ist nach § 2188 der beschwerte Vermächtnisnehmer auch dann, wenn das ihm von der Zuwendung Verbleibende zur Erfüllung jener Vermächtnisse oder Auflagen noch ausreicht, gleichwohl befugt, die ihm auferlegten Beschwerungen verhältnismäßig zu kürzen. Der Beschwerte soll nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers den Nachteil der Kürzung nicht allein tragen, vielmehr sollen er und die zu seinen Lasten Bedachten so behandelt werden, als ob sie nebeneinander bedacht wären (nicht „beschwert", wie es in den Motiven heißt). Die Vorschrift entspricht im wesentlichen dem bis-

§. 2189. Der Erblasser kann für den Fall, daß die dem Erben oder einem Vermächtnißnehmer auferlegten Vermächtnisse und Auflagen auf Grund der Beschränkung der Haftung des Erben, wegen eines Pflichttheilsanspruchs oder in Gemäßheit der §§. 2187, 2188 gekürzt werden, durch Verfügung von Todeswegen anordnen, daß ein Vermächtniß oder eine Auflage den Vorrang vor den übrigen Beschwerungen haben soll.

§. 2190. Hat der Erblasser für den Fall, daß der zunächst Bedachte das Vermächtniß nicht erwirbt, den Gegenstand des Vermächtnisses einem Anderen zugewendet, so finden die für die Einsetzung eines Ersatzerben geltenden Vorschriften der §§. 2097 bis 2099 entsprechende Anwendung.

---

herigen Rechte. Sie ist, wie die Fassung ergibt, eine Auslegungsregel (s. Bd. I S. 24; a. A. Böhm S. 169 und Frommhold; Herzfelder Erl. I B 2 zu §§ 2186–2188) Ist ein bestimmter unteilbarer Gegenstand vermacht, so wird der Beschwerte zunächst den Bedachten aufzufordern haben, ihm gegen Herausgabe des Gegenstandes einen entsprechenden Beitrag zu leisten. Geht der Bedachte hierauf nicht ein, so ist der Beschwerte befugt, den Schätzungswert zu entrichten und hierbei die Kürzung vorzunehmen (vgl. Erl 2 zu § 1992). Daß dem Erben, abgesehen von der Beschränkung der Haftung, kein Recht zur Kürzung von Vermächtnissen (quarta Falcidia) zusteht, ist bereits in der Vorbm. IV 4 hervorgehoben.

§ 2189.

E. I § 2117 Abs. 2 Nr. 4; II § 2059 rev. § 2165; III § 2163. P. I E. 11140 ff.; M. V E. 638. P. II Bd. 5 E. 770; Bd. 6 E. 319.

Verfügungen des Erblassers, durch welche einem Vermächtnis oder einer Auflage der Vorrang eingeräumt wird. Die Vorschrift ist im Anschluß an gleichartige Bestimmungen des bisherigen Rechtes (code civ. art. 927; sächs. GB. § 2445) getroffen. Wegen der Fälle der Kürzung s. Erl. zu § 2188; den dort genannten Fällen tritt hier noch die Kürzung nach § 2188 hinzu. Die Anordnung des Erblassers behält auch im Nachlaßkonkurs ihre Wirksamkeit (KO. § 226 Abs. 3 Satz 2). Gesetzliche Vorzugsrechte für einzelne Arten von Vermächtnissen sind dem BGB unbekannt, jedoch steht im Nachlaßkonkurs ein Vermächtnis, durch welches das Recht des Bedachten auf den Pflichtteil nach § 2307 ausgeschlossen wird, soweit es den Pflichtteil nicht übersteigt, im Range den Pflichtteilsrechten gleich (KO. § 226 Abs. 3 Satz 1).

§ 2190.

E. I § 1871 Abs. 2 Satz 2, § 1883; II § 2060 rev. § 2166; III § 2164. P. I E. 9489 f., 9494, 9558 f.; M. V E. 186, 207 f. P. II Bd. 5 E. 216, 237.

Wie bei der Erbeinsetzung ist auch bei dem Vermächtnis eine **Ersatzberufung** zulässig. Die Fälle für die sie von Bedeutung ist, sind trotz der abweichenden Fassung dieselben, in denen nach § 2158 bei einem gemeinschaftlichen Vermächtnisse die Anwachsung eintritt (vgl. Erl. 1 b zu § 2158). Das Ersatzvermächtnis wird im § 2190 durch Verweisung auf die Vorschriften über die Ersatzerbeinsetzung geregelt. Hinsichtlich der entsprechenden Anwendung der angezogenen Paragraphen ist nur zu bemerken, daß § 2098 nur dann übertragbar ist, wenn mehrere Vermächtnisnehmer mit demselben Gegenstande bedacht sind und einer von ihnen wegfällt. Sind dagegen mehrere mit verschiedenen Vermächtnissen Bedachte gegenseitig oder sind für einen von ihnen die übrigen als Ersatzbedachte berufen, so teilen sie im Zweifel zu gleichen Teilen, nicht etwa nach dem Verhältnisse des Wertes ihrer ursprünglichen Vermächtnisse. Wegen der entsprechenden Anwendbarkeit des § 2102 (Verhältnis der Ersatzberufung zur Nachberufung) s. § 2191, wegen der stillschweigenden Ersatzberufung der Abkömmlinge des Bedachten s § 2069. An Stelle des Ersatzbedachten kann ein weiterer Ersatzbedachter berufen werden Betreffs der Frage, ob die Wirksamkeit der Ersatzberufung davon abhängt, daß der Ersatzbedachte den Wegfall des vor ihm Berufenen erlebt, gilt auch hier das in der Erl. 2 zu § 2096 Ausgeführte, der Ersatzvermächtnisnehmer braucht also nur den Erbfall, nicht den Wegfall des zunächst bedachten Vermächtnisnehmers erlebt zu haben, vgl. Strohal I § 29 III 4).

§. 2191. Hat der Erblasser den vermachten Gegenstand von einem nach dem Anfalle des Vermächtnisses eintretenden bestimmten Zeitpunkt oder Ereigniß an einem Dritten zugewendet, so gilt der erste Vermächtnißnehmer als beschwert.

Auf das Vermächtniß finden die für die Einsetzung eines Nacherben geltenden Vorschriften des §. 2102, des §. 2106 Abs. 1, des §. 2107 und des §. 2110 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

---

§ 2191.

E. I §§ 1884, 1885; II § 2061 rev. § 2167; III § 2165. P. I S. 9559 ff., 12248; M. V S. 206 ff. P. II Bd. 5 S. 237.

1. Nachvermächtnis. Der § 2191 betrifft die fideikommissarische Substitution bei Vermächtnissen, die in der bisherigen Theorie auch als sukzessives Vermächtnis, im E. I aber im Anschluß an die Nacherbeinsetzung als Nachvermächtnis bezeichnet wurde. Wie bei der Nacherbeinsetzung die Erbschaft oder ein Bruchteil derselben, so geht bei dem Nachvermächtnisse der vermachte Gegenstand oder ein Bruchteil desselben, nachdem er zunächst dem ersten Bedachten (dem Vorvermächtnisnehmer) angefallen (§§ 2176—2178), nach der Anordnung des Erblassers mit einem bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis auf einen anderen Bedachten (den Nachvermächtnisnehmer) über. Ein wesentlicher Unterschied liegt aber darin, daß der Übergang sich nicht von Rechts wegen vollzieht, vielmehr gemäß dem Grundsatze des § 2174 auch für den Nachbedachten nur das Recht begründet wird, die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern. Der erste Vermächtnisnehmer hat den vermachten Gegenstand an den Nachvermächtnisnehmer herauszugeben, er ist mit dem Nachvermächtnisse beschwert. Dadurch, daß dies im § 2191 Abs. 1 besonders ausgesprochen ist, wird klargestellt, daß eine Anordnung des dort bezeichneten Inhalts ohne Rücksicht auf den Wortlaut als ein Nachvermächtnis, nicht als ein den Erben beschwerendes zweites Vermächtnis anzusehen ist (M. V S. 209). Voraussetzung dafür, daß das Nachvermächtnis als solches wirksam wird, ist allerdings, daß der erste Bedachte das Vermächtnis annimmt, anderenfalls kann es nur nach Abs. 2 in Verbindung mit § 2102 Abs. 1 als Ersatzvermächtnis bestehen. Gegenstand des Nachvermächtnisses kann übrigens nicht nur eine bestimmte Sache oder ein bestimmtes Recht, sondern auch eine Menge vertretbarer Sachen, insbesondere eine Geldsumme sein (M. V S. 209). Die volle Identität des Gegenstandes ist also nicht erforderlich. Ist dagegen dem ersten Bedachten eine Leistung anderen Inhalts auferlegt, als er selbst zu fordern hatte, so liegt nicht ein Nachvermächtnis, sondern ein bedingtes oder befristetes Untervermächtnis vor.

2. Die für das Nachvermächtnis anwendbaren Vorschriften über Nacherbeinsetzung. Das BGB. hat abweichend von einzelnen bisherigen Rechten die Regelung des Nachvermächtnisses nicht allgemein an die der Nacherbeinsetzung angeschlossen. Die wesentlichen Verschiedenheiten, die daraus entspringen, daß hier ein einzelner Gegenstand, dort aber ein ganzes Vermögen betroffen ist und daß bei der Nacherbschaft sich der Übergang kraft Gesetzes vollzieht, bei dem Nachvermächtnis aber nur ein obligatorischer Anspruch auf die Übertragung besteht, lassen eine allgemeine Verweisung auf die Vorschriften des dritten Titels untunlich erscheinen. Nur einzelne Vorschriften über die Einsetzung eines Nacherben werden im § 2191 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt. Danach enthält das Nachvermächtnis im Zweifel auch eine Ersatzberufung (§ 2102 Abs. 1); eine Verfügung aber, die es zweifelhaft läßt, ob der Erblasser ein Ersatzvermächtnis oder ein Nachvermächtnis gewollt hat, ist im ersteren Sinne zu verstehen (§ 2102 Abs. 2). Hat der Erblasser den Zeitpunkt oder das Ereignis nicht bestimmt, von welchem ab er den vermachten Gegenstand dem Nachvermächtnisnehmer zuwenden will, so tritt der Anfall des Vermächtnisses an diesen mit dem Tode des Vorvermächtnisnehmers ein (§ 2106 Abs. 1). Ist das Vermächtnis zunächst einem Abkömmlinge des Erblassers, der zur Zeit der Testamentserrichtung (soviel der Erblasser weiß) keinen Abkömmling hat, und für die Zeit nach dessen Tode einem Dritten zugewendet, so gilt das Nachvermächtnis als nur für den Fall angeordnet, daß der zunächst bedachte Abkömmling ohne Nachkommenschaft stirbt (§ 2107). Bei einem gemeinschaftlichen Vermächtnis erstreckt sich das Recht des Nachbedachten im Zweifel auf einen Anteil, der dem Vorbedachten infolge des Wegfalls eines Mitbedachten (durch Ersatzberufung oder Anwachsung) anfällt (§ 2110 Abs. 1).

Die Vorschriften über die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Vorerben und des Nacherben (§§ 2111—2138) sind im § 2191 Abs. 2 nicht angezogen und daher auf das Nachvermächtnis

Fünfter Titel.
Auflage.

nicht übertragbar. Der Vorvermächtnisnehmer ist mithin von den besonderen Beschränkungen und Verpflichtungen des Vorerben frei, er haftet nur so, wie ein mit einem gewöhnlichen bedingten oder befristeten Vermächtnisse Beschwerter in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfalle des Vermächtnisses haftet (§§ 2177, 2179, 160, vgl. Wilke Erl. 5). Droht jedoch dem bedingten oder befristeten Anspruche des Nachvermächtnisnehmers die Gefahr der Vereitelung, so besteht die Möglichkeit, daß der Vorvermächtnisnehmer im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß CPO. §§ 935, 938 auch zu solchen Sicherungsmaßregeln angehalten wird, wie sie dem Vorerben kraft zivilrechtlicher Verpflichtung obliegen (§§ 2116 ff., 2121 ff.). Zur Herausgabe von Surrogaten (vgl. § 2111) ist der Vorvermächtnisnehmer nur in dem durch § 281, § 2164 Abs. 1, § 2169 Abs. 3 bestimmten Umfange verpflichtet.

3. Die Wirksamkeit eines Nachvermächtnisses ist nach §§ 2162, 2163 grundsätzlich auf die Zeitdauer von dreißig Jahren nach dem Erbfalle begrenzt. Innerhalb dieser Frist kann die Herausgabe an einen anderen Bedachten beliebig oft angeordnet werden.

Fünfter Titel.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897 S. 529 ff.; Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage 1897 S. 78 ff.; Schultze, Treuhänder im geltenden Recht, in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 88 ff.; Kohler, Ansprüche zugunsten eines Dritten, im Arch. f. Bürg. R. Bd. 21 S. 259 ff.

1. Die Vorschriften des BGB. über die Auflage schließen sich dem gemeinrechtlichen Rechtsgebilde des modus an, das als „Zweckbestimmung", „Endzweck", „Zweck" oder „Auflage" in verschiedener Gestalt in die neueren Rechte übergegangen ist. Das BGB. hat für die Auflage nicht wie für die Bedingung und die Zeitbestimmung (vgl. §§ 158 ff.) allgemeine Vorschriften aufgestellt, vielmehr den Begriff nur bei der Schenkung und bei den Verfügungen von Todes wegen verwendet (§§ 525—527; §§ 1940, 2192—2196, 2278, 2279, 2299).

Auf dem Gebiete des Erbrechts ist die Auflage im Sinne des BGB. eine besondere Art der Verfügung von Todes wegen, deren Eigentümlichkeit darin besteht, daß sie für den Beschwerten auf Grund eines Erwerbes von Todes wegen (Erbschaft oder Vermächtnis) die erzwingbare Verpflichtung zu einer Leistung begründet, ohne einem anderen einen materiellen Anspruch auf die Leistung zuzuwenden (§ 1940). Durch dieses negative Begriffsmerkmal unterscheidet sich die Auflage von dem Vermächtnisse, dem sie im übrigen am nächsten steht (M. V S. 10, 211). Vgl. wegen des Begriffs noch die Erl. 2 zu § 1940; wegen des Unterschiedes von der Bedingung und von der in der gemeinrechtlichen Theorie aufgestellten Rechtskategorie der Voraussetzung s. auch die Vorbm. 2 vor § 158 Bd. I S. 274; M. V S. 11, 212; Endemann III § 73 Anm. 2. Wegen der Verwandtschaft des Zweckes berührt sich die Auflage trotz der rechtlichen Verschiedenheit mit der Stiftung; vgl. hierüber Erl. 4 zu § 79; Endemann a. a. O. Anm. 3—6.

2. Von dem möglichen Inhalte der Auflage ist bereits in der Erl. 3 zu § 1940 gehandelt worden (s. auch Strohal I § 38 II und Erl. 2 zu den §§ 1937—1941 [letztwillige Schiedsgerichtsklausel] und dazu Endemann III § 48 Anm. 17, 18; Strohal I § 23 Anm. 4; Erl. 3 zu § 2044 [Teilungsverbot für Miterben]). Über die Zulässigkeit von Anordnungen über das Begräbnis s. Erl. 4 zu § 1968. Kein Grund besteht, die Anordnung der Feuerbestattung für unzulässig zu erklären (Hilse, im Arch. f. Bürg. R. 1905 S. 361 ff.; Peiser § 5 Anm. 3; a. A. Josef im Recht 1905 S. 103; vgl. auch Sandheim im Recht 1905 S. 43). Daß die Auflage den Beschwerten auch zu einem Unterlassen verpflichten kann, ergibt sich ohne weiteres aus § 241. Insbesondere kann hiernach auch ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot in der Rechtsform der Auflage, also mit der Beschränkung auf eine obligatorische Wirkung gültig getroffen werden (M. V S. 214; vgl. Erl. 6 zu § 135; Böhm S. 175; Reichel, Das letztwillige Veräußerungsverbot im Deutschen BGB.; Sächs. Arch. Bd. 12, Nr. 3, 4). Beschränkungen der Auflage aus dem Gesichtspunkte des Mangels eines verständigen Interesses sind nicht aufgenommen worden. Die Mehrheit beider Kommissionen war der Ansicht, daß das fragliche Moment kein geeignetes Unterscheidungsmerkmal bilde, daß

§. 2192. Auf eine Auflage finden die für letztwillige Zuwendungen geltenden Vorschriften der §§. 2065, 2147, 2148, 2154 bis 2156, 2161, 2171, 2181 entsprechende Anwendung.

---

vielmehr eine darauf abstellende Vorschrift bei der Verschiedenheit der persönlichen Anschauungen dazu führen würde, die Veranlassung zu einer letztwilligen Verfügung einer ganz ungewöhnlichen und in ihren Ergebnissen unberechenbaren Kritik der Gerichte auszusetzen (M. V S. 213 f.; P. II Bd. 5 S. 241 f.). Gegenüber einem offenbaren Mißbrauche des Verfügungsrechts werden sich die in den §§ 138, 2171, 2192 gezogenen Schranken in der Regel als ausreichend erweisen (a. A. Dernburg V § 86 III, der Auflagen zu unvernünftigen oder lächerlichen Leistungen allgemein für unwirksam hält). Ferner ist eine Auflage nicht deshalb unwirksam, weil ihre Erfüllung lediglich zugunsten des Beschwerten gereicht. Das ideale Interesse, das der Erblasser an der Erfüllung der Auflage hat, reicht aus, um auch in solchen Fällen eine rechtsgültige Verbindlichkeit entstehen zu lassen. Voraussetzung ist natürlich, daß der Erblasser diesen Erfolg gewollt und nicht nur ein sog. nudum praeceptum beabsichtigt hat (M. V S. 213; vgl. Erl. 1 b zu § 525; a. A. Endemann III § 73 Anm. 7, 9).

3. **Die aus der Auflage entspringende Verbindlichkeit** ist nach § 1967 Abs. 2 eine **Nachlaßverbindlichkeit.** Dieselbe wird hinsichtlich ihrer rechtlichen Behandlung, insbesondere in bezug auf die beschränkte Haftung des Erben und das Pflichtteilsrecht, durchgängig der Verbindlichkeit aus dem Vermächtnisse gleichgestellt (s. Erl. 3 zu § 2174; Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs S. 67). Über die rechtliche Stellung derjenigen Personen, welchen das Recht beigelegt wird, die Vollziehung der Auflage zu verlangen s. Erl. 1 zu § 2194. Die Klage auf Vollziehung der Auflage kann im Gerichtsstande der Erbschaft erhoben werden (ZPO. § 27).

§ 2192.

E. I § 1886; II § 2062 rev. § 2168; III § 2166. P. I S. 9592 ff., 11359, 11459 f.; M. V S. 211 f. P. II Bd. 5 S. 240 ff., 305, 306.

1. **Entsprechende Anwendung einzelner Vorschriften über letztwillige Zuwendungen auf Auflagen.** Da die Auflage keinen selbständigen Anspruch des Empfängers begründet, gehört sie im Sinne des BGB. nicht zu den letztwilligen Zuwendungen (vgl. Vorbm. 2 zu Abschnitt 3, Titel 1 [S. 336]; für die Ansicht von Endemann § 65 Anm. 3, daß diese Auffassung in den §§ 1940, 2195 nicht festgehalten sei, dürfte es an einem Grunde fehlen). Es werden aber im § 2192 eine Anzahl von Vorschriften für letztwillige Zuwendungen, und zwar, abgesehen von den allgemeinen Sätzen des § 2065, solche Vorschriften, die zunächst für das Vermächtnis aufgestellt sind, auf die Auflage für entsprechend anwendbar erklärt.

Bei dem § 2065 kommt, da der Abs. 1 unmittelbare Geltung hat (s. Erl. 2), eine entsprechende Anwendung nur hinsichtlich des Abs. 2 in Betracht. Der aus letzterer Vorschrift abzuleitende Satz, daß der Erblasser die Bestimmung der Person des Empfängers und die Bestimmung des Gegenstandes die Auflage nicht einem anderen überlassen kann, wird jedoch durch den entsprechend anwendbaren § 2156 und durch den § 2193 erheblich eingeschränkt. Durch die Verweisung auf die §§ 2147, 2148 wird die Frage der Beschwerung mit einer Auflage geregelt. Beschwerter kann, wie auch schon im § 1940 ausgesprochen ist, ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer sein; in Ermangelung einer gegenteiligen Bestimmung ist es der Erbe. Mehrere Beschwerte sind nach dem Verhältnisse dessen, was sie aus der Erbschaft erhalten, belastet. Zu den §§ 2154—2156, die sich hierher übertragen auf den möglichen Gegenstand der Auflage beziehen (Wahl zwischen mehreren Leistungen, Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache, Bestimmung der Leistung durch einen anderen nach billigem Ermessen bei Angabe des Zweckes durch den Erblasser), ist zu beachten, daß die §§ 2151—2153 nicht mit angezogen sind (s. die Erl. 1 zu § 2193). Die Übertragung des § 2161 ergibt, daß auch die Auflage im Zweifel nicht an die Person des Beschwerten gebunden ist, vielmehr, wenn dieser wegfällt, denjenigen belastet, welchem der Wegfall zustatten kommt. Aus dem § 2171 ergeben sich die notwendigen Grenzen des Inhalts der Auflage. Unwirksam ist hiernach eine Auflage, die auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstößt; jedoch finden die Vorschriften des § 308 entsprechende Anwendung. Nicht für anwendbar erklärt sind die Vorschriften der §§ 2169, 2170 über das Vermächtnis von Gegenständen, die nicht zu der Erbschaft gehören. Ihre entsprechende Anwendung dürfte sich indessen in solchen Fällen rechtfertigen, in welchen nach dem Inhalte der

§. 2193. Der Erblasser kann bei der Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen.

Steht die Bestimmung dem Beschwerten zu, so kann ihm, wenn er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurtheilt ist, von dem Kläger eine angemessene Frist zur Vollziehung bestimmt werden; nach dem Ablaufe der Frist ist der Kläger berechtigt, die Bestimmung zu treffen, wenn nicht die Vollziehung rechtzeitig erfolgt.

Steht die Bestimmung einem Dritten zu, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Kann der Dritte die Bestimmung nicht treffen, so geht das Bestimmungsrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des §. 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung; zu den Betheiligten im Sinne dieser Vorschrift gehören der Beschwerte und diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt sind.

Auflage ein individuell bestimmter Gegenstand zu einem bestimmten Zwecke verwendet werden soll (Windscheid-Kipp III § 668 Zusatz: Auflage Nr. 6). Aus dem § 2181 ergibt sich, daß eine Auflage, deren Vollziehungszeit dem freien Ermessen des Beschwerten überlassen ist, im Zweifel mit dessen Tode fällig ist.

Hervorzuheben ist, daß eine entsprechende Anwendung der §§ 2162, 2163 nicht stattfindet. Eine Auflage behält mithin ihre Wirksamkeit, wenn sie auch erst nach längerer Zeit als dreißig Jahre seit dem Erbfall erfüllt werden soll. Die zweite Kommission hat einen Antrag auf Einführung einer zeitlichen Beschränkung in der Erwägung abgelehnt, daß ein Bedürfnis hierzu bei der Auflage nicht bestehe, andererseits auch berechtigte Interessen beeinträchtigt werden könnten; insbesondere müßten solche Anordnungen unverkürzt zugelassen werden, nach denen aus einem Kapital erst nach längerer Zeit, vielleicht nach vorgängiger Ansammlung von Zinsen, wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind (P. II Bd. 5 S. 241—243, 308).

2. **Über die beschränkte Haftung eines mit einer Auflage beschwerten Vermächtnisnehmers sowie über das Rangverhältnis mehrerer Vermächtnisse und Auflagen** geben die §§ 2186—2189 Vorschriften (s. die Erl. zu diesen Paragraphen).

3. **Anwendbar auf Auflagen sind selbstverständlich auch die allgemeinen Vorschriften des ersten Titels über letztwillige Verfügungen,** soweit sie sich nicht ausschließlich auf letztwillige Zuwendungen beziehen. Zur Anwendung kommen daher die §§ 2064, 2065 Abs. 1, §§ 2078—2086.

§ 2193.

E. II § 2063 rev. § 2169; III § 2167. M. II Bd. 5 S. 30 ff.

1. Der von der zweiten Kommission aufgenommene § 2193 enthält eine wichtige **Ausnahme von dem nach § 2192 auch für die Auflage anerkannten Grundsatze des § 2065 Abs. 2,** nach welchem der Erblasser die Bestimmung der Person, an die auf Grund der letztwilligen Verfügung eine Leistung erfolgen soll, nicht einem anderen überlassen kann. Des praktischen Bedürfnisses wegen ist dem Erblasser gestattet, sofern er den Zweck der Auflage bestimmt, die Bestimmung der Person des Empfängers dem Beschwerten oder einem Dritten zu überlassen. Bei dem Vermächtnis ist dem Erblasser nach § 2156 (der nach § 2192 auch für die Auflage gilt) eine solche Freiheit nur betreffs der Bestimmung der Leistung zugestanden. Der Zweck der Auflage ist auch dann genügend gekennzeichnet, wenn der Erblasser die Person der Empfänger allgemein angegeben hat z. B. für die Armen (vgl. jedoch die für diesen Fall regelmäßig anwendbare Auslegungsregel des § 2072), für fleißige Schüler. Erhellt der Zweck der Auflage aus der Anordnung nicht, so ist die Verfügung nur wirksam, wenn die Person des Empfängers soweit bestimmt ist, wie der § 2065 (s. dort Erl. 2, 3) dies erfordert. Die für Vermächtnisse nach den §§ 2151—2153 bestehenden Erweiterungen der Verfügungsmacht des Erblassers haben für die Auflage keine Geltung, wie sich aus dem Mangel eines entsprechenden Zitats im § 2192 ergibt (so auch Frommhold Erl. 1; Endemann III § 73 Anm. 17; a. A. Dernburg V § 87 Anm. 2). Die zweite Kommission war allerdings der Ansicht, daß bei der Auflage hinsichtlich der Person des Empfängers „mindestens keine strengere Behandlung eintreten dürfe" als bei dem Vermächtnis, und übertrug der Redaktionskommission die Prüfung der Frage,

§. 2194. Die Vollziehung einer Auflage können der Erbe, der Miterbe und derjenige verlangen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde. Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.

---

ob zu diesem Zwecke nicht in dem jetzigen § 2192 die den jetzigen §§ 2151, 2152 entsprechenden Vorschriften des E. I §§ 1769, 1770 mit anzuziehen seien (P. II Bd. 5 S. 31 f.). Vermutlich ist dies deshalb unterblieben, weil angenommen wurde, daß die durch jene Paragraphen verfolgten Zwecke bei der Auflage in genügender Weise durch die Vorschrift des § 2193 erreicht würden. Die Bestimmung der Person des Empfängers ist im Falle einer Anordnung nach § 2193 (anders als nach § 2156 die Bestimmung der Leistung) dem freien Belieben des Bestimmungsberechtigten überlassen. Voraussetzung ist natürlich, daß durch die Auswahl der Person nicht geradezu gegen den Zweck der Anordnung verstoßen wird. Im übrigen aber findet eine Nachprüfung der getroffenen Bestimmung und eine entsprechende Anwendung der nach § 2156 Satz 2 anwendbaren Vorschriften nicht statt.

2. Der Abs. 2 regelt **die Frage, wie die Bestimmung des Empfängers und die Vollziehung der Auflage zu erzwingen** ist, wenn das Bestimmungsrecht dem Beschwerten zusteht. Sobald von einer derjenigen Personen, welche die Vollziehung der Auflage verlangen können (§ 2194, § 2208 Abs. 2, § 2223), ein rechtskräftiges Urteil erstritten ist, kann der Kläger dem Beschwerten eine angemessene Frist zur Vollziehung bestimmen. Um den Streit über die Angemessenheit der bestimmten Frist abzuschneiden, ist in der CPO. § 255 vorgesehen, daß die Frist auf Antrag des Klägers in dem den Beschwerten verurteilenden Erkenntnisse zu bestimmen ist. Nach erfolglosem Ablaufe der Frist ist der Kläger berechtigt, seinerseits die Person zu bestimmen, an welche der Beschwerte zu leisten hat. Wegen der Beweislast hinsichtlich der Wahrung der Frist s. die Vorbm. zum ersten Buche V, 4, Bd. I S. 48 f.

3. **Steht das Bestimmungsrecht einem Dritten zu,** so erfolgt die Bestimmung nach Abs. 3 Satz 1 durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten (vgl. §§ 130 ff.). Die Erklärung ist nach allgemeinen Grundsätzen unwiderruflich. Das Bestimmungsrecht geht auf den Beschwerten über, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann (Abs. 3 Satz 2; vgl. § 2154 Abs. 2 Satz 1). Dieser Übergang findet auch dann statt, wenn das Nachlaßgericht dem Dritten auf Antrag eines Beteiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung bestimmt hat und diese Frist erfolglos verstrichen ist. Dies ist der Sinn des Abs. 3 Satz 3, der von Böhm S. 173 mißverständlich dahin ausgelegt wird, daß nach dem Ablaufe der Frist alle diejenigen die Vollziehung der Auflage fordern könnten, „welche nach der letztwilligen Anordnung überhaupt in Betracht kommen". Die entsprechende Anwendung des § 2151 Abs. 3 Satz 2 bedeutet nicht, daß der dortige Satz 1 hierher zu übertragen wäre, vielmehr stellt die Verweisung (wie im § 2154 Abs. 2 Satz 2) nur klar, daß, wie im § 2151 Abs. 3 dem in dem dortigen Satz 1 bezeichneten Falle, so hier dem Falle des Satz 2 ein anderer Fall an die Seite gestellt wird, der in gleicher Weise zu behandeln ist. Als Beteiligte im Sinne des § 2151 Abs. 3 Satz 2, mithin als befugt, bei dem Nachlaßgericht auf Bestimmung einer Frist anzutragen, gelten hier der Beschwerte und diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage verlangen können (§ 2194, § 2208 Abs. 2, § 2223). Gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts durch die dem Dritten eine Frist bestimmt wird, findet die sofortige Beschwerde statt (FGG. § 80, vgl. § 18 Abs. 2, § 20 Abs. 1, § 22, § 29 Abs. 2). Betreffs des Beweises für die Wahrung der Frist gilt hier das gleiche wie nach Abs. 2 (s. o. Erl. 2 a. E.). Der Antrag auf eine Fristsetzung durch das Nachlaßgericht ist nicht nur dann gerechtfertigt, wenn der Dritte die Bestimmung verzögert, sondern auch wenn er sich ausdrücklich weigert. Dagegen hat die förmliche Weigerung nicht die Wirkung, daß sie für sich allein, also ohne vorherige gerichtliche Fristsetzung, den Übergang des Bestimmungsrechts auf den Beschwerten zur Folge hätte. Dies ist wohl auch die Meinung von Wilke Erl. 2.

§ 2194.

E. I § 1888; II § 2064 rev. § 2170; III § 2168. P. I S. 9607 ff., 11455; M. V S. 214 ff. P. II Bd. 5 S. 244 ff.

1. **Recht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.** Durch die Auflage wird ihrer Natur nach für niemand ein materielles Forderungsrecht begründet. In Ermangelung besonderer gesetz-

licher Vorschriften würde es daher dem Belieben des Beschwerten überlassen sein, ob er die Auflage vollziehen will oder nicht. Da das Gesetz nun aber eine Verpflichtung des Beschwerten, die Auflage zu erfüllen, anerkennt, so muß es dafür Sorge tragen, daß die Erfüllung dieser Verpflichtung nötigenfalls erzwungen werden kann. Dies geschieht in dem § 2194 dadurch, daß den dort bezeichneten Personen das Recht beigelegt wird, die Vollziehung der Auflage von dem Beschwerten zu verlangen. Über den juristischen Charakter dieses Rechtes gehen die Ansichten auseinander (vgl. insbesondere Schultze S. 92; Kohler S. 261 ff.; Strohal I § 6 Anm. 8). In M. V S. 214 ff. wird die Befugnis, die den in dem § 2194 bezeichneten Personen beigelegt wird, als ein mehr formales Recht bezeichnet, da die Leistung für sie ohne ein unmittelbares vermögensrechtliches Interesse sei. Sachlich dürfte es ohne Bedeutung sein, ob man das im § 2194 bestimmte Recht als einen Anspruch bezeichnet, der kein Forderungsrecht ist, auf den aber die Vorschriften über Schuldverhältnisse insoweit Anwendung finden, als sich nicht daraus Abweichungen ergeben, daß der Berechtigte kein eigenes vermögensrechtliches Interesse hat oder, ob man das fragliche Recht als ein Forderungsrecht betrachtet, auf das aber die gedachten Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse in dem eben bezeichneten Umfange keine Anwendung finden. Das fragliche Recht ist ein eigenes Recht des Berechtigten; er macht es als solches im Prozesse geltend. Er hat daher auch die Kosten des Prozesses, wenn er unterliegt oder Ersatz von dem Gegner nicht erlangen kann, aus eigenen Mitteln zu tragen. Er ist berechtigt, den Anspruch auf Vollziehung der Auflage im Nachlaßkonkurse, wie in dem persönlichen Konkurse des Beschwerten als Konkursgläubiger geltend zu machen (vgl. Kohler S. 262; Dernburg V § 87 III). Aber er hat das Recht nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse der Durchführung des auf Vollziehung der Auflage gerichteten Willens des Erblassers. Zu diesem Zwecke hätte der Erblasser einen Testamentsvollstrecker bestellen können. Das Gesetz sorgt aber auch für den Fall, daß dies nicht geschehen ist, durch die Vorschrift des § 2194 dafür, daß Personen vorhanden sind, die ähnlich, wie ein nicht verwaltender Testamentsvollstrecker (§ 2208 Abs. 2, § 2223), die Vollziehung der Auflage von dem Beschwerten verlangen können. Aus dieser Stellung des nach § 2194 Berechtigten ergibt sich, daß er nur direkt die Vollziehung der Auflage, nicht aber Schadensersatz wegen verschuldeter Nichtvollziehung verlangen kann. Er kann auch, wenn die Auflage auf Zahlung einer Geldsumme geht, diese Zahlung nicht an sich selbst, sondern nur an die durch die Auflage bestimmte Person fordern (vgl. Schultze S. 94 f.). Sein Recht unterliegt nicht der Pfändung und kann nicht von ihm einem anderen übertragen werden. Seinem Ermessen bleibt es überlassen, ob und wann er das Recht ausüben will. Zweifelhaft ist, ob er dem Beschwerten gegenüber wirksam auf das Recht verzichten oder einen Vergleich darüber abschließen kann. Die Frage dürfte zu bejahen sein, soweit nicht der Vertrag im einzelnen Falle den guten Sitten widerspricht (Strohal I § 38 Anm. 25; a. A. Cosack § 407 Nr. 5; Schultze S. 94 f.); jedenfalls kann der Berechtigte auf den ihm nach § 2196 zustehenden Bereicherungsanspruch verzichten (Peiser § 5 Anm. 1 b).

Sind mehrere die Vollziehung der Auflage zu fordern berechtigt, so sind sie nicht Gesamtgläubiger; die Vorschriften des § 429 finden also keine Anwendung. Ein von dem einen Berechtigten geschlossener Vertrag, durch den die Verpflichtung des Beschwerten aufgehoben oder geändert wird, ist für die anderen Berechtigten nicht bindend; ein gegen den einen Berechtigten ergangenes Urteil ist dem anderen Berechtigten gegenüber nicht wirksam. Die von Kohler vertretene Ansicht, daß, wenn einer der mehreren Berechtigten geklagt hat, jeder der anderen Berechtigten sich als streitgenössischer Nebenintervenient im Sinne der CPO. § 69 dem Prozeß anschließen kann und daß, wenn auf die Klage des einen Berechtigten eine Verurteilung des Beschwerten erfolgt ist, jeder der anderen Berechtigten eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils für sich und den Kläger zusammen verlangen kann, dürfte sich weder aus der Natur des hier in Frage stehenden Rechtes noch aus der analogen Anwendung der von Kohler angezogenen §§ 72, 75 der CPO. rechtfertigen lassen.

Zweifelhaft ist, ob das im § 2194 bestimmte Recht vererblich ist. Die Natur dieses Rechtes als eines im Interesse eines anderen zustehenden Rechtes spricht nicht dagegen; es kommt vielmehr darauf an, ob die Bestimmung der Berechtigten mit Rücksicht auf ihre Person erfolgt oder ob ein anderer Gesichtspunkt dabei maßgebend gewesen ist. Maßgebend dürfte hier nur die Beziehung der bestimmten Personen zu dem Erblasser und zu dem Beschwerten gewesen sein. Diese Beziehung ist im wesentlichen aber für die Erben jener Personen die gleiche wie für jene Personen selbst. Dazu kommt, daß durch die Vererblichkeit der Zweck der Vorschrift, die Vollziehung der Auflage tunlichst zu sichern, in höherem Maße erreicht wird, als wenn bei dem Tode der im

§. 2195. Die Unwirksamkeit einer Auflage hat die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde.

---

§ 2194 bezeichneten Personen niemand mehr vorhanden wäre, der die Vollziehung der Auflage zu verlangen berechtigt wäre (Schultze S. 94ff.; Strohal I § 1 III 2, wenigstens für die Erben des Erben oder eines Miterben; a. A. Kohler S. 262; Cosack § 407 Nr. 5; Dernburg V § 87 IIIc).

2. Was die einzelnen Personen betrifft, welche die Vollziehung der Auflage zu fordern berechtigt sind, so gehört zu ihnen

a) unter allen Umständen der Erbe bzw. bei mehreren Erben jeder Miterbe. Der Pflichtteilsberechtigte als solcher hat die Befugnis nicht (P. II Bd. 5 S. 245).

b) Der Testamentsvollstrecker ist zwar, abweichend vom E. I, im § 2194 nicht genannt. Hieraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß ihm die Befugnis, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, versagt sei. Das Gegenteil ergibt sich vielmehr unzweideutig aus § 2208 Abs. 2, § 2223 (vgl. Meischeider S. 442 Anm. 14; a. A. Eichhorn S. 86 Anm. 5).

c) Außerdem wird im § 2194 die fragliche Befugnis einem jeden beigelegt, dem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Ohne diese allgemeine Vorschrift würde es in manchen Fällen, insbesondere wenn der Alleinerbe beschwert und ein Testamentsvollstrecker nicht vorhanden ist, an einem Klageberechtigten fehlen. Auf Grund der fraglichen Vorschrift können der Ersatzerbe und daher nach § 2102 Abs. 1 im Zweifel auch der Nacherbe, die gesetzlichen Erben bzw. die nächstberufenen gesetzlichen Erben, im Falle der Beschwerung eines Vermächtnisnehmers aber der Ersatzberufene und, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, der mit dem Vermächtnisse beschwerte Erbe oder Vermächtnisnehmer die Vollziehung der Auflage verlangen. Dadurch, daß nur der an dem Wegfalle des Beschwerten unmittelbar Beteiligte berufen ist, wird verhindert, daß fernstehende Personen, insbesondere der Fiskus als letzter gesetzlicher Erbe, sich einmischen können. Andererseits ist mit dieser Beschränkung allerdings die Möglichkeit der Kollusion eröffnet (s. Strohal I § 38 Anm. 23).

Über die Frage, wie das Verhältnis zu beurteilen ist, wenn die nach § 2194 berechtigte Person erbunwürdig ist s. Erl. 5 zu § 2340.

d) Daß im Falle eines öffentlichen Interesses auch die zuständige Behörde die Vollziehung der Auflage verlangen kann, entspricht dem bisherigen Rechte und der für die Auflage bei einer Schenkung geltenden Vorschrift des § 525 Abs. 2. Über die Zuständigkeit entscheidet das öffentliche Recht. Es kann eine Reichs- oder Staatsbehörde, möglicherweise auch eine Gemeinde- oder Kirchenbehörde zuständig sein; vgl. für Preußen AB. v. 16. November 1899 Art. 7; für Bayern AG. Art. 107, Zuständigkeitsverordnung v. 24. Dezember 1899 § 24; Nachlaßordnung v. 20. März 1903 § 34; für Sachsen AB. v. 6. Juli 1899 § 10; für Baden AB. v. 11. November 1899 § 37; für Hessen AG. v. 17. Juli 1899 Art. 131. Natürlich kann die Behörde gesetzlich oder im Verwaltungsweg angewiesen werden, von ihrer Befugnis keinen Gebrauch zu machen. Andererseits betrifft der Satz 2 als eine Vorschrift des BGB. nur die zivilrechtliche Befugnis, die im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen ist. Wie weit bei Auflagen, mit denen eine öffentlichrechtliche Korporation oder Anstalt beschwert ist, die Erfüllung seitens der übergeordneten Behörde im Aufsichtswege veranlaßt werden kann, ist eine ausschließlich dem öffentlichen Rechte angehörende Frage.

§ 2195.

E. I § 1887; II § 2065 rev. § 2171; III § 2169. P. I E. 9592ff., 9600ff., 9611ff.; M. V E. 212ff. P. II Bd. 5 E. 243f.; Bd. 6 E. 95.

1. Der § 2195 bringt die Natur der Auflage als selbständige letztwillige Verfügung zum Ausdruck und enthält einen besonderen Anwendungsfall des im § 2085 aufgestellten Grundsatzes der Unabhängigkeit mehrerer in einem Testament enthaltener Verfügungen (RG. in SeuffA. Bd. 62 S. 153). Im einzelnen Falle ist freilich sorgfältig zu prüfen, ob wirklich eine Auflage oder aber eine Bedingung oder eine bestimmende Voraussetzung vorliegt. Daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde, ist anzunehmen, wenn es ihm ersichtlich in erster Linie auf die Erfüllung der Auflage ankam oder wenn nach seiner Absicht die Zuwendung und die Erfüllung der Auflage wirtschaftlich in dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung zueinander stehen sollten; so z. B., wenn einem Friedhofsgärtner eine jährliche

§. 2196. Wird die Vollziehung einer Auflage in Folge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich, so kann derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde, die Herausgabe der Zuwendung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als die Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen.

Das Gleiche gilt, wenn der Beschwerte zur Vollziehung einer Auflage, die nicht durch einen Dritten vollzogen werden kann, rechtskräftig verurtheilt ist und die zulässigen Zwangsmittel erfolglos gegen ihn angewendet worden sind.

Rente mit der Auflage vermacht ist, ein bestimmtes Grab in Ordnung zu halten, die Vollziehung dieser Auflage aber unmöglich ist, weil das Grab nicht oder nicht mehr existiert. Gerade in solchen Fällen wird allerdings nicht selten eine andere rechtliche Konstruktion als die einer Zuwendung unter einer Auflage Platz greifen müssen (vgl. P. II Bd. 5 S. 244; Endemann III § 73 Anm. 12).

Der Beweis, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde, trifft denjenigen, welcher sich hierauf beruft. Es ergibt sich daraus, daß die Selbständigkeit der Auflage die Regel bildet (a. A. Peiser § 5 IV).

2. Von praktischer Wichtigkeit ist der § 2195 besonders dann, **wenn die Vollziehung der Auflage unmöglich ist.** Für diesen Fall war ein entsprechender Satz schon in den bisherigen Rechten anerkannt. Über den Fall einer nach dem Erbfall eintretenden Unmöglichkeit der Auflage s. § 2196.

§ 2196.

[E. II § 2066 rev. § 2172; III § 2170. P. II Bd. 5 S. 246 f.; Bd. 6 S. 95.

1. **Bereicherungsanspruch desjenigen, welchem der Wegfall einer unter einer Auflage gemachten Zuwendung unmittelbar zustatten kommt.** Die Vorschriften des § 2196 sind von der zweiten Kommission im Anschluß an das gem. Recht und an mehrere neuere Rechte beschlossen worden, während der E. I (s. M. V S. 216) die Aufnahme solcher Bestimmungen abgelehnt hatte. Für die Auflage bei einer Schenkung besteht eine entsprechende Vorschrift in dem § 527. Wird die Vollziehung der Auflage nachträglich infolge eines Umstandes unmöglich, den der Beschwerte nicht zu vertreten hat, so wird dieser nach § 275 von seiner Verpflichtung frei. Die Zuwendung, welche mit der Auflage belastet war, bleibt aber nach § 2195 bestehen, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Ein Fall dieser Art liegt z. B. vor, wenn die Vollziehung der Auflage die Mitwirkung eines Dritten, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht ist, erfordert, der Dritte aber die Mitwirkung verweigert. Der § 2076 findet zwar, da es sich nicht um eine Bedingung handelt, keine Anwendung; das Resultat ist hier aber dasselbe wie dort. Ist anzunehmen, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht haben würde, so fällt auch bei nachträglich eintretender unverschuldeter Unmöglichkeit die Zuwendung ganz oder teilweise weg. Würde also in dem in Erl. 1 zu § 2195 angeführten Beispielsfalle die Instandhaltung des Grabes erst nachträglich etwa dadurch unmöglich, daß der Kirchhof geschlossen wird und die Gräber nicht mehr erhalten werden dürfen, so würde von diesem Zeitpunkt an die dem Friedhofsgärtner ausgesetzte Rente wegfallen.

Anders liegt das Verhältnis, wenn die Vollziehung der Auflage infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unterbleibt. Nach allgemeinen Grundsätzen würde in einem solchen Falle der Schuldner dem Gläubiger zum Schadensersatze verpflichtet werden (§ 280). Eine solche Verpflichtung ist hier unmöglich, weil es an einem Gläubiger fehlt. Aus demselben Grunde kann auch der § 281 keine Anwendung finden. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde also der unter einer Auflage Bedachte nach der Regel des § 2195 die Zuwendung behalten, obwohl durch seine Schuld die Vollziehung der Auflage unterbleibt. Gegen dieses unbillige Ergebnis richtet sich die Vorschrift des § 2196. Der mit der Auflage Beschwerte soll nach dem Willen des Erblassers die Zuwendung mit der Beschwerung erhalten. Die Auflage mindert den Wert der Zuwendung; der Beschwerte würde daher eine ungerechtfertigte Bereicherung erfahren, wenn er die Vollziehung der Auflage unterlassen, die Zuwendung aber doch in voller Höhe behalten dürfte. Um diesen Erfolg zu verhindern, wird gewissen Personen

das Recht beigelegt, von dem Beschwerten die Herausgabe der Zuwendung nach den Grundsätzen des Kondiktionenrechts zu verlangen.

2. Der Bereicherungsanspruch ist in zwei Fällen gegeben,

a) wenn die Vollziehung der Auflage infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist (Abs. 1). Es entscheiden in dieser Beziehung die Grundsätze der §§ 275 ff., der Beschwerte hat mithin für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen (M. V S. 214).

b) wenn die Auflage nur durch den Beschwerten selbst, nicht auch durch einen Dritten vollzogen werden kann und gegen den Beschwerten nach seiner rechtskräftigen Verurteilung die zulässigen Zwangsmittel erfolglos angewendet worden sind (Abs. 2). Es handelt sich zunächst um die Fälle der Verurteilung zu einer nicht durch einen Dritten ausführbaren, ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängenden Handlung, in denen der Schuldner gemäß CPO. § 888 zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von 1500 Mark oder durch Haft bis zu sechs Monaten (CPO. § 913) anzuhalten ist. Auch der Fall des § 890 der CPO., in welchem es sich um die Verurteilung zur Unterlassung oder zur Duldung einer Handlung handelt, dürfte mit in Betracht zu ziehen sein. Auch in einem solchen Falle kann die Unterlassung oder Duldung unter Umständen wenigstens mittelbar Aufwendungen erfordern und obwohl es sich im § 890 um die Androhung und Vollziehung von Strafen handelt, so sind diese Strafen doch nicht Selbstzweck, sondern sie erfolgen im Wege der Zwangsvollstreckung, um die Unterlassung oder Duldung zu erzwingen. Durch den Abs. 2 werden also sowohl seinem Wortlaut als seinem Zwecke nach die Fälle des § 890 mitgetroffen (Strohal I § 38 V Anm. 27; a. A. die frühere Auflage). Die Fälle nach CPO. § 887 sind ausgeschlossen, da hier die Vollziehung der Auflage nötigenfalls auf Kosten des Beschwerten durch einen Dritten erfolgt.

3. Der Anspruch steht demjenigen zu, welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde (vgl. Erl. 2c zu § 2194). Der Testamentsvollstrecker hat den Anspruch nicht und kann ihn auch nicht zugunsten des Berechtigten geltend machen.

4. Seinem Umfange nach ist der Anspruch auf doppelte Art beschränkt:

a) Die Zuwendung ist nur insoweit herauszugeben, als sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Die Herausgabe der ganzen Zuwendung würde über den Willen des Erblassers hinausgehen und ein Strafmoment in sich tragen. Erfordert die Vollziehung der Auflage überhaupt keinen Kostenaufwand, so ist der Anspruch gegenstandslos.

b) Auch in diesem Umfang unterliegt der Anspruch den Beschränkungen des Kondiktionenrechts, insbesondere ist die Verpflichtung zur Herausgabe ausgeschlossen, soweit der Beschwerte durch die Zuwendung nicht mehr bereichert ist (§ 818 Abs. 3).

5. Sind mehrere gemeinschaftlich mit einer Auflage beschwert, so geht der hier fragliche Anspruch gegen jeden von ihnen, in dessen Person eine der in Erl. 2 bezeichneten Voraussetzungen eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob die Auflage teilbar war oder nicht, auf dasjenige, was von seinem Anteil an der mit der Auflage beschwerten Zuwendung zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen (a. A. wie es scheint, Herzfelder Erl. 2 zu § 2196).

6. Die Vorschriften des § 2196 sind nur **Dispositivsätze.** Der Bereicherungsanspruch kann nach dem Willen des Erblassers ausgeschlossen oder beschränkt sein (vgl. Endemann III § 73 Anm. 30; Böhm S. 175). Eine stillschweigende Beschränkung wird man in den Fällen der Erl. 2a regelmäßig dann annehmen müssen, wenn die von dem Beschwerten zu vertretende Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage nur eine subjektive ist. Hier wird man regelmäßig anzunehmen haben, daß der Berechtigte nach dem Willen des Erblassers dasjenige, was er auf Grund des Anspruchs von dem Beschwerten erlangt, zu der objektiv noch möglichen Vollziehung der Auflage zu verwenden verpflichtet sein soll. Das Verhältnis wird hier also ebenso zu beurteilen sein, wie wenn der betreffende Teil der Zuwendung dem Berechtigten unter der Bedingung zugewendet wäre, daß die Vollziehung der Auflage dem in erster Linie Bedachten infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes subjektiv unmöglich würde, und daß die eventuelle Zuwendung an den Ersatzberechtigten mit derselben Auflage wie die Zuwendung an den zunächst Berechtigten belastet wäre (vgl. Windscheid-Kipp III § 668 Nr. 7; Strohal I § 38 V; Herzfelder Erl. zu § 2195).

Sechſter Titel.

Teſtamentsvollſtrecker.

---

7. Die Vorſchriften des § 2196 betreffen nur den Fall, daß ein mit einer Zuwendung Bedachter mit einer Auflage beſchwert iſt, **nicht aber den Fall, daß dem geſetzlichen Erben eine Auflage gemacht iſt.** Es fragt ſich aber, ob die fraglichen Vorſchriften des § 2196 nicht auch auf dieſen Fall entſprechend anzuwenden ſind. Dieſe Frage dürfte zu bejahen ſein, weil die Gründe, auf welchen die fraglichen Vorſchriften beruhen, vollſtändig auch bei einer dem geſetzlichen Erben gemachten Auflage zutreffen (a. A. Dernburg V § 88 II).

Sechſter Titel.

Stobbe V §§ 308, 309; Dernburg III §§ 124, 125, preuß. PrivR. III §§ 164—169; Eccius IV § 255; Sturm, Die Lehre von den TV. (1898); Seckt, Beitrag zur Lehre von der Teſtamentsvollſtreckung (1900); Arnold, Der Teſtamentsvollſtrecker (1902); Breitner im Arch. f. Bürg. R. 17 S. 213 und im Recht 1900 S. 320; Marcus im Sächſ. Arch. 8 S. 53; Rüger, daſ. 9 S. 461; Jaeger, Erbenhaftung (1898) S. 40; Strohal (3. Aufl.), Erbrecht §§ 39—40b; Böhm, Erbrecht §§ 57 ff. und im Recht 1900 S. 269; Meiſcheider letztw. Verfügungen §§ 111—127; Peiſer, Teſtamentsrecht (2. Aufl. 1907) S. 217; Schultze, Treuhänder (1901, auch abgedruckt in Jherings Jahrb. 43 S. 64 ff.); Meyer Bayr. NotZ. 1899 S. 144, 163; Förſter im Sächſ. Arch. 12 S. 136; Hellwig, Anſpruch (1900) S. 74, 220, 248, 257; Welti, Die TV. auf Grund des deutſchen BGB. und des Schweizer Privatrechts (1906).

1. Das auf älterem deutſchen Rechte beruhende **Inſtitut des Teſtamentsvollſtreckers** hatte in den bisherigen Landesgeſetzgebungen (bayr. LR. III 2 §§ 15 ff., preuß. ALR. I 12 §§ 557 ff., code civil art. 1025 ff., ſächſ. GB. §§ 2230 ff.) nur eine dürftige Regelung gefunden und verdankte daher ſeine Ausbildung vorzugsweiſe der Rechtſprechung und Wiſſenſchaft. Sowohl dieſer Umſtand als auch der innere Gegenſatz, in welchem das Inſtitut zu dem römiſchen Rechtsgedanken der Univerſalſukzeſſion ſteht, brachte es mit ſich, daß die Teſtamentsvollſtreckung ihren Grundgedanken und ihren Einzelheiten nach ſtets zu den beſtrittenſten Gebieten des Privatrechts gehörte. Das BGB. hat zum erſten Male eine eingehende Regelung unternommen und dabei zum großen Teile vollkommen neue Rechtsſätze aufgeſtellt. Außer im gegenwärtigen Titel befinden ſich im BGB. Vorſchriften über den TV. in den §§ 83, 2306, 2338, 2364, 2368—2376; vgl. die CPO. §§ 243, 327, 728, 748, 749, 779, 780, 863, 991, die KO. §§ 217, 224, die GBO. §§ 36, 41, 53, das ZVG. § 175 und das FGG. §§ 76, 78, 80—82, 85, 86, 111, 118. Die in dieſen Vorſchriften enthaltenen Rechtsſätze beruhen größtenteils auf den Beſchlüſſen der zweiten Kommiſſion, die, über das bisherige Recht und den E. I weit hinausgehend, dem TV. eine ſehr freie und ſelbſtändige Stellung mit umfaſſenden Machtbefugniſſen gegeben hat. Die Beſchlüſſe der Kommiſſion ſind das Ergebnis wiederholter Beratungen, die bezüglich einzelner Punkte durch eine Subkommiſſion vorbereitet worden ſind (vgl. P. II Bd. 5 S. 543 ff.).

2. Zur Erklärung der **rechtlichen Natur der Teſtamentsvollſtreckung** ſind verſchiedene Theorien aufgeſtellt worden. Die größte Verbreitung hatte früher die Mandatstheorie, nach welcher der TV. als ein Beauftragter, und zwar entweder des Erblaſſers oder des Erben, angeſehen wurde. Daneben ſtanden die teilweiſe noch älteren Theorien, die den TV. als einen Schiedsrichter oder als einen beſchwerten Vermächtnisnehmer bezeichneten oder die Normierung des Inſtituts aus der Analogie mit der Vormundſchaft zu gewinnen ſuchten. Die Theorie des beſchwerten Vermächtnisnehmers iſt neuerdings von Koch, die Vormundſchaftstheorie dagegen noch von Windſcheid vertreten worden. Beſeler begründete die Lehre, daß der TV. ein Vertreter bzw. formeller Repräſentant des Erblaſſers ſei; ihm folgt im weſentlichen Dernburg, der den TV. als Vertreter des Nachlaſſes bezeichnet. Die meiſten Anhänger hat in neuerer Zeit die Anſicht gefunden, der TV. ſei ein Vertreter des Erben auf Grund einer vom Erblaſſer erteilten Vollmacht (ſo Gerber, Stobbe, Unger, Gruchot, Hinſchius, Förſter, früher auch Eccius und das RG. 9 S. 210, 16 S. 189, 28 S. 296). Es erhob ſich jedoch auch Widerſpruch, insbeſondere bezeichnete Sturm die Teſtamentsvollſtreckung als ein poſitives Inſtitut, das auf einem Treueverhältniſſe beruhe und dem TV. die Macht gebe, zum Zwecke der Vollziehung des letzten Willens den Nachlaß zu vertreten, und Eccius erklärte ſpäter die Teſta-

mentsvollstreckung geradezu für eine eigentümliche juristische Persönlichkeit. Eine nähere Darlegung und Würdigung dieser Theorien kann hier nicht erfolgen; es wird auf die Darstellungen bei Stobbe V § 309, Eccius IV § 255 und Meischeider S. 450ff., wegen der Rechtsprechung auch auf Weißler S. 178 Anm. 10 verwiesen. Hervorgehoben sei nur, daß auch das Reichsgericht in neuerer Zeit den Vertretungsstandpunkt verlassen und sich dahin ausgesprochen hat, der TV. übe selbständig Rechte und Pflichten aus, die ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens übertragen seien (Entsch. 32 S. 153).

Das BGB. hat die Konstruktion der Testamentsvollstreckung der Rechtswissenschaft überlassen. Die im E. I § 1903 Abs. 1 gebrauchte Bezeichnung des TV. als gesetzlichen Vertreters des Erben ist in der entsprechenden Vorschrift des jetzigen § 2212 gestrichen und es findet sich weder im BGB. noch in dessen Nebengesetzen ein ausdrücklicher Hinweis auf eine bestimmte Rechtsauffassung. Der Gesamtinhalt der neuen Vorschriften läßt jedoch die Auffassung als dem Gesetz entsprechend erscheinen, welche im vorstehenden am Schlusse erwähnt ist. Der E. I (vgl. M. V S. 217, 226, 229, 232, 234, 236, 241; Zstllg. V S. 39, 40, VI S. 657ff.) hatte, wenngleich auch er schon von dem „Amte" des TV. sprach, diese Auffassung noch nicht, vielmehr hielt er im wesentlichen daran fest, daß der TV. den Erben vertrete. Bei den Beratungen der zweiten Kommission (P. II, Bd. 5 S. 270, 289, 290, 296, 535; vgl. D. z. CPO. S. 52) ist die letztere Auffassung wiederholt abgelehnt worden. Dem Standpunkte des Gesetzes dürfte es entsprechen, von der Annahme eines Vertretungsverhältnisses ganz abzusehen und das Rechtsverhältnis dahin zu bestimmen, daß der TV. seine Befugnisse zu eigenem Rechte hat, sie daher auch in eigenem Namen ausübt, und zwar auf Grund des vom Gesetze getragenen letzten Willens des Erblassers und zum Zwecke der Vollziehung dieses Willens. Der TV. hat aber seine Befugnisse nicht zu seinem Nutzen, sondern im Interesse anderer, sei es des Erblassers, sei es eines Überlebenden. Seinen Rechten stehen Pflichten gegenüber, deren Erfüllung nicht nur durch die Treue des TV., sondern, soweit dies möglich, auch durch rechtlichen Zwang gewährleistet wird. In diesem Sinne spricht das BGB. (§§ 2197, 2201, 2202, 2221, 2224, 2225, 2226) von dem Amte des TV. Es wird hierunter nicht ein Amt im öffentlich-rechtlichen Sinne, sondern eine Gesamtheit privatrechtlicher Rechte und Pflichten verstanden, die ihrem Träger nicht um seinetwillen, sondern zwecks Wahrung eines außerhalb seiner Person liegenden Interesses beigelegt sind. Die Kehrseite der Machtstellung des TV. bildet eine gewissermaßen dingliche Beschränkung des Erben, welche die Ernennung eines TV. als einen Mangel des Erbrechts (§ 2376) und zutreffenden Falles als eine Beeinträchtigung des Rechtes des Vertragserben (§ 2289 Abs. 1) bzw. als eine Verletzung des Pflichtteilsrechts (§§ 2306, 2338) erscheinen läßt. Der Erbe bleibt jedoch Subjekt des Nachlasses und es ist sowohl durch die absolute Begrenzung der Machtbefugnisse des TV. (Erl. 6 zu § 2208) als auch durch teilweise zwingende Vorschriften über die persönlichen Verpflichtungen desselben gegenüber dem Erben (§ 2220) dafür gesorgt, daß dieser auch im praktischen Ergebnisse nicht gänzlich aus seiner Stellung verdrängt werden kann.

Die im vorstehenden entwickelte Auffassung der Testamentsvollstreckung wird im wesentlichen auch von der Mehrheit der Theorie und Praxis geteilt, so von Strohal, Marcus, Frommhold sowie vom RG. 56 S. 327; 59 S. 365; KG. in RJA. 3 S. 44, 101; 4 S. 185. Doch sind auch für das neue Recht abweichende Ansichten aufgestellt, die an die früheren Theorien anknüpfen. Tosack (II § 395 Nr. II), Herzfelder und Jaeger bezeichnen den TV. als Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses, Brettner nennt ihn einen gesetzlichen Vertreter des Erben mit bestimmten Besonderheiten. Endemann (III § 52) verwendet zur Konstruktion das fiduziarische Rechtsverhältnis; ähnlich Seckt, der im übrigen den TV. als das Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers bezeichnet, und Schultze, der den TV. den Inhaber eines begrenzten dinglichen Rechtes als Treuhänder im deutschrechtlichen Sinne nennt. Weißler erklärt den TV., soweit er den Nachlaß verwaltet, für einen gesetzlichen Vertreter des Erben, im übrigen aber für ein Organ vorbeugender Rechtspflege. Sturm hält an seiner Theorie des positiven Instituts fest, betont aber ebenfalls, daß eine doppelte Funktion des TV. unterschieden werden müsse, die er einerseits als Nachlaßvertretung und andererseits als Verwaltung eines fremden Vermögens bezeichnet. Hellwig (vgl. auch dessen Lehrbuch des Zivilprozesses I S. 301) erklärt den TV., soweit er die Verwaltung des Nachlasses hat, für einen Vertreter des „in ihm sich darstellenden selbständigen Sondervermögens" und hält diese Auffassung auch für die der zweiten Kommission. Meischeider hält auch für das BGB. die Theorie Beselers für richtig.

3. Rechtliche Stellung des TV.:

a) Was die **Aufgaben und Befugnisse des TV.** betrifft, so hat das BGB. es vermieden, verschiedene gesetzliche Typen des TV., z. B. einen verwaltenden und einen nur beaufsichtigenden TV. aufzustellen. Man hat es für richtiger gehalten, nur einen gesetzlichen Typus, und zwar einen TV. mit möglichst weit bemessenen Machtbefugnissen zu schaffen, und es dem Erblasser überlassen, dem von ihm ernannten Vollstrecker diejenigen gesetzlichen Befugnisse zu entziehen, welche er ihm aus besonderen Gründen nicht beilegen will. Für diese besonders im § 2208 hervortretende Behandlungsweise war einerseits die geschichtliche Entwickelung des Instituts, andererseits die Erwägung maßgebend, daß es für den Erblasser leichter sei, Einzelheiten eines durch das Gesetz gegebenen Rechtsinhalts zu verneinen, als positiv zu bestimmen, wie weit der Inhalt des Rechtes reichen solle (M. V S. 218, 226; P. II Bd. 5 S. 267, 280). Der Gefahr, daß hiernach der Rechts- und Pflichtenkreis des Vollstreckers weiter bemessen werde, als es im einzelnen Falle der wirklichen Absicht des Erblassers entspricht, wird dadurch vorgebeugt, daß es zur Ausschließung bestimmter Befugnisse und damit verbundener Pflichten nicht einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers bedarf, vielmehr der irgendwie ersichtliche Wille desselben maßgebend ist. Der Wille des Erblassers ist daher innerhalb des vom Gesetze gezogenen Rahmens die oberste Richtschnur.

Die gesetzliche Aufgabe des TV. besteht in der Ausführung der letztwilligen Verfügungen (§ 2203) und in der Auseinandersetzung der Miterben (§ 2204). Zum Zwecke der Erfüllung dieser Aufgaben ist ihm die Verwaltung des Nachlasses übertragen (§ 2205), womit der Besitz und das Verfügungsrecht an den Nachlaßgegenständen (§ 2205) sowie die Berechtigung zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß (§§ 2206, 2207) und die Legitimation zur Prozeßführung (§§ 2212—2214) verbunden sind. Die Verwaltung des Nachlasses kann aber dem TV. von dem Erblasser als selbständige Aufgabe übertragen werden (§§ 2209, 2210). Wegen der Prozeßführung s. die den §§ 2212—2214 vorangeschickte Erl.

Neben der Testamentsvollstreckung in dieser umfassenden Gestalt ist die Ernennung eines Vollstreckers für bestimmte einzelne Zwecke zugelassen. Insbesondere kann die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Nacherben oder die Sorge für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen einem TV. übertragen werden (§§ 2222, 2223, vgl. auch § 2338 Abs. 1 Satz 2); es ist aber auch außerhalb dieser im Gesetze besonders normierten Fälle die Bestellung eines TV. zur Ausführung eines einzelnen Geschäfts möglich, das an sich dem Erben oder einem anderen Nachlaßbeteiligten obliegen würde.

b) Die **Stellung des TV. gegenüber dem Erben** ist, soweit es sich um die absolute Machtstellung des Vollstreckers und die daraus folgende Beschränkung des Erben handelt, bereits oben beleuchtet worden. Das innere Verhältnis zwischen dem TV. und dem Erben, insbesondere die persönlichen Verpflichtungen, die dem ersteren gegenüber dem letzteren obliegen, hat das BGB. im allgemeinen durch Verweisung auf die Vorschriften über den Auftrag geregelt (§ 2218). Daneben sind jedoch die Pflichten des TV. näher bestimmt (§§ 2215—2217, 2219, 2220), auch hat er abweichend von dem Beauftragten in der Regel Anspruch auf eine Vergütung (§ 2221).

c) **Gegenüber dem Nachlaßgerichte** hat der TV. grundsätzlich eine freie Stellung. So wenig wie die Ernennung eines TV. einer gerichtlichen Bestätigung bedarf oder bei dem Beginne des Amtes eine gerichtliche Verpflichtung oder Besitzeinweisung stattfindet, unterliegt der TV. bei der Führung seines Amtes einer eigentlichen gerichtlichen Aufsicht (M. V S. 225). Der Erblasser kann den TV. nicht einer weitergehenden Aufsicht des Nachlaßgerichts unterstellen; er kann zwar nach § 2208 die Befugnisse des TV. einschränken, aber den Wirkungskreis des Nachlaßgerichts kann er weder beschränken noch erweitern, da es sich hier um öffentliches Recht handelt (vgl. Rspr. 7 S. 360).

Eine Mitwirkung des Nachlaßgerichts bei der Testamentsvollstreckung findet nur in einigen gesetzlich bestimmten Fällen statt, nämlich:

α) bei der Ernennung gemäß § 2198 Abs. 2, § 2200;

β) bei Annahme oder Ablehnung und Kündigung des Amtes (§§ 2202, 2226);

γ) durch Außerkraftsetzung von Anordnungen des Erblassers über die Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 Abs. 2);

δ) bei Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Vollstreckern (§ 2224 Abs. 1);

ε) durch Entlassung des TV. gemäß § 2227;

ζ) durch Erteilung des Zeugnisses über die Ernennung gemäß § 2368.

Der TV. bedarf daher auch zu solchen Rechtshandlungen, bei denen ein Vormund an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist, insbesondere zur Verfügung über Nachlaßgrundstücke ꝛc. und zur Auseinandersetzung der Miterben, nicht der Genehmigung des Nachlaßgerichts (vgl. §§ 2204, 2205 gegenüber § 1821 Abs. 1 Nr. 1, 2 § 1822 Nr. 2). Auf der anderen Seite werden die Aufgaben und Befugnisse des Nachlaßgerichts durch das Vorhandensein eines TV. im allgemeinen nicht berührt, insbesondere ist die Anordnung einer Sicherungspflegschaft nach § 1960 nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenngleich für sie neben dem TV. in der Regel kein Bedürfnis bestehen wird (P. II Bd. 5 S. 665; s. die Erl. 2b zu § 1960 a. E. und Erl. 2 zu § 1961). Schlechthin ausgeschlossen ist nur die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Vermittelung der Auseinandersetzung unter Miterben, wenn ein zur Bewirkung der Auseinandersetzung berechtigter TV. vorhanden ist (FGG. § 86).

4. Für das bisherige Recht war bestritten, ob und inwieweit **Erbstreitigkeiten**, d. h. Streitigkeiten über die Frage, wer Erbe sei und in welchem Umfange mehreren Personen das Erbrecht zustehe, innerhalb der Aufgabe des TV. lägen (vgl. für gem. Recht **Dernburg** III § 125 und RG. 9 S. 208, 16 S. 139, 32 S. 152; für preuß. Recht **Eccius** IV § 255 bei Anm. 43). Vom Standpunkte des gem. Rechtes, nach welchem nur ein Testament bestehen konnte, die Erbeinsetzung aber notwendiger Bestandteil jedes Testaments war und der ganze übrige Inhalt des Testaments mit der Erbeinsetzung stand und fiel, wurde die Frage vielfach dahin ausgedrückt, ob der TV. zur Verteidigung des Testaments berufen sei. Nach dem BGB. sind die beiden Fragen voneinander völlig verschieden, denn einmal ist ein Testament und ein TV. auch bei gesetzlicher Erbfolge möglich; sodann kann die Ernennung des TV. und die Erbeinsetzung in verschiedenen, nebeneinander bestehenden Testamenten erfolgt sein; endlich sind, selbst wenn nur ein Testament vorliegt und dieses eine Erbeinsetzung enthält, die einzelnen Verfügungen eines Testaments grundsätzlich voneinander unabhängig (§ 2085). Auf die Wirksamkeit der Ernennung des TV. ist daher der Umstand, wer Erbe ist, in der Regel einflußlos und es kann das bisher vielfach verwertete Argument, daß dem TV. mit einem Angriff auf das Testament der Boden weggezogen werde, jetzt kaum noch Beachtung finden. Selbst wenn die Ernennung des TV. in demselben Testamente wie die Erbeinsetzung erfolgt ist und der behauptete Unwirksamkeitsgrund, z. B. ein Formfehler oder ein Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Erblassers beide Verfügungen gleichmäßig betreffen würde, ist doch die Gültigkeit der einen Verfügung nicht von derjenigen der anderen abhängig, die Wirksamkeit der Erbeinsetzung bildet keine Vorfrage (Inzidentpunkt) für die Wirksamkeit der Testamentsvollstreckung.

a) Ist die Wirksamkeit der Erbeinsetzung Inzidentpunkt für die Wirksamkeit der Testamentsvollstreckung, ist etwa der TV. nur für den Fall des Erbewerdens einer bestimmten Person ernannt (Erl. 11 zu § 2197), so kann die Frage, wer Erbe ist, incidenter auch im Prozesse mit dem TV. ausgetragen werden. In gleicher Weise ist aber eine Erörterung des Erbrechts als **Inzidentpunkt** gegenüber dem TV. auch zulässig, wenn von der Entscheidung dieser Frage nicht die Rechtsbeständigkeit der Testamentsvollstreckung überhaupt, sondern nur irgendwelche besondere Rechte oder Pflichten des TV. abhängen, die den Gegenstand eines mit dem Vollstrecker geführten Prozesses bilden. Ist z. B. der eingesetzte Erbe nur persönlich mit einem Vermächtnisse beschwert, der § 2161 also unanwendbar, so ist die Frage, ob der TV. dieses Vermächtnis auszuführen bzw. die Ausführung durch den Beschwerten zu veranlassen hat (§ 2203, § 2208 Abs. 2), gemäß § 2147 davon abhängig, ob die Erbeinsetzung wirksam ist, und es muß in dem Prozesse zwischen dem Bedachten und dem TV. hierauf eingegangen werden. Nicht anders liegt die Sache, wenn ein vermeintlicher Erbe, dessen Erbrecht der TV. bestreitet, von diesem Rechnungslegung oder die Herausgabe entbehrlicher Nachlaßgegenstände verlangt (§§ 2217, 2218). Die Möglichkeit, daß in solchen Fällen in einem Prozesse zwischen dem TV. und dem Erben oder einem Dritten über das Erbrecht als Inzidentpunkt eine gerichtliche Entscheidung ergeht, ist von der zweiten Kommission ausdrücklich anerkannt worden (P. II Bd. 5 S. 300) und kann auch nicht füglich bezweifelt werden.

b) Dagegen kann eine Entscheidung gegenüber dem TV. nicht ergehen, wenn das **Erbrecht selbst den Gegenstand des Streites** bildet, und es ist daher auch die Erhebung einer darauf abzielenden Inzidentfeststellungsklage bzw. -widerklage (ZPO. § 280) in dem Prozesse mit dem TV. nicht zulässig. Dieser dem bisherigen Rechte entsprechende Grundsatz ergibt sich aus dem Schweigen des Gesetzes von selbst (M. V S. 237; P. II Bd. 5 S. 300; a. M. anscheinend **Marcus** S. 74; **Wilke** Anm. 5 zu § 2213). Der TV. kann deshalb auch nicht die Ausschlagung des Erben anfechten (Pos. JW. 1906 S. 11).

c) **Der Erbschaftsanspruch** steht dem TV. zu (Erl. 1b zu § 2018). Dagegen ist der TV. dem Erbschaftsanspruche gegenüber passiv nicht legitimiert, da dieser nur gegen den possessor pro herede gerichtet ist (s. Erl. 2α zu § 2018).

5. Verhältnis der Testamentsvollstreckung zu den Vorschriften über die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

a) Nachlaßverbindlichkeiten sind gemäß § 1967 Abs. 2 (s. dort Erl. 2b) einerseits die aus wirksamen Rechtsgeschäften des TV. gegenüber Dritten entstandenen Verbindlichkeiten (§§ 2206, 2207, 2209), andererseits die Ansprüche, die dem TV. selbst auf Grund seiner Geschäftsführung zustehen (§§ 2218, 2221).

b) Der TV., dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, ist (neben dem Erben) berechtigt, den Antrag auf Erlaß des Aufgebots der Nachlaßgläubiger zu stellen, jedoch erst wenn der Erbe die Erbschaft angenommen hat (CPO. § 991 Abs. 2, 3, vgl. Vorbm. 2b vor und Erl. 1 zu § 1970). Unter denselben Voraussetzungen kann der TV. auch die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks zwecks Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten beantragen (ZVG. § 175 Abs. 1 Satz 2).

c) Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung (§§ 1975, 1981 ff.) wird durch das Vorhandensein eines TV. nicht ausgeschlossen (P. II Bd. 5 S. 539, Bd. 6 S. 350). Sie kann in allen Fällen von dem Erben beantragt werden; wenn die Befriedigung der Nachlaßgläubiger gefährdet erscheint, auch von diesen; nicht dagegen von dem TV. selbst.

α) Was das Antragsrecht des Erben anbetrifft, so ist zwar nicht zu verkennen, daß damit dem Erben ein Mittel gegeben ist, dem TV. die Verwaltung des Nachlasses (zeitweise) zu entziehen. Allein der § 1981 Abs. 1 (vgl. FGG. § 76 Abs. 1) gibt dem Erben das Antragsrecht ohne jede Beschränkung und der Erbe bedarf dieses Rechtes, um sein Vermögen vor dem Zugriffe der Nachlaßgläubiger zu schützen (s. §§ 2211, 2213 und CPO. § 728 Abs. 2). Das Recht, die Nachlaßgläubiger auf den in der Hand des TV. befindlichen Nachlaß zu verweisen, ist dem Erben nicht eingeräumt. Überdies kann eine Verdrängung des TV. dadurch verhindert werden, daß er selbst zum Nachlaßverwalter bestellt wird.

β) Die Nachlaßgläubiger können, wenn die Verwaltung des Nachlasses einem TV. zusteht, zwar in der Regel nicht durch das Verhalten oder die Vermögenslage der Erben, wohl aber durch das Verhalten des TV. gefährdet werden und sind, wenn dies zutrifft, zur Stellung des Antrags auf Nachlaßverwaltung legitimiert (a. A. Herzfelder). Daß die Fassung des § 1981 Abs. 2 den besonderen Fall der Testamentsvollstreckung nicht berücksichtigt, steht einer sinngemäßen Übertragung jener Vorschrift nicht entgegen. Mit dem Rechte, die Entlassung des TV. zu beantragen (§ 2227), ist den Gläubigern nicht immer geholfen, da die Entlassung nur aus schwerwiegenden Gründen erfolgen kann. Der TV. hat nach § 76 FGG. die sofortige Beschwerde gegen die auf Antrag eines Gläubigers angeordnete Nachlaßverwaltung.

Es besteht jedoch zu α) und β) große Meinungsverschiedenheit. Wie hier Eccius in Gruch. 43 S. 620 Anm. 15; Weißler S. 191; Böhm DR. 1900 S. 272 und wohl auch Endemann III § 54 Anm. 33, 34. Dagegen hält Brettner (S. 222 und im Recht 1900 S. 320) eine Nachlaßverwaltung neben der Testamentsvollstreckung für ausgeschlossen, Frommhold (Anm. 1 zu § 2225) ihre Zulässigkeit für zweifelhaft. Wilke (Anm. 1 zu § 1981 s. jedoch auch Anm. 4 zu § 2225) will dem Erben das Antragsrecht nur zugestehen, wenn er bereits von einem Nachlaßgläubiger in Anspruch genommen und daher gezwungen sei, die Nachlaßverwaltung herbeizuführen. Seckt (S. 96 Anm. 1) verneint das Antragsrecht der Gläubiger.

γ) Dem Testamentsvollstrecker selbst kann das Antragsrecht nicht zugestanden werden, weil er nicht Vertreter des Erben ist und daher für die Beschränkung der Haftung nicht zu sorgen hat, weil er überdies auch mit der Herbeiführung einer anderen Verwaltung der ihm selbst obliegenden Verwaltungspflicht zuwiderhandeln würde (a. M. Cosack II § 396 Anm. 8).

δ) Die Wirkung der Nachlaßverwaltung besteht für den TV. darin, daß sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht in Ansehung des Nachlasses während der Dauer der Nachlaßverwaltung in gleicher Weise aufgehoben wird wie nach § 1984 die entsprechenden Befugnisse des Erben. Er ist daher auch weder aktiv noch passiv prozeßlegitimiert.

d) Ebenso wird die Testamentsvollstreckung durch den Nachlaßkonkurs nicht völlig beendigt, aber doch hinsichtlich aller auf die Feststellung und Verwaltung des Nachlasses sowie auf die Befriedigung der Nachlaßgläubiger bezüglichen Befugnisse des Vollstreckers suspendiert (s. Erl. 3 vor § 2225). Die Stellung des TV. ist jedoch hier eine etwas andere. Er kann, sofern ihm die Verwaltung des Nachlasses zusteht, selbst den Antrag auf Konkurseröffnung stellen und ist, wenn

§. 2197. Der Erblasser kann durch Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen.

Der Erblasser kann für den Fall, daß der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen anderen Testamentsvollstrecker ernennen.

---

der Erbe den Antrag stellt, über diesen zu hören (KO. § 217 Abs. 1, 3). Mehrere Vollstrecker können, sofern sie nicht der Erblasser zu selbständigem Handeln ermächtigt hat, den Antrag nur gemeinschaftlich stellen (§ 2224 Abs. 1). Die sofortige Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß (KO. § 109) und das Recht, einen Zwangsvergleich vorzuschlagen (KO. § 230), wird dem TV. zuzugestehen sein, wenngleich er nicht Vertreter des Erben ist. Die oben zu a bezeichneten Nachlaßverbindlichkeiten haben im Nachlaßkonkurse die Eigenschaft von Masseschulden (KO. § 224 Nr. 5, 6).

e) Die Inventarerrichtung (§§ 1993 ff.) ist Sache des Erben, nicht des TV. (vgl. Erl. 8 zu § 2215). Letzterer kann dem Erben das Recht auf Beschränkung der Haftung in keiner Weise entziehen. Insbesondere kann der Erbe dieses Recht auch dann geltend machen, wenn das gegen den TV. erlassene Urteil nicht den Vorbehalt der Haftungsbeschränkung enthält (ZPO. § 780 Abs. 2).

f) Die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 stehen auch dem TV. zu; vgl. im übrigen die Erl. 4—6 zu § 2017.

g) Eine Verantwortlichkeit gegenüber den Nachlaßgläubigern, wie sie nach §§ 1978—1980, § 1985 Abs. 2 dem Nachlaßverwalter obliegt, besteht für den TV. nicht. Die Gläubiger können, soweit nicht eine Haftung des TV. wegen unerlaubter Handlungen, insbesondere gemäß § 826, in Frage kommt, sich nur mittels der Pfändung und Überweisung der dem Erben nach § 2219 zustehenden Schadensersatzansprüche helfen, die als zum Nachlasse gehörend angesehen werden müssen. Vgl. zu der Frage P. II Bd. 6 S. 350; Wilke Anm. 3 zu § 2219; Frommhold Anm. 1 zu § 2219; Meischeider S. 515, 516; a. M. Seckt S. 84 ff., S. 97 Anm. 1.

6. **Zeitliche Geltung** der Vorschriften des Titels s. Erl. 2h zu Art. 213 EG. (RG. 46 S. 70, KG. 25 S. A 75).

7. **Anordnung des Stoffes.** Die Vorschriften des Titels zerfallen in drei Hauptgruppen. In den §§ 2197—2201 wird die Ernennung des TV. geregelt. Die §§ 2202—2224 beziehen sich auf die Führung des Amtes, und zwar betreffen a) der § 2202 die Annahme oder Ablehnung, b) die §§ 2203—2214 die Aufgaben und Befugnisse des Vollstreckers (§ 2203 Ausführung der letztwilligen Verfügungen, § 2204 Auseinandersetzung der Miterben, §§ 2205, 2209, 2210 Verwaltung des Nachlasses, §§ 2206, 2207 Eingehung von Verbindlichkeiten, §§ 2212—2214 Prozeßführung), c) die §§ 2215—2221 die Rechte und Pflichten des Vollstreckers gegenüber dem Erben, d) die §§ 2222, 2223 die Fälle der Testamentsvollstreckung zu bestimmten Zwecken, e) der § 2224 den Fall einer Mehrheit von Testamentsvollstreckern. Die dritte Hauptgruppe der §§ 2225—2227 enthält die Vorschriften über die Beendigung des Amtes. Den Schluß bildet eine allgemeine Vorschrift über die Verpflichtung des Nachlaßgerichts zur Gestattung der Einsicht gewisser auf die Testamentsvollstreckung bezüglicher Erklärungen (§ 2228).

§ 2197.

E. I § 1889; II § 2067 rev. § 2173; III § 2171. P. I S. 8901 f., 9617 ff., 9632; M. V S. 217 ff. P. II Bd. 5 S. 248.

1. Die **Ernennung eines TV.** ist bei gewillkürter und bei gesetzlicher Erbfolge zulässig, denn, da jede letztwillige Verfügung Testament ist (Erl. 1 zu § 1937), hat die Ernennung eines TV. nicht die Einsetzung eines Erben zur Voraussetzung. Die Ernennung des Vollstreckers kann sogar die einzige letztwillige Verfügung des Erblassers bilden, weil dem Vollstrecker auch in Ermangelung jeder sonstigen letztwilligen Verfügung bestimmte Aufgaben kraft Gesetzes zufallen (§§ 2204 ff.).

Über den Einfluß der Ungültigkeit der übrigen Bestimmungen der letztwilligen Verfügung auf die Ernennung des TV. s. Erl. 9 zu § 2201.

Eine Testamentsvollstreckung ist übrigens auch bei der fortgesetzten GG. möglich, und zwar nicht nur im Falle des § 1513 Abs. 2 (Entziehung des Anteils eines Abkömmlings in guter Absicht), sondern auch zur Ausführung der nach § 1514 zulässigen Anordnungen (vgl. Erl. 7 zu § 1513 und Wäntig in Z. d. DNotVer. 1903 S. 172).

2. **Form der Ernennung.** Die Ernennung kann nur durch Testament, also durch eine stets widerrufliche letztwillige Verfügung erfolgen (M. V S. 218, 334); in einem Erbvertrag ist sie nicht als vertragsmäßige, sondern nur als einseitige Verfügung möglich (§ 2278 Abs. 2, § 2299, Rspr. 11 S. 255). Noch weniger kann ein TV. durch Vertrag unter Lebenden zwischen dem Erblasser und dem Vollstrecker ernannt werden. Durch Vertrag unter Lebenden kann der Erblasser einen Auftrag zur Ausführung seiner letztwilligen Verfügungen erteilen. Der Vertrag untersteht aber den Regeln über den Auftrag, nicht denen über den TV. Insbesondere ist der Auftrag seitens des Erben widerrufbar. Wegen der Frage, ob durch einen solchen Vertrag eine Verpflichtung zur Annahme des letztwillig übertragenen Amtes begründet wird, s. Erl. 9b zu § 2202.

3. **Der Erbe kann einen TV. nicht ernennen.** Er kann nur einen Auftrag zur Ausführung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers erteilen.

4. Die **allgemeinen Vorschriften über Testamente** (§§ 2064ff.) gelten natürlich auch für das die Ernennung zum TV. enthaltende Testament, insbesondere §§ 2064, 2065 Abs. 1, 2078ff., 2084—2086.

5. Der Gebrauch des **Wortes „Testamentsvollstrecker"** ist nicht notwendig (vgl. die Vorschriften des § 2087 über die Erbeinsetzung), die Ernennung kann sich vielmehr auch aus dem Gesamtinhalte der Verfügung und den Umständen ergeben; wenn z. B. der Erblasser seine Witwe und seine Kinder zu Erben eingesetzt und der Witwe Nießbrauch und Verwaltung des Nachlasses übertragen hat, wird in der Regel Ernennung der Witwe zum TV. anzunehmen sein (KG. 32 S. A 87, vgl. auch KG. 26 S. A 278, 30 S. A 92, Rspr. 4 S. 123).

Auf der andern Seite kann der Erblasser nicht mit dem Worte „Testamentsvollstrecker" Rechtswirkungen erreichen, die außerhalb der Zwecke des Instituts liegen. Es ist daher verfehlt, wenn Cosack (II § 396 bei Anm. 15) meint, der Erblasser könne seinen Nachlaß seinem Universalerben als freies Eigentum hinterlassen und ihn doch dem Zugriffe der Gläubiger des Erben gänzlich entziehen, indem er den Erben auf Lebenszeit zum TV. ernenne (§ 2214 in Verbindung mit §§ 2209, 2210). Eine solche Ernennung würde unwirksam sein, denn zum Begriffe der Testamentsvollstreckung gehört, daß der Vollstrecker einem außerhalb seiner eigenen Person liegenden Interesse dienen und den Erben beschränken soll. Das ideale Interesse, das der Erblasser an der Erhaltung seines Vermögens hat, kann für sich allein nicht als genügende Grundlage einer Testamentsvollstreckung angesehen werden. Soweit dieses Interesse von der Rechtsordnung überhaupt als berechtigt und schutzbedürftig anerkannt wird, dient ihm das Institut des Familienfideikommisses (EG. Art. 59) und in beschränktem Maße kann der Erblasser eine dauernde Ausschließung der Gläubiger des Erben auf dem im § 2338 vorgesehenen Wege erreichen (CPO. § 863). In diesen beiden Fällen sind aber nicht nur die Gläubiger des Erben ausgeschlossen, sondern es ist in erster Linie der Erbe selbst erheblichen Beschränkungen unterworfen. Demgegenüber kann es unmöglich als dem Willen des Gesetzes entsprechend angesehen werden, daß jeder Erblasser durch eine kurze Klausel seines Testaments ein dinglich gebundenes Sondervermögen sollte schaffen können, das den Gläubigern des Erben in noch höherem Maße entzogen wäre als in den vorbezeichneten Fällen und dabei doch der freien Verfügung des Erben unterläge.

6. Die **Person des Vollstreckers** kann von dem Erblasser unmittelbar bestimmt werden; diesen Fall hat § 2197 vor Augen. Der Erblasser kann sich aber darauf beschränken, die Testamentsvollstreckung anzuordnen und die Bestimmung der Person einem Dritten übertragen (§§ 2198—2200). Die bloße Anordnung einer Testamentsvollstreckung ohne jede Angabe, von wem die Bestimmung der Person ausgehen soll, ist unwirksam.

7. Zum TV. können, vorbehaltlich der Unfähigkeitsgründe des § 2201, physische Personen ohne Unterschied ernannt werden (s. Erl. 6 zu § 2201).

Aber auch die Ernennung juristischer Personen ist möglich. So, entsprechend dem bisherigen Rechte (Dernburg, preuß. PrivR. III § 166 Anm. 6), die D. S. 733 mit Bezug auf § 2210 Satz 3 und die allgemeine Ansicht; a. M. Brettner S. 216. Eine Behörde als solche kann nicht TV. sein, da sie auf ihren amtlichen Wirkungskreis beschränkt ist; a. M. Weißler S. 183, der sogar die Ernennung des Nachlaßgerichts zum TV. für zulässig hält, ohne auf die Frage einzugehen, wer alsdann die Funktionen des Nachlaßgerichts gegenüber dem TV. wahrnehmen soll. Übrigens wird die Bezeichnung einer Behörde, z. B. des akademischen Senats, unter Umständen als Ernennung der Korporation zu betrachten sein, deren Organ sie ist (Strohal § 40). Dagegen ist die Ernennung des jeweiligen Inhabers eines bestimmten Amtes, z. B. eines Notariats, zum TV. für zulässig zu erachten, da es sich dabei im Grunde nur um

§. 2198. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.

Das Bestimmungsrecht des Dritten erlischt mit dem Ablauf einer ihm auf Antrag eines der Betheiligten von dem Nachlaßgerichte bestimmten Frist.

---

eine eigenartige Bestimmung der Person in Verbindung mit einer zeitlichen Beschränkung und einer Ersatzberufung handelt. Auf eine derartige Anordnung ist jedoch die Vorschrift des § 2210 Satz 3 entsprechend anzuwenden.

8. Auch ein **Erbe** kann zum TV. ernannt werden, doch wird dies wohl stets nur bezüglich eines oder einiger von mehreren Miterben geschehen. Der Universalerbe kann zum TV. zwecks Sorge für die einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen (§ 2223) ernannt werden. Sonst dürfte für die Ernennung des Universalerben zum TV. kaum jemals ein rechtlicher Grund vorhanden sein (KG. 33 S. A 159, s. oben Erl. 5 a. E.).

Wegen der Ernennung des Vorerben zum TV. s. Erl. zu § 2222. Derjenige, welchem der Nießbrauch am Nachlasse vermacht ist, kann TV. sein (Hellwig Rechtskraft S. 229, Anspruch S. 223).

Der Fall, daß mehrere TV. ernannt sind, ist im § 2224 besonders geregelt.

9. Die Ernennung des TV. unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung bzw. unter einem **Anfangs-** oder **Endtermin** ist nach allgemeinen Grundsätzen zulässig (vgl. M. V S. 220, Erl. 3 zu § 2201).

10. Möglich ist auch, daß ein TV. nur in Ansehung eines **Erbteils** bestellt wird (a. M. Brettner im Recht 1900 S. 321). Von Bedeutung ist dies insbesondere wegen des § 2338.

11. Ferner kann es vorkommen, daß die Ernennung des TV. nach dem nicht besonders ausgesprochenen, aber doch klar ersichtlichen Willen des Erblassers nur für den Fall gelten soll, **daß eine bestimmte Person Erbe wird**, z. B. wenn der zunächst berufene Erbe wegen Unerfahrenheit oder Leichtsinns einer Stütze bedarf. Fällt dieser Erbe dann weg und tritt ein anderer an seine Stelle, bei dem jene Gründe nicht vorliegen, so kann letzterer die Ernennung des TV. gemäß § 2078 Abs. 2, § 2081 Abs. 1 wegen der irrtümlichen Voraussetzung des Erblassers anfechten; ein Fall der Entlassung des TV. (wie Böhm S. 182 und Märker S. 160 annehmen) liegt dagegen hier nicht vor.

12. Die im **Abs. 2** besonders ausgesprochene Zulässigkeit der **Ersatzernennung** unterliegt hinsichtlich der Zahl der Substitutionen keiner Beschränkung. Sie gilt natürlich auch für den Fall, daß der zunächst Ernannte gerade durch Ablehnung des Amtes (§ 2202 Abs. 2, 3) wegfällt, wenngleich die sich an den § 2096 anschließende Fassung diesen Fall streng genommen nicht mittrifft. Von einer Rückbeziehung der Ersatzberufung, wie bei dem Erbanfall und Vermächtnisanfall kann hier nicht die Rede sein, da das Amt des TV. immer erst mit der Annahme beginnt (§ 2202 Abs. 1).

13. Für die **Bekanntmachung der Testamentsvollstreckung** ist durch verschiedenartige Vorschriften gesorgt. Das Nachlaßgericht hat die Ernennung in dem Erbschein anzugeben (§ 2364) und dem TV. auf Antrag ein Zeugnis zu erteilen (§ 2368). Eintragung der Ernennung in das Grundbuch GBO. § 53, in das Schiffsregister FGG. § 118.

§ 2198.

E. I § 1890; II § 2068 rev. § 2174; III § 2172. P. I S. 9623, 11359; M. V S. 219. P. II Bd. 5 S. 248 f.; Bd. 6 S. 95.

1. Ernennung des TV. durch einen Dritten. Ob eine Testamentsvollstreckung stattfinden soll, kann der Erblasser einem Dritten nicht überlassen (§ 2065). Dagegen ist ihm im § 2098 die Befugnis eingeräumt, die Bestimmung der Person des TV. einem Dritten zu überlassen. Dies enthält eine Abweichung von dem im § 2065 ausgesprochenen Grundsatze der Unmittelbarkeit der letztwilligen Verfügung. Für die Aufnahme der Vorschrift waren praktische Gesichtspunkte entscheidend; man nahm an, die Verhältnisse würden nicht selten so liegen, daß der Erblasser bei seinen Lebzeiten nicht übersehen könne, wer seiner Zeit die geeignete Persönlichkeit sein werde, daß er aber eine ihn voraussichtlich überlebende Vertrauensperson habe, die selbst das

Amt des TV. nicht übernehmen könne, aber die Sachkenntnis und das Interesse habe, um die Wahl im Sinne des Erblassers zu treffen (vgl. auch Erl. 1 zu § 2151).

2. Die Ermächtigung des Dritten, einen TV. zu ernennen, kann nur durch letztwillige Verfügung (Erl. 2 zu § 2197) erfolgen. Sie ist in anderer Form auch dann nicht zulässig, wenn die Testamentsvollstreckung selbst durch Testament angeordnet ist.

3. Die **Person des bestimmungsberechtigten Dritten** unterliegt keinen einschränkenden Vorschriften. Erforderlich ist nur, daß der Dritte in der letztwilligen Verfügung genau bezeichnet ist. Der Erblasser kann also die Bestimmung der Person des TV. auch dem Erben selbst überlassen (Feilitsch in DJZ. 1905 S. 348). Die Ansicht von Breitner (S. 216), die Bestimmung könne nur einer physischen Person, nicht auch dem Magistrat einer Stadtgemeinde, einem Universitätssenat ꝛc. übertragen werden, dürfte unbegründet sein. Gerade das in der zweiten Kommission angeführte Beispiel der letztwilligen Verfügung eines Laien zugunsten eines wissenschaftlichen Zweckes legt die Annahme nahe, daß man auch die Bestimmung durch derartige Organe des öffentlichen Lebens hat zulassen wollen.

4. Auch bezüglich **der zum TV. zu bestimmenden Person** gelten nur die allgemeinen Vorschriften (vgl. Erl. 4 zu § 2197). Der bestimmungsberechtigte Dritte kann sich daher selbst als TV. bestimmen.

5. Hat der Erblasser eine Mehrheit von TV. angeordnet, so kann er die Bestimmung der Person einem Dritten bezüglich aller oder nur einzelner TV. überlassen.

6. Die Art, **wie die Bestimmung erfolgt**, wird im Abs. 1 Satz 2 geregelt. Die Erklärung des Dritten ist gegenüber dem Nachlaßgericht abzugeben, wird daher, wenn sie unter Abwesenden erfolgt, wirksam, sobald sie dem Gerichte zugeht (§ 130 Abs. 1, 3). Außerdem ist öffentlich beglaubigte Form der Erklärung vorgeschrieben, d. h. Beglaubigung der Unterschrift durch Gericht, Notar oder sonst zuständige Behörden oder Beamte (§ 129, vgl. § 167 Abs. 2, §§ 183, 184, 191, 200 des FGG.), nicht ausschließlich gerichtliche oder notarielle Beglaubigung. Die mündliche Erklärung vor dem Nachlaßgerichte genügt, wenn sie von diesem beurkundet wird (§ 129 Abs. 2). Der Erblasser kann übrigens eine strengere Form, d. h. gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreiben. Die etwaigen Kosten der Beglaubigung oder Beurkundung trägt der Bestimmungsberechtigte.

Die Erklärung ist, sobald sie wirksam geworden, unwiderruflich. Ihre Einsicht ist gemäß § 2228 von dem Nachlaßgerichte zu gestatten.

7. Damit die Frage, ob eine Testamentsvollstreckung eintritt und wer Vollstrecker wird, nicht längere Zeit in der Schwebe bleibt, ist im Abs. 2 die **Setzung einer Frist** für den Bestimmungsberechtigten vorgesehen (vgl. § 2151 Abs. 2 Satz 2, § 2193 Abs. 2, 3, § 2202 Abs. 3).

Die Frist ist auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgerichte zu bestimmen. Das Nachlaßgericht greift nicht von Amts wegen ein. Als Beteiligte sind zweifellos jeder Erbe (auch der Nacherbe), ein Mitvollstrecker, ein Vermächtnisnehmer und die nach § 2194 zu dem Verlangen auf Vollziehung einer Auflage Berechtigten anzusehen. Aber auch andere Nachlaßgläubiger sind zur Stellung des Antrags befugt, da sie im Hinblick auf § 2213 und CPO. § 748 ein Interesse an der Frage haben, ob die Testamentsvollstreckung zur Ausführung kommt oder nicht; a. M. Wilke Anm. 4, der nur die Pflichtteilsberechtigten noch als Beteiligte behandeln will.

Gegen die Verfügung, durch welche die Frist bestimmt wird, steht dem Antragsteller (bei zu langer Bemessung) und dem vom Erblasser ermächtigten Dritten die sofortige Beschwerde zu (FGG. § 80, RJA. 5 S. 41); die Zustellung der Verfügung hat daher in den Formen der CPO., erforderlichen Falles durch öffentliche Bekanntmachung (§ 203 CPO.) zu erfolgen (FGG. § 16). Bei Ablehnung des Antrags hat der Antragsteller die gewöhnliche Beschwerde (FGG. §§ 19, 20).

Mit dem fruchtlosen Ablaufe der Frist erlischt das Bestimmungsrecht des Dritten und es kommt, wenn der Erblasser nicht anderweit, insbesondere nach § 2200, Fürsorge getroffen hat, überhaupt nicht zur Testamentsvollstreckung.

Hat der Erblasser selbst eine Frist für die Ausübung des Bestimmungsrechts vorgeschrieben, so kann die Bestimmung jedenfalls nicht mehr nach dem Ablaufe dieser Frist erfolgen. Durch die Bestimmung einer Frist von seiten des Erblassers wird aber nicht ausgeschlossen, daß das Gericht eine kürzere Frist bestimmt; von Bedeutung ist dies für den Fall, daß die vom Erblasser vorgeschriebene Frist unangemessen lang ist (Dernburg 5 § 137).

8. Die Setzung einer Frist findet auch dann statt, wenn der Dritte unfähig ist, die Person des TV. zu bestimmen. Unfähig ist der Dritte z. B. dann, wenn er geschäftsunfähig ist, weil die Bestimmung ein Rechtsgeschäft ist und der Geschäftsunfähige eine rechtsgeschäftliche Erklärung

§. 2199. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker zu ernennen.

Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen Nachfolger zu ernennen.

Die Ernennung erfolgt nach §. 2198 Abs. 1 Satz 2.

---

nicht abgeben kann; eine Vertretung des Dritten durch seinen gesetzlichen Vertreter ist (ebenso wie die durch einen anderen Vertreter im Willen) ausgeschlossen, sofern nicht der Erblasser die Vertretung gestattet hat; die Fristsetzung hat in Fällen solcher Art den Zweck, eine unanfechtbare Rechtslage zu schaffen.

9. Eine Verlängerung der Frist durch das Nachlaßgericht selbst ist unzulässig (arg. § 18 FGG.).

§ 2199.

E. II § 2069 rev. § 2175; III § 2173. M. II Bd. 5 S. 248 ff.

1. **Ernennung eines TV. durch den TV.** Die Vorschriften des § 2199 enthalten eine besondere Anwendung des im § 2198 aufgestellten Satzes. Die in ihnen dem Erblasser verliehene Befugnis erstreckt sich nicht nur auf den von ihm selbst ernannten TV. (§ 2197), sondern auch auf denjenigen Vollstrecker, welcher von einem Dritten bestimmt (§ 2198) oder vom Nachlaßgericht ernannt ist (§ 2200).

2. **Ernennung eines Mitvollstreckers.** Nach Abs. 1 kann nicht nur die Person des Mitvollstreckers, sondern auch die Frage, ob überhaupt ein solcher ernannt werden soll, und die Zahl mehrerer Mitvollstrecker dem ursprünglich ernannten TV. überlassen werden. Ob mit der Ermächtigung des TV. auch eine entsprechende Verpflichtung verbunden ist, muß durch Auslegung festgestellt werden. Ein ihm bei der Auswahl zur Last fallendes Verschulden hat der TV. unter allen Umständen zu vertreten (vgl. Erl. 2a zu § 2218). Dem ursprünglichen TV. kann die Oberleitung vorbehalten werden (Erl. 6 zu § 2224). Steht die Ernennung des Mitvollstreckers mehreren TV. zu und können sich diese nicht einigen, so hat nach § 2224 Abs. 1 Satz 1 das Nachlaßgericht zu entscheiden.

3. Die Ermächtigung des TV. zur **Ernennung eines Nachfolgers** (Abs. 2) ist schon bisher in der Praxis üblich gewesen. Der TV. kann übrigens ermächtigt werden, nicht nur einen, sondern mehrere Nachfolger, und zwar solche, die als Mitvollstrecker oder die nacheinander in bestimmter Reihenfolge einzutreten haben, zu ernennen. Die Ermächtigung kann auch dahin gehen, daß der oder die Nachfolger einen anderen (engeren) Wirkungskreis haben sollen als der Ernannte. Sind mehrere TV. ermächtigt, bei dem Wegfall eines von ihnen sich durch Kooptation zu ergänzen, so gilt für den Fall einer Meinungsverschiedenheit das zu Nr. 2 Bemerkte. Ob der gemäß Abs. 2 ernannte Nachfolger seinerseits wiederum für befugt anzusehen ist, einen Nachfolger für sich zu berufen, ist Frage der Auslegung des letzten Willens, im Zweifel aber zu verneinen (a. M. Rüger S. 464).

4. Die Ermächtigung zur Ernennung eines Mitvollstreckers oder Nachfolgers kann auf bestimmte Fälle beschränkt sein (z. B. Tod, Unfähigkeit, Wechsel des Wohnsitzes, geschäftliche Behinderung des ersten Vollstreckers), sie kann aber auch vollkommen frei erteilt werden. Im letzteren Falle enthält die Ermächtigung zur Ernennung eines Nachfolgers die Befugnis des TV. sein Amt nach seinem Ermessen einem anderen zu übertragen (s. Erl. 2a zu § 2218). Abgesehen von einer solchen Ermächtigung ist der TV. zur vollständigen Übertragung seines Amtes weder befugt noch rechtlich imstande (§§ 2218, 664), was der Natur des Amtes als einer Vertrauensstellung entspricht. Zur Erledigung einzelner Geschäfte kann er einen Stellvertreter bestellen. Im Verhältnisse zum Erben ist freilich auch diese Befugniß des TV. dadurch bedingt, daß die Ermächtigung seitens des Erblassers erteilt oder nach dessen wahrscheinlichen Willen, z. B. für Behinderungsfälle, anzunehmen ist (§§ 2218, 664), welche letztere Frage im Zweifel zu bejahen sein dürfte. Dagegen ist die Wirksamkeit der Handlungen des Vertreters nach außen von einer solchen Ermächtigung unabhängig, wie aus der selbständigen Rechtsstellung des TV. zu folgern. Die gegenteilige Annahme würde auch zu praktisch unmöglichen Folgerungen führen. Wegen der Haftung des TV. für seine Vertreter und Gehilfen s. Erl. 2a zu § 2218, Erl. 3 zu § 2219. Die Bestellung eines Pflegers bei Behinderung des TV. an der Besorgung einzelner Angelegenheiten ist unzulässig (KG. 26 S. A 20, Vorbm. 2 vor § 1909).

§. 2200. Hat der Erblasser in dem Testamente das Nachlaßgericht ersucht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, so kann das Nachlaßgericht die Ernennung vornehmen.

Das Nachlaßgericht soll vor der Ernennung die Betheiligten hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnißmäßige Kosten geschehen kann.

---

5. Form. Die Ernennung des Mitvollstreckers oder des Nachfolgers erfolgt nach Abs. 3 durch eine gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung. Der Erblasser kann gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung vorschreiben (KG. 31 S. A 90). Die Einsicht der Erklärung ist nach § 2228 vom Nachlaßgerichte zu gestatten. Im übrigen s. wegen der Formerfordernisse Erl. 6 zu § 2198. Die Ernennung in anderer Form, insbesondere auch in einer letztwilligen Verfügung, ist unwirksam.

6. Zeitlich ist das Recht des TV. zur Ernennung eines Mitvollstreckers oder eines Nachfolgers nicht beschränkt, wenn nicht der Erblasser ein anderes letztwillig angeordnet hat. Die Bestimmung einer Frist (§ 2198 Abs. 3) findet nicht statt, natürlich hat aber der TV. die Befugnisse nach § 2199 Abs. 1, 2 nur, solange er im Amte ist (KG. 31 S. A 90). Bei einer nur zur Verwaltung des Nachlasses angeordneten Testamentsvollstreckung ergibt sich eine zeitliche Schranke aus dem § 2210 (s. Erl. dazu).

§ 2200.

E. II § 2070 rev. § 2176; III § 2174. M. II Bd. 5 S. 250 ff.

1. Die **gerichtliche Ernennung des TV.** ist nach dem Vorgange der hamburgischen Gesetzgebung aufgenommen worden.

Voraussetzung ist ein von dem Erblasser in der letztwilligen Verfügung (Erl. 1 zu § 2197) ausgesprochenes Ersuchen. Dieses braucht nicht gerade in förmlichen Worten abgefaßt zu sein, es muß aber doch der Wille des Erblassers, daß eine Testamentsvollstreckung eintreten und der Vollstrecker vom Nachlaßgericht ernannt werden soll, aus dem Testament unzweideutig erhellen, da dem Gericht eine besondere Prüfung, ob die Bestellung eines TV. dem Willen des Erblassers entspreche, nicht hat aufgebürdet werden sollen. Als ein solches verstecktes Ersuchen kann z. B. die Anordnung einer Pflegschaft für einen volljährigen Erben oder die Anordnung, daß der Erbe niemals die Verwaltung selbst haben solle, auszulegen sein (s. Erl. 5 zu § 1909, KG. 20 S. A 21, Rspr. 14 S. 300).

Von Amts wegen oder auf Antrag eines Nachlaßbeteiligten ist das Gericht nicht befugt, einen TV. zu ernennen.

2. Dem Gericht ist nicht die unbedingte Verpflichtung auferlegt, dem Ersuchen zu entsprechen, sondern nur eine nach pflichtmäßigem Ermessen auszuübende Befugnis übertragen. Die Beschränkung bezweckt einer Überlastung des Gerichts mit der Fürsorge für Privatinteressen vorzubeugen, die des staatlichen Schutzes entraten können.

3. Die gerichtliche Ernennung ist nicht nur hinsichtlich des ersten und alleinigen TV., sondern auch hinsichtlich eines Mitvollstreckers zulässig. Nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers muß das Gericht auch als befugt gelten, bei dem Wegfalle des von ihm ernannten TV. einen Nachfolger zu bestellen, also eine zweite Ernennung vorzunehmen, wenn die Aufgaben der Vollstreckung noch nicht erledigt sind. Das Nachlaßgericht kann auch eine Mehrzahl von TV. ernennen. Dies ist jedenfalls dann zulässig, wenn der Erblasser hierum ersucht hat, dürfte aber auch ohne solches Ersuchen unbedenklich sein; daraus daß der § 2199 Abs. 2 den TV. ermächtigt „einen oder mehrere Mitvollstrecker" zu ernennen, während der § 2200 Abs. 1 nur von „einen TV." spricht, dürfte das Gegenteil nicht zu folgern sein.

Zulässig ist auch ein bedingtes Ersuchen, z. B. nur für den Fall, daß der im Testamente Ernannte das Amt nicht annimmt oder daß ein nach § 2198 bestimmungsberechtigter Dritter sein Recht nicht ausübt. Das Ersuchen kann darauf beschränkt werden, daß der TV. nur für einen Erbteil oder nur für einzelne Nachlaßgegenstände (§ 2208) oder nur für die im § 2222 oder § 2223 bezeichneten Aufgaben ernannt wird.

4. In der **Auswahl des zum TV. zu Ernennenden** ist das Nachlaßgericht nicht beschränkt. Insbesondere kann es auch einen der Miterben zum TV. ernennen; den Alleinerben kann es nicht dazu ernennen. Der Erblasser kann bezüglich der Person des TV. Wünsche äußern, das Gericht ist aber hieran nicht gebunden. Insbesondere kann es zum TV. eine Person ernennen, die der Erblasser ausgeschlossen hatte.

§. 2201. Die Ernennung des Testamentsvollstreckers ist unwirksam, wenn er zu der Zeit, zu welcher er das Amt anzutreten hat, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder nach §. 1910 zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat.

---

5. **Welche Befugnisse dem TV. zustehen,** bestimmt sich auch bei dem vom Gericht Ernannten ausschließlich nach dem Willen des Erblassers (§§ 2203 ff., 2208). Es ist also z. B. zulässig, daß der Erblasser das Gericht ersucht, nur zu den in den §§ 2222, 2223 bezeichneten Zwecken einen TV. zu ernennen.

6. **Anhörung der Beteiligten.** Der Abs. 2 enthält eine bloße Ordnungsvorschrift, vgl. § 2216 Abs. 2 Satz 3, § 2227 Abs. 2. Die Beteiligten sind sowohl darüber, ob überhaupt ein Testamentsvollstrecker, als auch darüber, wer ernannt werden soll, zu hören. Beteiligter ist ein jeder, der ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung hat. Hierzu gehören an sich auch die Nachlaßgläubiger (Erl. 7 zu § 2198), doch wird deren Anhörung meist nur in beschränktem Maße tunlich sein.

7. Das FGG. enthält Vorschriften über die Einsicht der die Verfügung betreffenden Gerichtsakten und das Recht auf Erteilung einer (beglaubigten) Abschrift (§ 78 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2) oder einer Ausfertigung (§ 85 Satz 2).

8. Die die Ernennung enthaltende Verfügung tritt mit der Bekanntmachung an den TV. in Kraft.

9. Gegen die Verfügung, durch die von dem Nachlaßgericht ein TV. ernannt wird, findet nach dem FGG. (§ 81 Abs. 1) die sofortige **Beschwerde** statt. Die Beschwerde kann sich darauf beziehen, daß eine ungeeignete Person zum TV. ernannt worden ist. Daß die Beschwerde nur zulässig ist, solange der Ernannte das Amt nicht angenommen hat (Keidel FGG. § 81) ist mangels einer dem § 62 FGG. entsprechenden Vorschrift unzutreffend. Zur Einlegung der Beschwerde sind die Erben stets, der Ernannte dagegen überhaupt nicht befugt; ersteres, weil für die Erben immer die Möglichkeit besteht, daß ihr Recht durch die Ernennung beeinträchtigt wird (§ 20 FGG.), letzteres, weil der Ernannte das freie Ablehnungsrecht hat (§ 2202).

Will das Nachlaßgericht dem Ersuchen des Erblassers nicht entsprechen, so bedarf es einer förmlichen Entscheidung nur, wenn ein Beteiligter eine solche verlangt. Gegen die ablehnende Entscheidung steht die Beschwerde im Rechtswege demjenigen zu, der ein rechtliches Interesse an der Bestellung des TV. hat und Bestellung beantragt hat; denn in dem „kann" liegt die Pflicht das, worum es sich handelt, zu tun, wenn die materiellen Voraussetzungen gegeben sind. Ähnlich Strohal § 40 Anm. 8, Lafrenz in JW. 1903 S. 413 und RJA. 8 S. 189, wo jedem Nachlaßbeteiligten das Beschwerderecht darüber zugestanden wird, daß das Nachlaßgericht nicht alle in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt habe; a. A. die frühere Auflage, ferner Herzfelder.

Wird die vom Nachlaßgericht erfolgte Ernennung in der höheren Instanz aufgehoben, so bleiben die inzwischen von dem Ernannten oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirksam (FGG. § 32).

10. Die Frage, **ob ein Ersuchen** des Erblassers an das Nachlaßgericht zur Ernennung des TV. **überhaupt vorliegt,** wird nur vom Nachlaßgerichte geprüft und kann nur im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Erl. 9) angefochten werden; hat das Nachlaßgericht den TV. ernannt, so kann dessen Legitimation im Prozeßwege nicht mit Berufung darauf angefochten werden, daß ein Ersuchen nach § 2200 nicht vorliegt (a. A. KG. 31 S. A 86 und für das bisherige Recht RG. 23 S. 205). Vgl. die auch hier zutreffenden Ausführungen über die Frage, ob die Bestellung eines Vormundes wegen Mangels der Voraussetzungen derselben im Prozeßwege angefochten werden kann, in Bd. IV S. 648 Erl. 5 zu § 1773.

§ 2201.

E. I § 1891; II § 2071 rev. § 2177; III § 2175. P. I S. 9623 ff.; M. V S. 219. P. II Bd. 5 S. 252.

1. **Fähigkeit zum TV.** Im § 2201 werden die Fälle bestimmt, in welchen die Ernennung des TV. wegen eines in der Person des Ernannten liegenden Grundes unwirksam (d. h. nichtig, Erl. 1 zu § 165) ist.

a) Von den im § 104 aufgeführten drei Fällen der Geschäftsunfähigkeit kommt vorzugsweise der dauernde Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit und die Entmündigung wegen Geisteskrankheit in Betracht.

b) Wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit ist unwirksam die Ernennung eines Minderjährigen (§ 106) sowie einer Person, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder die gemäß § 1906 nach Stellung eines Entmündigungsantrags unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist (§ 114).

c) Wer nach § 1910 einen Pfleger erhalten hat, ist nicht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt; die Ernennung einer solchen Person zum TV. ist aber doch für unwirksam erklärt, weil die Gründe, die zur Bestellung des Pflegers führen, den Pflegebefohlenen zum Amte eines TV. untauglich machen. Ob der Pfleger nach § 1910 Abs. 1 wegen körperlicher Gebrechen des Pflegebefohlenen für dessen Person und Vermögen oder nach § 1910 Abs. 2 wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen nur für die Vermögensangelegenheiten bestellt ist, macht keinen Unterschied. Ist dagegen der Pfleger nach § 1910 Abs. 2 lediglich für die persönlichen Angelegenheiten oder nur für einzelne Vermögensangelegenheiten bestellt, so ist die Ernennung des Pflegebefohlenen zum TV. wirksam (vgl. die Erl. zu § 1910).

2. Die im § 2201 aufgeführten Unfähigkeitsgründe gelten auch, wenn der TV. vom Nachlaßgericht ernannt worden ist. Es ist nicht wie bei der Bestellung eines Vormundes (§§ 1780, 1781) zwischen Untauglichkeits- und Unfähigkeitsgründen unterschieden.

3. Der für die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Ernennung nach § 2201 **maßgebende Zeitpunkt** ist weder die Ernennung des TV., mag sie im Testamente (§ 2197) oder durch Bestimmung seitens eines Dritten (§§ 2198, 2199) oder durch das Nachlaßgericht (§ 2200) erfolgen, noch auch der Erbfall bzw. der spätere Termin, zu welchem bei bedingter oder befristeter Ernennung, insbesondere als Ersatzmann, die Berufung an den Ernannten ergeht. Es entscheidet vielmehr die Zeit, zu welcher der Ernannte das Amt anzutreten hat, dies ist der Zeitpunkt der Annahme (§ 2202 Abs. 1); a. A. Strohal § 40 Anm. 10. Hiernach ist die Ernennung eines Minderjährigen wirksam, wenn dieser erst nach dem Erbfall, aber vor der Abgabe der Annahmeerklärung volljährig oder für volljährig erklärt wird. Besteht für den Ernannten eine nach § 1910 angeordnete Pflegschaft, so kann er sich die Wirksamkeit der Ernennung sichern, indem er vor der Annahme bzw. vor dem Ablauf einer ihm bestimmten Annahmefrist gemäß § 1920 die Aufhebung der Pflegschaft erwirkt.

Auf der andern Seite bleibt die Unwirksamkeit der Ernennung bestehen, wenn der Mangel nach dem entscheidenden Zeitpunkte, z. B. durch Erreichung der Volljährigkeit, gehoben wird. Eine nur aufschiebende Wirkung des Mangels würde den Zwecken der Testamentsvollstreckung, die in der Regel baldiges Handeln erfordert, nicht entsprechen (R. V S. 220). Dies gilt auch dann, wenn der die Entmündigung des Ernannten aussprechende Gerichtsbeschluß später infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird oder die vorläufige Vormundschaft gemäß § 1908 Abs. 1 endigt oder im Beschwerdeweg oder nach § 1908 Abs. 3 aufgehoben wird; eine entsprechende Anwendung des § 115 bzw. des § 61 FGG. findet nicht statt.

4. Wegen des Falles, daß einer der im § 2201 genannten Unfähigkeitsgründe erst nach der Annahme des Amtes eintritt, s. § 2225.

5. Daß die Ernennung zum TV. unwirksam ist, wenn der Ernannte vor der Annahme oder schon vor dem Erbfalle stirbt, versteht sich bei der höchstpersönlichen Natur der Berufung von selbst. Überdies folgt aus § 2225, daß auch das angetretene Amt nicht vererblich ist.

6. Abgesehen von den aus § 2201 abzuleitenden Erfordernissen ist das Vorhandensein besonderer **persönlicher Eigenschaften** nicht rechtliche Voraussetzung für das Amt eines TV. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ernannten und der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (vgl. hinsichtlich des Vormundes § 1781 Nr. 3, 4, StGB. § 34 Nr. 6) läßt die Wirksamkeit der Ernennung unberührt; in diesen Fällen kann aber die Entlassung des TV. nach § 2227 zulässig sein und die Enthebung des TV. kann schon vor dem Antritte des Amtes ausgesprochen werden. Frauen sind wie schon nach bisherigem Rechte zum Amte eines TV. fähig, nicht minder Klosterpersonen. Wegen der Ehefrauen und der Beamten s. Erl. 10 zu § 2202.

7. Der Umstand, daß der **Ernannte bei der Testamentserrichtung mitgewirkt** hat, macht die Ernennung nicht unwirksam (Erl. zu § 2235).

8. Die **allgemeinen Gründe der Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen** (s. oben S. 356 ff.) gelten natürlich auch für die Ernennung eines TV. Insbesondere ist gemäß § 2078 Abs. 2 eine Anfechtung der Ernennung möglich, wenn der Erblasser solche in der Person des Ernannten liegende Umstände nicht gekannt hat, die ihn im Falle der Kenntnis von der Ernennung

§. 2202. Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ernannte das Amt annimmt.

Die Annahme sowie die Ablehnung des Amtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Die Erklärung kann erst nach dem Eintritte des Erbfalls abgegeben werden; sie ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird.

Das Nachlaßgericht kann dem Ernannten auf Antrag eines der Betheiligten eine Frist zur Erklärung über die Annahme bestimmen. Mit dem Ablaufe der Frist gilt das Amt als abgelehnt, wenn nicht die Annahme vorher erklärt wird.

---

abgehalten haben würden. Insofern ist es richtig, daß dieselben Gründe, die nach § 2227 die Entlassung des TV. rechtfertigen, auch die Unwirksamkeit der Ernennung zur Folge haben können.

9. Von der Gültigkeit der übrigen im Testamente getroffenen Verfügungen hängt die Ernennung zum TV. nur nach Maßgabe des § 2085 ab.

§ 2202.

E. I § 1892; II § 2072 rev. § 2178; III § 2176. P. I S. 9626 ff., 12248; M. V S. 220 ff. P. II Bd. 5 S. 252.

Drewes in Bl. f. Rpfl. im KGBez. 1906 S. 97.

1. **Beginn des Amtes des TV.** Das Amt des TV. (vgl. über diesen Ausdruck die Vorbm. 2) beginnt nach Abs. 1 mit der Annahme seitens des Ernannten. Es findet nicht ein Anfall kraft Gesetzes statt, vielmehr überkommt der Ernannte die Rechte und Pflichten eines TV. erst zufolge eigener positiver Willenserklärung.

2. **Form der Annahme oder Ablehnung** des Amtes. Mit Rücksicht auf die weittragenden Folgen der Testamentsvollstreckung bestimmt das BGB., daß zur Annahme oder Ablehnung des Amtes eine Erklärung gegenüber dem Erben, die dritten Personen leicht unbekannt bleibt, nicht genügt, vielmehr eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erforderlich ist. Eine besondere Form, insbesondere öffentliche Beglaubigung, ist nicht vorgeschrieben; die Erklärung kann schriftlich (vgl. § 130) oder mündlich zu Protokoll (des Richters oder des Gerichtsschreibers) abgegeben werden; für die Annahme oder Ablehnung des Amtes des TV. kommt sie aber erst in Betracht, wenn sie dem Nachlaßgerichte zugeht. Eine rein mündliche Erklärung vor dem Nachlaßgericht ohne Beurkundung entspricht, wie aus § 2228 hervorgeht, nicht der Absicht des Gesetzes, kann aber doch nicht als unwirksam angesehen werden. Es genügt auch eine sog. stillschweigende Willenserklärung, sofern der Wille des Ernannten, das Amt anzunehmen oder abzulehnen, aus anderen gegenüber dem Nachlaßgericht abgegebenen Erklärungen mit zweifelloser Klarheit erhellt, z. B. wenn der Ernannte beantragt, ihm gemäß § 2368 ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen. Sonstige schlüssige Handlungen, insbesondere die Besorgung von Geschäften des TV., können die Annahmeerklärung nicht ersetzen (a. A. Rspr. 10 S. 452, dagegen Förster Sächs. Arch. 12 S. 138; Bolck DJZ. 1903 S. 199). Die Annahme oder Ablehnung kann auch von einem Bevollmächtigten des zum TV. Ernannten erklärt werden. Eine besondere Form ist für die Vollmacht nicht vorgeschrieben (Rspr. 10 S. 452).

3. Daß die Erklärung erst **nach dem Eintritte des Erbfalls** wirksam erfolgen kann, entspricht den Vorschriften über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft und des Vermächtnisses (§ 1946, § 2180 Abs. 2 Satz 2). Wie in jenen Fällen ist vorherige Testamentseröffnung nicht erforderlich, vielmehr entspricht es der Aufgabe des TV., daß dieser, wenn er um seine Ernennung weiß und das Amt anzunehmen willens ist, sich baldigst bei dem Nachlaßgerichte meldet und seinerseits die Testamentsverkündung betreibt.

4. Da die Frage der Annahme oder Ablehnung des Amtes im Interesse aller Beteiligten alsbald endgültig entschieden werden soll, ist die Abgabe der Erklärung unter einer **Bedingung** oder **Zeitbestimmung** nicht zugelassen; eine derartig beschränkte Erklärung ist unwirksam (vgl. § 1947, § 2180 Abs. 1 Satz 2).

5. Die wirksam abgegebene Erklärung ist nach allgemeinen Grundsätzen **unwiderruflich** (KG. 29 S. A 45 = RJA. 5 S. 154, Appel in DJZ. 1900 S. 358). Hat der Ernannte abgelehnt, so kann er durch eine nachträgliche Annahme auch unter Zustimmung aller Beteiligten das Amt eines TV. nicht mehr erlangen. Die Erben können ihn nur zu ihrem Generalbevollmächtigten

bestellen. Dagegen würde eine erneute Ernennung auf dem in den §§ 2198, 2200 vorgesehenen Wege angängig sein, wenn der Erblasser einem Dritten bzw. dem Nachlaßgerichte die Bestimmung eines Ersatzvollstreckers übertragen hat. Die Unwiderruflichkeit der Annahmeerklärung wird dem praktischen Ergebnisse nach allerdings dadurch beseitigt, daß der TV. sein Amt jederzeit kündigen kann (§ 2226). Rechtlich ist jedoch zwischen dem Widerrufe, der die Annahme ungeschehen machen würde, und der Kündigung, welche die bestehende Testamentsvollstreckung beendigt, zu unterscheiden.

6. Eine gerichtliche Bestätigung oder Verpflichtung des TV. findet nicht statt.

7. **Zeugnis über die Annahme des Amtes.** Die Annahme des Amtes ist Voraussetzung der Ausübung desselben (KG. 25 S. A 279). Dem Grundbuchamte muß also, wenn der TV. über im Grundbuch eingetragene Rechte verfügen will, die Annahme des Amtes durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (KG. 24 S. A 223; 28 S. A 283 = RJA. 3 S. 133; 4 S. 265). Durch das nach § 2368 erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis wird der Nachweis der Annahme erbracht (RG. in JW. 1906 S. 133). Der TV. kann aber auch ein Zeugnis des Nachlaßgerichts nur über die Annahme des Amtes verlangen; dieses Zeugnis unterliegt den gleichen Voraussetzungen wie das Testamentsvollstreckerzeugnis (RJA. 8 S. 20), unterscheidet sich jedoch von ihm nicht nur inhaltlich, insofern es die Beschränkungen oder Erweiterungen der Befugnisse des TV. nicht angibt, sondern auch dadurch, daß es keinen öffentlichen Glauben im Sinne der §§ 2365 ff. genießt.

8. Wegen der Einsicht der Annahme- oder Ablehnungserklärung § 2228.

9. Eine gesetzliche **Verpflichtung zur Übernahme des Amtes** eines TV. besteht nach dem BGB. nicht. Wie bei der Nachlaßverwaltung (§ 1981 Abs. 3) greift auch hier der Grund durch, daß die Fürsorge für bloße Privatinteressen nicht zu einer allgemeinen Bürgerpflicht erhoben werden kann. Zu bemerken ist folgendes:

a) Im E. I des EG. Art. 90 war ein Vorbehalt zugunsten der **landesgesetzlichen Vorschriften** aufgenommen, nach denen den **Notaren** die Verpflichtung zur Übernahme einer Testamentsvollstreckung obliegt. Diese Vorschrift ist von der zweiten Kommission als entbehrlich gestrichen worden, weil es sich von selbst verstehe, daß die Landesgesetzgebung den Notaren, möchten diese die Stellung von Beamten haben oder nicht, bestimmte Verpflichtungen nicht nur als öffentlich-rechtliche Amtspflicht, sondern auch privatrechtlich gegenüber den Interessenten auferlegen könne. Ob das letztere richtig ist, kann vielleicht bezweifelt werden und wird auch durch § 200 des FGG. nicht entschieden. Die Frage ist indessen ohne praktische Bedeutung, da die Landesgesetzgebung jedenfalls berechtigt ist, die einem Notar oder sonstigen Beamten auferlegte Amtspflicht zur Annahme des Amtes eines TV. im Sinne des BGB. § 839 auch zu einer Pflicht gegenüber dem beteiligten Dritten zu machen. Dies wird, wenn die gedachte Amtspflicht auferlegt ist, im Zweifel als gewollt anzusehen sein. Hieraus ergibt sich dann insbesondere die Verpflichtung zum Ersatze des durch eine unbegründete Ablehnung entstandenen Schadens nach Maßgabe des § 839 Abs. 1, 3. In Preußen sind übrigens die Notare zur Übernahme der Testamentsvollstreckung nicht verpflichtet; auch in Bayern besteht eine solche Verpflichtung nicht (vgl. NotGes. Art. 13, 107).

b) Durch **Vertrag** zwischen dem Ernannten und dem Erblasser oder dem Erben kann eine Verpflichtung zur Annahme des Amtes wirksam begründet werden. In der bloßen Erklärung der Bereitwilligkeit zur Übernahme wird freilich ein bindendes Versprechen meist nicht zu erblicken sein. Wenn jedoch der Wille beider Teile auf Begründung einer rechtlichen Verpflichtung des Ernannten bzw. noch zu Ernennenden gerichtet war, so besteht kein Grund, einem solchen Vertrage die Rechtswirksamkeit abzusprechen (so M. V S. 221, a. M. Strohal § 40 Anm. 2, Weißler S. 184 Anm. 20). Ob im Falle der Verurteilung zur Annahme des Amtes als TV. die Annahme mit der Rechtskraft des Urteils nach Maßgabe der CPO. § 894 als erfolgt gilt, hängt von der Beantwortung der bestrittenen Frage ab, ob der § 894 auch auf Willenserklärungen, die gegenüber einer Behörde abzugeben sind, Anwendung findet. Bejaht man diese Frage, die hier nicht näher erörtert werden kann, so ist der zur Annahme Verurteilte mit der Rechtskraft des Urteils TV. geworden, kann aber nach § 2226 sofort kündigen. Ein Urteil, durch welches der TV. zur Erfüllung der ihm als solchem obliegenden Verrichtungen verurteilt wird, dürfte der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der CPO. § 888 Abs. 1 nicht unterliegen (§ 888 Abs. 2). Dagegen macht sich der Ernannte, wenn er die Annahme oder die Ausführung des Amtes verzögert bzw. verweigert, nach allgemeinen Grundsätzen dem Erben gegenüber schadensersatzpflichtig. Auch das Versprechen einer Vertragsstrafe ist gültig. Dieser Auffassung steht weder die Zulässigkeit der freien Kündigung noch die Natur der Testamentsvollstreckung als eines

Treueverhältnisses entgegen. Nur eine Bindung des Erblassers wird durch den § 2302 ausgeschlossen.

c) Der Erblasser kann die Annahme der Testamentsvollstreckung zur **Auflage einer Zuwendung** machen, mit der er den Ernannten bedenkt. Daß die Ernennung und die Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) in diesem rechtlichen Zusammenhange stehen, ist im Zweifel nicht anzunehmen. Hat jedoch der Erblasser das Gegenteil erkennbar gewollt, so können die im § 2194 bezeichneten Personen, wenn der Ernannte die Zuwendung annimmt, gegen ihn auf Annahme der Testamentsvollstreckung klagen. Über die Zwangsvollstreckung s. oben unter b. Da die Testamentsvollstreckung in der Regel keinen Vermögensaufwand seitens des Vollstreckers erfordert, so kommt eine Anwendung des § 2196 nicht in Betracht. Auch die Wirksamkeit der Zuwendung kann wegen der tatsächlichen Unwirksamkeit der Auflage nach § 2195 meist nicht in Zweifel gezogen werden. Der Erblasser wird daher, wenn er die Annahme der Testamentsvollstreckung durch die Zuwendung sichern will, besser tun, statt der Rechtsform der Auflage diejenige der Bedingung zu wählen.

10. Daß zur wirksamen Annahme des Amtes eines TV. volle **Geschäftsfähigkeit** erforderlich ist, würde sich schon aus allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 107) ergeben, da der TV. in erster Linie Verpflichtungen übernimmt. Mit Rücksicht auf § 2201 kann jedoch ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter das Amt auch nicht mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters übernehmen.

Eine **Ehefrau** bedarf zur Annahme einer Testamentsvollstreckung nicht der Zustimmung ihres Mannes (s. § 1399 Abs. 1), dagegen wird dem Manne ein Kündigungsrecht nach Analogie des § 1358 dem Zwecke dieser Vorschrift entsprechend zuzugestehen sein. A. M. Marcus S. 59 Märker S. 157; Seckt S. 43; Dernburg 5 § 139.

Soweit **Beamte** oder **Religionsdiener** nach den für sie maßgebenden Bestimmungen zur Übernahme einer Testamentsvollstreckung einer besonderen Erlaubnis bedürfen, ist der Mangel derselben auf die Wirksamkeit der Annahme ohne Einfluß (vgl. §§ 1784, 1888, Erl. 2 zu § 2227).

11. Die Befugnis des Nachlaßgerichts, dem Ernannten eine **Erklärungsfrist** zu bestimmen (Abs. 3), beruht auf demselben Grunde wie die Vorschrift des § 2198 Abs. 2. Auch der Kreis der antragsberechtigten Beteiligten ist hier derselbe wie dort. Gegen die Fristbestimmung findet die sofortige Beschwerde statt (FGG. § 81 Abs. 1), die wegen zu langer Bemessung der Frist auch dem Antragsteller zusteht. Ist die Rechtzeitigkeit der Annahme streitig, so hat derjenige, welcher sie bestreitet, den Zeitpunkt des Fristbeginns zu beweisen; wer sich darauf beruft, daß der Ernannte TV. geworden, muß dartun, daß die Annahmeerklärung vor dem Ablaufe der Frist bei dem Nachlaßgericht eingegangen ist.

Ist eine Fristbestimmung nicht möglich, weil der Aufenthalt des zum TV. Ernannten unbekannt oder nicht erreichbar ist oder die Zustellung unverhältnismäßige Nachteile für den Nachlaß hätte, so kann das Nachlaßgericht dadurch helfen, daß es den TV. nach § 2227 seines Amtes entsetzt (Dernburg 5 § 139).

12. Handlungen, die der Ernannte **vor der Annahme des Amtes** vornimmt, sind nicht als Handlungen eines TV. anzusehen. Ein von dem Ernannten vorgenommenes Rechtsgeschäft (und zwar sowohl ein einseitiges Rechtsgeschäft als auch ein dinglicher oder obligatorischer Vertrag) wird jedoch wirksam, wenn dieser es nach der Annahme des Amtes genehmigt (vgl. § 108 Abs. 3, § 177 Abs. 1, § 180). Der Ernannte ist bei einem solchen Vertragsschluß als Vertreter des TV. anzusehen und seine eigenen Rechte und Pflichten aus der Geschäftsbesorgung sind nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu bestimmen. In diesem Sinne, daß der TV., nicht etwa der Erblasser oder der Erbe, als der Geschäftsherr anzusehen ist, dürfte die von Sturm (S. 67, 68) bekämpfte Bemerkung der Protokolle (Bd. 5 S. 253) von der Anwendbarkeit der Vorschriften über die negotiorum gestio zu verstehen sein. Abgesehen von einer solchen späteren Genehmigung werden die von dem Ernannten vor der Annahme des Amtes über Nachlaßgegenstände getroffenen Verfügungen nicht durch Konvaleszenz wirksam, da die Voraussetzungen des § 185 Abs. 2 nicht vorliegen.

Wegen der Frage, ob Verfügungen des Erben, die vor der Annahme des Amtes durch den TV. erfolgt sind, Wirksamkeit beizumessen ist, s. Erl. 3 zu § 2211.

Hervorzuheben ist, daß der TV. zur Stellung des Antrags auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger auch nach der Annahme seines Amtes erst dann befugt ist, wenn der Erbe die Erbschaft angenommen hat.

§. 2203. Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen.

---

§ 2203.

E. I § 1897 Abs. 1; II § 2073 rev. § 2179; III § 2177. P. I S. 9647, 9655 ff., 9676 ff., 11359; M. V S. 226 ff. P. II Bd. 5 S. 261 ff., 283.

1. Die erste und bedeutendste Aufgabe des TV. ist die **Ausführung der letztwilligen Verfügungen** des Erblassers. Sie liegt ihm nicht nur in dem Sinne ob, daß er darüber zu wachen hat, daß der Erbe den letzten Willen des Erblassers vollzieht, sondern er hat unmittelbar ausführend als „Vollstrecker" tätig zu werden, z. B. selbst die Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen. Dies gilt auch von den Beschwerungen, die nicht dem Erben, sondern einem Vermächtnisnehmer auferlegt sind.

Eine besondere Anwendung des § 2203 findet sich im § 83, nach welchem der TV. die staatliche Genehmigung zu einer von dem Erblasser letztwillig errichteten Stiftung einzuholen hat. Betreffs letztwilliger Anordnungen für die Verwaltung des Nachlasses s. § 2216 Abs. 2.

2. Vom Wirkungskreise des TV. ausgenommen sind naturgemäß die letztwilligen Verfügungen, die ihrem Inhalte nach nur von einem anderen ausgeführt werden können, insbesondere familienrechtliche Anordnungen nach §§ 1639, 1803, 1909, 1917, und Auflagen, die ein Unterlassen des Beschwerten zum Gegenstande haben. Außerdem kann der Wille des Erblassers dahin gehen, daß der TV. alle oder einzelne Verfügungen des Testaments nicht selbst zur Ausführung bringen soll. In diesen Fällen kann und muß der TV. im Zweifel doch die Ausführung von dem Erben oder dem sonst Beschwerten verlangen (§ 2208 Abs. 2).

3. Daß der TV. die Ausführung der letztwilligen Verfügungen nur mit den Mitteln des Nachlasses, also weder mit eigenen Mitteln noch mit solchen des Erben (gegen dessen Willen) zu bewirken hat, versteht sich von selbst. Wenn ihm aber auch die Ausführung von Verfügungen nicht zukommt, die aus den Mitteln des Nachlasses nicht vollzogen werden können, so fallen doch auch solche Verfügungen in seinen Wirkungskreis, insofern er dafür zu sorgen hat, daß der Erbe oder der sonst Beschwerte den letzten Willen des Erblassers ausführt (§ 2208 Abs. 2). Bezüglich der Befugnis des TV., die Vollziehung von Auflagen zu verlangen, s. § 2194.

Reicht der Nachlaß nicht aus, um alle Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen, so darf der TV. nicht die Erfüllung unterlassen, er muß aber die dem Erben nach § 1992 zustehenden Rechte gebrauchen.

4. Das Recht und die Pflicht des TV. gemäß § 2203 erstreckt sich auch auf solche letztwillige Verfügungen, die lediglich im Interesse des Bedachten getroffen sind oder an deren Ausführung kein Dritter ein rechtliches Interesse hat. Die Frage, ob derartige Verfügungen, bei denen kein konkretes Recht einer bestimmten Person, sondern nur das ideale Interesse des Erblassers in Betracht kommt, von dem TV. auch gegen den übereinstimmenden Willen der Nachlaßbeteiligten durchgesetzt werden können, war für das bisherige Recht bestritten (vgl. für die verneinende Ansicht RG. 14 S. 278; 16 S. 185; Eccius IV § 255; für die Bejahung RG. 25 S. 292; 43 S. 335; Dernburg III § 125 Anm. 3, preuß. PrivR. III § 166). Für das BGB. ist die Frage zu bejahen. Hiernach hat der TV. insbesondere eine Anordnung zur Ausführung zu bringen, durch die ein Bedachter nicht zugunsten einer dritten Person, sondern in seinem eigenen Interesse in der Verfügung über das Zugewendete beschränkt wird (s. § 2338 Abs. 1 Satz 2). Das gleiche gilt für Anordnungen über die Bestattung des Erblassers (Leichenverbrennung s. Marcus in CBl. f. FG. 5 S. 767), die Erziehung seiner Kinder oder die Veröffentlichung hinterlassener Papiere. Voraussetzung ist jedoch, daß die Verfügung an sich zulässig und rechtswirksam ist (vgl. betreffs der in dieser Beziehung bestehenden Grenzen Erl. 2 vor § 1937). Eine an sich unwirksame letztwillige Verfügung kann durch die Ernennung eines TV. nicht wirksam gemacht werden (RG. 43 S. 338).

5. Wegen der Stellung des TV. bei Streitigkeiten über die Gültigkeit einer Erbeinsetzung s. Vorbm. 4 vor § 2197.

6. **Mittel zur Durchführung der Aufgabe.** Um seiner in § 2203 bestimmten Aufgabe genügen zu können, muß der TV. nötigenfalls zunächst die Eröffnung der Verfügung von Todes wegen betreiben. Zur Durchführung seiner Aufgabe ist ihm ferner in den §§ 2205, 2206 die Verwaltung des Nachlasses und die Befugnis über Nachlaßgegenstände zu verfügen, sowie den Nachlaß erforderlichenfalls mit Schulden zu belasten, eingeräumt. Auch hat er das Recht, sich einen Erbschein erteilen zu lassen (RG. 22 S. A 56; 26 S. A 62).

7. Wenngleich das Recht des TV., die letztwilligen Verfügungen nötigenfalls auch gegen den Willen des Erben auszuführen, zweifellos ist, so fragt sich doch, wie sich der TV. zu verhalten hat, **wenn der Erbe gegen die Ausführung**, insbesondere gegen die Entrichtung eines Vermächtnisses oder die Vollziehung einer Auflage **Widerspruch erhebt.** Voraussetzung für die Berechtigung und Verpflichtung des TV. nach § 2203 ist natürlich die Gültigkeit der letztwilligen Verfügungen. Der TV. hat daher schon aus sich heraus, um so mehr aber bei einem Widerspruche des Erben zu prüfen, ob Gründe für die Nichtigkeit, Anfechtbarkeit oder sonstige Unwirksamkeit einer Verfügung bestehen (vgl. RG. 42 S. 221 ff.). Bleibt die Frage zweifelhaft, so kann er im Wege einer gegen den Erben gerichteten Feststellungsklage die Beseitigung des Widerspruchs herbeiführen. Da der TV. einerseits verpflichtet ist, die Verfügungen des Erblassers ohne Verzögerung auszuführen und auf Erfüllung dieser Pflicht gerichtlich belangt werden kann (§§ 2203, 2213), andererseits aber im Falle eines Verschuldens dem Erben für den aus der Ausführung einer ungültigen Verfügung entstehenden Schaden haftet (§ 2219), so wird das nach ZPO. § 256 erforderliche rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung wohl immer gegeben sein (P. II Bd. 5 S. 270). Auf der anderen Seite kann im einzelnen Falle auch der Erbe ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen gerichtlichen Feststellung haben, daß eine letztwillige Verfügung unwirksam und daher vom TV. nicht auszuführen ist (P. II a. a. O., vgl. M. V S. 243). Nur wird bei der Feststellungsklage des Erben, wenn nicht die Tätigkeit des TV. lahmgelegt werden soll, das Vorhandensein dieser prozessualischen Voraussetzung besonders vorsichtig zu prüfen sein. Steht die Ausführung der streitigen Verfügung durch den TV. unmittelbar bevor oder hat sie bereits begonnen, so kann der Erbe auch direkt auf Unterlassung klagen (a. A. Herzfelder) und nötigenfalls eine Strafandrohung nach ZPO. § 890 Abs. 2 gegen den TV. erwirken. Das die Ungültigkeit der Verfügung im Prozesse zwischen dem Erben und dem TV. feststellende Urteil wirkt natürlich nicht gegen denjenigen, zu dessen Gunsten die Verfügung lautet. Wird in dem von diesem gegen den TV. nach § 2213 erstrittenen Urteile die Gültigkeit der Verfügung anerkannt, so wirkt das Urteil nach § 327 Abs. 2 der ZPO auch gegen den Erben (Strohal § 40a).

Was im vorstehenden für den Fall bemerkt ist, daß über die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung Zweifel besteht, gilt auch dann, wenn der Sinn einer Verfügung zwischen dem TV. und dem Erben streitig ist.

Hat der TV. ein nicht zu Recht bestehendes Vermächtnis bzw. eine solche Auflage erfüllt, so steht dem Erben die Rückforderung nach den Bereicherungsgrundsätzen zu.

8. Die Erl. 6 und 7 gelten auch, wenn es sich um die Erfüllung einer einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerung handelt und deren Wirksamkeit zweifelhaft oder vom Beschwerten bestritten ist.

9. Zur **Anfechtung der Verfügung von Todes wegen** ist der TV. nicht befugt. Nur wenn eine die Ernennung zum TV. aufhebende Verfügung anfechtbar ist, steht das Anfechtungsrecht auch dem TV. zu (Strohal § 41), und gleiches muß von sonstigen die Testamentsvollstreckung einschränkende Verfügungen gelten, z. B. wenn die den Wirkungskreis des TV. einengende Verfügung oder die Verfügung anfechtbar ist, durch die eine andere für einen Nachfolger des TV. sorgende Verfügung aufgehoben wird (vgl. auch § 2081).

10. Eine Verpflichtung des TV., dem Erben von der Ausführung einer letztwilligen Verfügung **vorher Anzeige zu erstatten**, besteht nicht unbedingt. In der zweiten Kommission war zwar eine solche Anzeigepflicht mit Beziehung auf Vermächtnisse und Auflagen anfänglich beschlossen worden, der Beschluß wurde jedoch aufgehoben, weil eine solche dem bisherigen Rechte fremde Verpflichtung die Vertrauensstellung des TV. erschweren und die Erfüllung der Verbindlichkeiten verzögern würde (P. II Bd. 5 S. 270, 283). Bestehen gegen die Ausführung einer Verfügung des Erblassers Bedenken, so wird der gewissenhafte TV. sich von selbst zuvor mit dem Erben ins Benehmen setzen. Überdies aber schließt das dem Erben nach §§ 2218, 666 zustehende Recht auf Auskunft die Verpflichtung des TV. in sich, den Erben auf Verlangen auch über erst noch beabsichtigte Amtshandlungen aufzuklären.

11. Die ältere gemeinrechtliche Lehre gab dem TV. die Befugnis zur **authentischen Interpretation** des Testaments, was auch in das preuß. ALR. (I 12 § 561) übergegangen ist. Das BGB. gewährt in Übereinstimmung mit der neueren Theorie dem TV. diese Befugnis nicht (RG. 66 S. 103, JW. 1907 S. 390; a. M. Böhm S. 184). Der Erblasser kann aber den TV. ermächtigen, über den Sinn zweifelhafter Stellen des Testaments mit bindender Kraft gegenüber allen Beteiligten zu entscheiden. Eine solche Erweiterung der Befugnisse des TV.

§. 2204. Der Teſtamentsvollſtrecker hat, wenn mehrere Erben vorhanden ſind, die Auseinanderſetzung unter ihnen nach Maßgabe der §§. 2042 bis 2056 zu bewirken.

Der Teſtamentsvollſtrecker hat die Erben über den Auseinanderſetzungsplan vor der Ausführung zu hören.

---

liegt innerhalb der der Verfügungsmacht des Erblaſſers gezogenen Grenzen (ſ. Erl. 6 zu § 2208). Der Erblaſſer kann den TV. zum Schiedsrichter beſtellen, falls unter den Nachlaßbeteiligten über den Sinn des Teſtaments Streit entſtehen ſollte (ſ. oben S. 32; Strohal § 40a). Nimmt man aber dies an, ſo muß man auch die Wirkſamkeit der letztwilligen Verfügung anerkennen, daß der TV. befugt ſein ſoll, ſeine Auffaſſung des Teſtaments gegenüber der übereinſtimmenden abweichenden Auffaſſung der Nachlaßbeteiligten zur Geltung zu bringen. Weſentlich iſt nur, daß über den Sinn der Verfügung überhaupt ein Zweifel möglich iſt, und die Entſcheidung dieſer Vorfrage iſt eventuell im Prozeßwege herbeizuführen. So verſtanden verſtößt auch die hier verteidigte Befugnis des Erblaſſers keineswegs gegen den Grundſatz des § 2065 (a. M. Wilke Anm. 2; Märker S. 163; Seckt S. 49).

12. Hat der Erblaſſer beſtimmt, daß Streitigkeiten im Vollzuge ſeines letzten Willens durch ein **Schiedsgericht** auszutragen ſeien, ſo hat der TV. dieſe Anordnung zu befolgen. Freilich muß der Erblaſſer dadurch, daß er die Befolgung als Bedingung der Zuwendungen ſetzt oder für den Fall der Nichtbefolgung Zuwendungen anordnet, gegenüber dem Erben und den Vermächtnisnehmern einen Zwang zur Befolgung ausüben; ſonſt iſt der TV. rechtlich nicht in der Lage, die vom Erblaſſer angeordnete ſchiedsgerichtliche Austragung durchzuführen.

§ 2204.

E. I § 1898 Abſ. 1, Abſ. 2 Satz 1, Abſ. 3—6; II § 2074 Abſ. 1 Satz 1, Abſ. 2 rev. § 2180; III § 2178. P. I S. 9647, 9655, 9657 ff., 9670 ff., 11286, 11426; M. V S. 228 ff. P. II Bd. 5 S. 272 ff.; Bd. 6 S. 96 ff., 342, 348.

Kreß Erbengemeinſchaft (1903) § 23.

1. Während der E. I dem TV. die **Auseinanderſetzung unter den Miterben** nur in beſtimmten Fällen übertrug, iſt der TV. nach dem BGB. ohne weiteres zur Bewirkung der Auseinanderſetzung berechtigt und verpflichtet, gleichviel ob der Erblaſſer beſondere Anordnungen für dieſelbe getroffen hat oder nicht. Nur dann gehört die Auseinanderſetzung nicht zu den Obliegenheiten des TV., wenn der Erblaſſer ſie ihm erſichtlich nicht hat übertragen wollen (§ 2208 Abſ. 1, § 2209).

2. Von dieſen Ausnahmefällen abgeſehen, findet, ſofern ein TV. vorhanden iſt, ein **Auseinanderſetzungsverfahren vor dem Nachlaßgerichte** nicht ſtatt (FGG. § 86 Abſ. 1), und zwar auch dann nicht, wenn der TV. und alle Nachlaßbeteiligten über die Anrufung des Gerichts einverſtanden ſein ſollten. Die Aufgabe des TV. geht auch weiter als die des Nachlaßgerichts. Denn während dieſes nur eine vermittelnde Stellung einnimmt und weder eine materielle Entſcheidung treffen noch einen Zwang auf die Entſchließung der Erben ausüben kann, hat der TV. die Auseinanderſetzung ſelbſt zu bewirken und nötigenfalls gegen den Willen der Erben durchzuführen. Das Moment der Einigung der Erben kommt für die vom TV. bewirkte Auseinanderſetzung rechtlich nicht in Betracht. Die Erben ſind jedoch an die Feſtſetzung des TV. gebunden, wie wenn ſie dieſelbe vereinbart hätten. Hinter der gerichtlichen Erbauseinanderſetzung ſteht die durch den TV. bewirkte inſofern zurück, als aus jener nach § 98 des FGG. unmittelbar die Zwangsvollſtreckung ſtattfindet.

3. Der TV. hat bei der Auseinanderſetzung **die Vorſchriften der §§ 2042—2056 zu beobachten.** Hierin liegt folgendes:

a) Die Auseinanderſetzung muß unterbleiben, ſolange ſie nach § 2043 wegen der Unbeſtimmtheit der Erbteile unzuläſſig oder nach § 2044 von dem Erblaſſer wirkſam ausgeſchloſſen iſt oder wenn von einem Miterben gemäß § 2045 bis zu den dort beſtimmten Zeitpunkten Aufſchub verlangt wird.

b) Der TV. hat aus dem Nachlaſſe zunächſt gemäß § 2046 die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen und zu dem Zwecke den Nachlaß, ſoweit erforderlich, in Geld umzuſetzen.

c) Soweit ſich unter den Miterben Abkömmlinge des Erblaſſers befinden, ſind bei der Berechnung der den letzteren gebührenden Beträge die etwa beſtehenden Ausgleichungspflichten

zu berücksichtigen (§§ 2050 ff.). Die nach § 2057 den Miterben untereinander obliegende Pflicht, über die erhaltenen Zuwendungen Auskunft zu erteilen, besteht auch, wenn dem TV. die Auseinandersetzung obliegt. Dem TV. gegenüber liegt jedoch die Auskunftspflicht den Miterben nicht ob. Dies ergibt sich schon daraus, daß der § 2057 im § 2204 nicht mit angeführt ist. Da die Miterben hinsichtlich der Ausgleichungspflicht Beschlüsse fassen können, die den TV. binden, ist es auch ihre Sache, wenn sie die Ausgleichungspflicht berücksichtigt haben wollen und bezüglich eines von ihnen Zweifel bestehen, dem TV. durch das Verlangen der Auskunft die erforderlichen Behelfe an die Hand zu geben. Auch kann jeder Miterbe dem TV. Vollmacht zur Stellung des Verlangens nach Auskunft erteilen. Vgl. Erl. 4 zu § 2057.

d) Hat der Erblasser gemäß § 2048 bestimmte Anordnungen für die Auseinandersetzung getroffen, so sind diese zu befolgen. Andernfalls hat der TV. die gesetzlichen Teilungsvorschriften, insbesondere die nach § 2042 Abs. 2 anwendbaren §§ 752—754, zu beobachten. Eine Abweichung von diesen Vorschriften ist nur im Einverständnisse mit allen Erben zulässig (a. M. Cosack II S. 755). Ob der TV. berechtigt ist, teilungshalber die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks zu beantragen, kann nach der Fassung des ZVG. § 181 Abs. 2 zweifelhaft erscheinen, wird aber auf Grund des BGB. § 753 Abs. 2, § 2042 Abs. 2, § 2204 Abs. 1 zu bejahen sein. Jedenfalls kann ein TV., dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, das in den §§ 175 ff. des ZVG. geregelte Versteigerungsverfahren zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten, das gleichfalls zur Auseinandersetzung führt, beantragen, sofern die besonderen Voraussetzungen dieses Verfahrens bestehen (ZVG. § 175 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit CPO. § 991 Abs. 2).

Der Erblasser kann den TV. ermächtigen, die Auseinandersetzung statt nach den gesetzlichen Vorschriften nach seinem billigen Ermessen vorzunehmen, doch besteht für eine solche Ermächtigung keine Vermutung (§ 2048 Satz 2; P. II Bd. 5 S. 274, 885). Die von dem TV. auf Grund solcher Ermächtigung getroffene Bestimmung ist unverbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist (§ 2048 Satz 3, s. dort Erl. 3).

4. **Vereinbarungen der Erben** binden den TV. nicht (RG. 61 S. 145), weder soweit der Erblasser bestimmte Anordnungen über die Auseinandersetzung getroffen hat, noch soweit das billige Ermessen des TV. entscheidet. Dies ergibt sich bei dem Schweigen des Gesetzes von selbst aus der Stellung des TV. und entspricht dem nach wiederholtem Wechsel ergangenen endgültigen Beschlusse der zweiten Kommission (vgl. P. II Bd. 5 S. 273, Bd. 6 S. 97, 348). Zweifelhaft ist, ob der TV. sich einem einstimmigen Beschlusse der Erben fügen muß, der von den gesetzlichen Teilungsvorschriften abweicht, sofern in Ermangelung besonderer Anordnungen des Erblassers und einer Ermächtigung des TV., nach freiem Ermessen zu verfahren, lediglich diese Vorschriften in Betracht kommen. Allein auch dies ist zu verneinen. Denn wenn jene Vorschriften, insbesondere die §§ 752—754, auch nur dispositiver Natur sind, so folgt doch daraus nicht, daß eine abweichende Vereinbarung der Erben auch dem TV. gegenüber wirksam wäre. Natürlich kann dieser im Einverständnisse mit den Erben eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Art der Teilung festsetzen und er wird sich auch nicht immer einer Pflichtverletzung schuldig machen, wenn er sich mit den Erben über eine Abweichung von bestimmten Anordnungen des Erblassers verständigt (P. II Bd. 6 S. 349). Überhaupt wird der TV. gut tun, nach Möglichkeit auf die Wünsche der Erben einzugehen.

Bindende Wirkung ist gegen die Regel dem Beschlusse der Erben beizulegen, sich in Ansehung des Nachlasses überhaupt nicht auseinander zu setzen, sondern in der Erbengemeinschaft zu verbleiben, denn nach § 2042 haben die Erben nur ein Recht auf Auseinandersetzung, hieran aber soll der § 2204 nichts ändern. Nicht minder muß ihnen das Recht zugestanden werden, hinsichtlich der Ausgleichung wirksame Beschlüsse zu fassen, da sie sich die Ausgleichungspflicht gegenseitig erlassen können.

5. Was das **Verfahren** betrifft, so ist dem TV. lediglich im Abs. 2 zur Pflicht gemacht, die Erben über den Auseinandersetzungsplan vor der Ausführung zu hören, d. h. ihnen Gelegenheit zu geben, etwaige Wünsche oder Bedenken ihm gegenüber mündlich oder schriftlich zu äußern. Diese Verpflichtung ist eine unbedingte; der TV. muß daher, wenn ein Miterbe durch Abwesenheit verhindert, noch nicht geboren oder seiner Person nach unbekannt ist, gemäß §§ 1911—1913 die Bestellung eines Pflegers veranlassen und diesen über den Plan hören. Zur Bestimmung einer Ausschlußfrist für etwaige Widersprüche ist der TV. nicht befugt. Daß er die Erben über den Auseinandersetzungsplan gehört hat, braucht er, wenn er im Vollzuge des Planes über ein im Grundbuch eingetragenes Recht verfügt, dem Grundbuchamte nicht nachzuweisen (KG. 31 S. A 299).

Andererseits hat die Erhebung eines Widerspruchs nicht die Folge, daß die Ausführung des Planes notwendig bis zur Erledigung des Widerspruchs verschoben werden müßte. Die gegenteilige Vorschrift des E. I ist von der zweiten Kommission in der Erwägung gestrichen worden, daß es der Stellung des TV. und dem Interesse der Miterben nicht entspreche, wenn die Ausführung der Auseinandersetzung durch jeden noch so unbegründeten Widerspruch hinausgeschoben werden könnte, daß andererseits aber das Bewußtsein der Verantwortlichkeit den TV. abhalten werde, über einen nur einigermaßen begründeten Widerspruch leichtfertig hinwegzugehen. Bei Gefahr im Verzuge kann der widersprechende Miterbe der Ausführung des Planes durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung entgegentreten. Im übrigen kann sowohl der widersprechende Erbe als der TV. die Erledigung des Widerspruchs im gewöhnlichen Prozeßwege herbeiführen. Es gilt in dieser Beziehung dasselbe, was in der Erl. 7 zu § 2203 betreffs des Rechtsstreits über den Widerspruch gegen die Ausführung einer letztwilligen Verfügung gesagt ist.

6. Was zur **Durchführung des Auseinandersetzungsplans** erforderlich ist, ergibt sich daraus, daß die Erben durch die vom TV. festgesetzte Auseinandersetzung ebenso gebunden werden, wie wenn sie dieselbe vereinbart hätten. Soweit also unmittelbar durch den Auseinandersetzungsvertrag Rechte und Verbindlichkeiten der Miterben gegeneinander begründet werden, geschieht dies auch durch die Festsetzung des TV. Soweit ein Auseinandersetzungsvertrag zu seiner Durchführung noch weiterer Rechtsgeschäfte bedarf, gilt gleiches von der Festsetzung des TV. Wenn z. B. der TV. bei der Auseinandersetzung einem Miterben eine Verpflichtung auferlegt, wird die Verbindlichkeit dieses Erben und die Berechtigung der anderen mit der Festsetzung begründet; wenn der TV. einem Miterben ein Nachlaßgrundstück zuweist, bedarf es zur Übertragung des Eigentums der Auflassung (RJA. 3 S. 101; Bayer. ObLG. 7 S. 349); der Erbe ist verpflichtet, die Auflassung entgegenzunehmen. Zu der infolge der Auseinandersetzung notwendig werdenden Begründung dinglicher Rechte ist der TV. durch den § 2205 in die Lage versetzt. Über die Frage, wieweit dabei der TV. mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Miterben ein Rechtsgeschäft vornehmen kann, s. Erl. zu § 2205.

Falls zu den Erben bevormundete Personen gehören, bedarf die Festsetzung des TV. nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Diese Abweichung von dem Auseinandersetzungsvertrag und der gerichtlichen Erbteilung (§ 1822 Nr. 2, FGG. § 97) beruht darauf, daß die Festsetzung des TV. den Vertrag ersetzt, eine Einigung der Erben, zu welcher vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich sein könnte, mithin nicht in Betracht kommt.

7. Bewirkt der TV. die Auseinandersetzung **unter Verletzung der gesetzlichen Vorschriften**, so kann jeder Miterbe die Festsetzung des TV. im Wege der Klage gegen den TV. anfechten. Der Satz des E. I, daß Rechtsstreitigkeiten über die Auseinandersetzung von den Erben unter einander auszutragen seien, dem TV. mithin bezüglich solcher Prozesse weder Aktiv- noch Passivlegitimation zukomme, ist in das BGB. nicht übergegangen. Ebensowenig ist (wie in der CPO. § 878 für das gerichtliche Verteilungsverfahren) vorgeschrieben, daß die Klage notwendig von dem widersprechenden Teile erhoben werden müsse. Der TV. nimmt hiernach auch im Prozeß eine andere Stellung ein als ein sonstiger Dritter, dessen billiges Ermessen vom Erblasser gemäß § 2048 als Richtschnur für die Auseinandersetzung hingestellt worden ist: es zeigt sich auch hier, daß der Vollstrecker seine Befugnisse zu eigenem Rechte hat. Nach vollständiger Durchführung der Auseinandersetzung kann natürlich ein etwaiger Bereicherungsanspruch nur gegen den mit Unrecht begünstigten Miterben erhoben werden, der TV. aber ist eventuell dem Regreßanspruch ausgesetzt.

Verfügt der TV. über einen Nachlaßgegenstand zum Zwecke des Vollzugs der von ihm festgesetzten Auseinandersetzung, so wird die Gültigkeit der Verfügung nicht dadurch berührt, daß die Auseinandersetzung unter Verletzung des Gesetzes bewirkt worden ist.

8. **Auch ein zum TV. ernannter Miterbe** hat die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken und er kann die dazu erforderlichen Verfügungen über Nachlaßgegenstände, auch soweit sie in seinem Interesse liegen, wirksam vornehmen, wenn nicht der Erblasser ein anderes nach § 2208 bestimmt hat (RG. 61 S. 139 = RJA. 6 S. 135, abweichend KG. 24 S. A 106; 27 S. A 194 = RJA. 3 S. 101; 4 S. 185). Vgl. hierzu Erl. 13 zu § 2205.

9. **Hat der TV. nur einen Erbteil zu verwalten**, so hat er nicht die Auseinandersetzung zu bewirken, dagegen ist er berechtigt, die Auseinandersetzung zu betreiben. Insbesondere ist er befugt, die Auseinandersetzung durch Vermittelung des Gerichts zu beantragen (Rspr. 10 S. 314; 11 S. 244; KG. 28 S. A 16). Soweit es bei der Auseinandersetzung auf eine Willenserklärung des Miterben ankommt, dessen Erbteil der TV. zu verwalten hat, tritt dieser an die Stelle des Miterben (arg. § 2211). Vgl. auch Erl. zu § 2208.

§. 2205. Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlaß zu verwalten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.

---

§ 2205.

E. I § 1899 Abs. 1 Satz 1, § 1900; II § 2075 rev. § 2181; III § 2179. M. I S. 9643, 9654 ff., 9677 ff., 11359 ff.: M. V S. 231 ff. P. II Bd. 5 S. 276 ff., 527, 543. D. S. 733.

1. **Die Verwaltung des Nachlasses** wird neben den in den §§ 2203, 2204 bezeichneten Aufgaben im § 2205 als dritte Obliegenheit des TV. aufgeführt. Aus dieser äußeren Gleichstellung darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Verwaltung mit den in den beiden vorhergehenden Paragraphen genannten Aufgaben auf gleicher Stufe stände. Die Verwaltung ist vielmehr dem TV. grundsätzlich nicht als ein selbständiges Recht, sondern nur als ein Mittel zu dem Zwecke übertragen, ihm die Durchführung seiner eigentlichen Aufgaben (§§ 2203, 2204) zu ermöglichen. Diese Auffassung tritt in den Beratungen der zweiten Kommission (s. P. II, Bd. 5 S. 268, 277, 307, 529) klar hervor und findet auch im Gesetze selbst insofern ihren Ausdruck, als der § 2209 die Möglichkeit eines selbständigen, von den übrigen Aufgaben des TV. unabhängigen Verwaltungsrechts besonders hervorhebt, was neben dem § 2208 Abs. 1 Satz 1 entbehrlich wäre, wenn die in den §§ 2203, 2204 und im § 2205 bezeichneten Rechte vollkommen gleichgeordnet nebeneinander ständen. Ein selbständiges Verwaltungsrecht, für das besondere Vorschriften gelten, hat der TV. nur, wenn es ihm vom Erblasser durch letztwillige Verfügung besonders übertragen ist (§§ 2209, 2210).

2. In Ermangelung einer solchen Anordnung bestimmen sich **Inhalt und Umfang der Verwaltungsbefugnisse des TV.** nach der Art seiner eigentlichen Aufgaben und in erster Linie nach dem ausgesprochenen oder anzunehmenden Willen des Erblassers (§§ 2205—2208). Über den Begriff der Verwaltung vgl. im allgemeinen das in Bd. IV S. 130 Ausgeführte. Die Verwaltungsbefugnisse des TV. werden im § 2205 Satz 2, 3 und in den §§ 2206, 2207 näher, jedoch keineswegs erschöpfend bezeichnet. Die Verwaltung umfaßt in der Regel auch die Feststellung des Nachlasses, insbesondere die Verwirklichung der zum Nachlasse gehörenden Ansprüche. Zur verzinslichen Anlegung der zum Nachlasse gehörenden Gelder ist der TV. nur verpflichtet, soweit dies einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht. Zur Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren ist er nicht verpflichtet. Anlegung und Hinterlegung hat auf den Namen des Erben unter Vermerk der Rechte des TV. zu geschehen (Aron in ZBl. f. FG. 6 S. 49).

3. Dem Verwaltungsrechte steht eine **Verwaltungspflicht** des TV. gegenüber, die im Verhältnisse zu dem Erben und den Vermächtnisnehmern in den §§ 2216, 2218, 2219 geregelt ist; wegen des Verhältnisses zu den Nachlaßgläubigern s. die Vorbm. 5 g.

4. Der TV. hat den Nachlaß, d. h. die Nachlaßsachen (vgl. §§ 90, 854 und die Vorbm. 4 zum Abschnitte „Besitz", Bd. III S. 29) **in Besitz zu nehmen.** Der Besitz der Nachlaßsachen geht nicht, sei es mit dem Erbfalle, sei es mit der Annahme des Amtes, von Rechts wegen anstatt auf den Erben auf den TV. über (a. M. Marcus S. 64; Böhm S. 186), vielmehr bleibt der § 857 unberührt und der TV. hat nach den unzweideutigen Gesetzesworten den Nachlaß erst „in Besitz zu nehmen". Betreffs der Art und Weise, wie dies zu geschehen hat, ist zu unterscheiden, ob der Erbe den Besitz schon tatsächlich ergriffen hat oder noch nicht. Im letzteren Falle ist der TV. befugt, sich selbst in den Besitz zu setzen, im ersteren Falle dagegen kann er nur die Einräumung des Besitzes von dem Erben verlangen und muß dieses Recht nötigenfalls im Prozeßwege durchsetzen (vgl. Erl. 1 c zu § 858; Erl. zu 2 § 1373); ist der Erbe verurteilt, den Nachlaß dem TV. herauszugeben, so ist er verpflichtet Auskunft zu erteilen, Rechenschaft abzulegen und den Offenbarungseid zu leisten (§§ 259, 260). Eine Besitzeinweisung des TV. durch das Nachlaßgericht findet nicht statt. Das Besitznahmerecht des Vollstreckers wirkt auch gegenüber dritten Personen. Die Rechte aus dem Besitz, insbesondere der Besitzschutz, stehen dem TV. erst auf Grund der tatsächlichen Besitzergreifung zu (a. M. anscheinend Wilke Anm. 5). Sobald der TV. den Besitz ergriffen hat und solange er für den Erben besitzt, ist dieser mittelbarer Besitzer (§ 868, vgl. Erl. 4 zu § 857, Erl. 2 b β zu § 868; Strohal Sachbesitz S. 21; a. M. Weißler S. 189, der den Erben als „vertretenen Besitzer" bezeichnet).

5. Das Besitznahmerecht des TV. wird außer durch den § 2208 Abs. 1 auch durch den § 2217 eingeschränkt, insofern der TV. solche Nachlaßsachen, deren er zur Erfüllung seiner

Obliegenheiten schon von vornherein offenbar nicht bedarf, auf Verlangen sogleich dem Erben zu belassen hat. Es entspricht dies dem oben (Erl. 1) entwickelten Grundsatze, daß das Verwaltungsrecht des TV. abgesehen von dem Falle des § 2209 nur ein Mittel zur Erfüllung seiner Aufgaben ist.

6. Die Verwaltung schließt ferner die **Verfügung über die Nachlaßgegenstände** in sich. Während der E. I dem TV. ähnlich wie dem Vorerben nur eine kausal bedingte Verfügungsmacht zugestand, hat ihm das BGB. ein unbedingt freies Verfügungsrecht übertragen, das nur hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen eine Ausnahme erleidet. Die Änderung beruht auf den Beschlüssen der zweiten Kommission, die der Ansicht war, daß ein durch den Zweck des Geschäfts bedingtes Verfügungsrecht dem TV. zu enge Grenzen ziehen und im Verkehre Schwierigkeiten bereiten würde, während das freie Verfügungsrecht nicht nur dem geschichtlichen Ausgangspunkte der Testamentsvollstreckung, sondern auch dem regelmäßigen Willen des Erblassers und überhaupt der Vertrauensstellung des Vollstreckers entspreche. Gegen einen Mißbrauch des Verfügungsrechts sind die Erben durch die zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit des TV. (§§ 2216, 2218, 2219; StGB. § 266) sowie in gewissem Maße durch die Vorschriften über die Haftungsbeschränkung (§§ 1891 ff., s. die Vorbm. 5c, d) und das Pflichtteilsrecht (§ 2306) geschützt.

7. Über den Begriff der Verfügungen s. Bd. I S. 185. Hiernach ist der TV. insbesondere berechtigt, die Nachlaßsachen zu veräußern und zu belasten, die Nachlaßforderungen zu kündigen und einzuziehen, mit einer Nachlaßforderung gegen eine Nachlaßschuld aufzurechnen und geschuldete Leistungen in Empfang zu nehmen. Wegen der Prozeßführung s. § 2212. Einen Gesellschaftsvertrag kann der TV. als solcher nicht eingehen (RJA. 8 S. 127 = Rspr. 14 S. 322).

8. Das Verfügungsrecht des TV. erstreckt sich auf alle einzelnen Nachlaßgegenstände. Auch der Erwerb, den der TV. für den Nachlaß macht, unterliegt seiner Verfügung. Die Verfügung über den Erbteil von Miterben (§ 2303 Abs. 1) liegt außerhalb seiner Aufgabe.

9. Soweit das Verfügungsrecht des TV. reicht, ist das des Erben ausgeschlossen (§ 2211).

10. Zu **unentgeltlichen Verfügungen** ist der TV. nach Satz 3 nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Daß der TV. zu unentgeltlichen Verfügungen grundsätzlich nicht berechtigt ist, folgt aus der Natur seiner Aufgabe. Es darf nicht allein vom Belieben des TV. abhängen, ob der Erbe überhaupt etwas aus der Erbschaft erhält; der Vollstrecker muß daher derselben Beschränkung unterworfen sein, welcher der Vorerbe selbst dann unterliegt, wenn der Nacherbe nur auf den Überrest eingesetzt ist (§ 2113 Abs. 2, §§ 2136, 2137, vgl. übrigens Erl. 6 zu § 2208). Die Erfüllung von Vermächtnissen und Auflagen ist natürlich keine unentgeltliche Verfügung des TV. Auch ein Vergleich, insbesondere ein vergleichsweiser Verzicht, enthält keine unentgeltliche Verfügung, ebensowenig die Ablehnung eines angetragenen Rechtserwerbes. Betreffs der Ausnahme für Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, s. die Vorbm. 4 zum Titel „Schenkung" (Bd. II S. 422 und Erl. zu § 534).

11. Das **Verfügungsrecht des TV.** ist ein freies, es ist nicht kausal bedingt dadurch, daß die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist. Anders liegt die Sache bei der Befugnis des TV. Verbindlichkeiten einzugehen (§ 2206).

Die in Satz 3 bestimmte Beschränkung, daß die Verfügungsmacht des TV. nicht unentgeltliche Verfügungen umfaßt, wirkt dinglich, die gegen das Verbot verstoßende Verfügung ist also unwirksam, sie macht den TV. nicht nur ersatzpflichtig (RG. 33 S. A 164 = RJA. 8 S. 143, a. A. Döhl in Gruch. 50 S. 611, gegen ihn Brachvogel das. 51 S. 311).

12. Mit **Zustimmung des Erben** kann der TV. auch eine unentgeltliche Verfügung treffen (a. A. KG. 33 S. A 164; indessen wenn der TV. nach § 2206 mit Einwilligung des Erben den Nachlaß mit einer Verbindlichkeit belasten kann und der Erbe selbst durch § 2211 nicht gehindert ist, über Gegenstände, die der Verwaltung des TV. unterliegen, mit der Bestimmung zu verfügen, daß die Verfügung wirksam wird, wenn ihm später das freie Verfügungsrecht zufällt [s. Erl. zu § 2211], so ist nicht einzusehen, warum nicht auch eine sonst unwirksame Verfügung des TV. durch die Zustimmung des Erben sollte gültig werden können).

13. **Interessenkollision. Selbstkontrahieren.** Bestritten ist, ob der TV. befugt ist, in Ansehung der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände Rechtshandlungen vorzunehmen, die in seinem eigenen Interesse liegen, sowie ob er mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines anderen ein Rechtsgeschäft schließen kann. Die Fragen sind insbesondere für den zum TV. ernannten Miterben (s. Erl. 8 zu § 2204) von Bedeutung. Das KG. (24 S. A 106;

27 S. A 194 = RJA. 3 S. 44, 101, 167; 4 S. 185) verneint beide Fragen. Es spricht dem zum TV. ernannten Miterben die Befugnis ab, sich selbst oder einem anderen Miterben die Anteile an einem Nachlaßgrundstück aufzulassen oder auf Grund seiner Quittung und Löschungsbewilligung die Löschung einer auf seinem eigenen Grundstück eingetragenen Nachlaßhypothek herbeizuführen, sofern nicht der Erblasser den TV. zu Verfügungen im eigenen Nutzen ermächtigt hat. Später schränkte das KG. dies dahin ein, daß der TV. nur insoweit an Verfügungen behindert ist, als diese zu seinen Gunsten wirken würden; der zum TV. ernannte Miterbe solle also z. B. den anderen Erben die ihnen zugewiesenen Anteile an einer Nachlaßhypothek übereignen können, nur sich selbst dürfe er den Anteil nicht zuweisen. Mit der Stellung des TV. und dem Umstande, daß er nicht den Erben oder den Nachlaß zu vertreten hat, sondern seine Obliegenheiten als ein ihm vom Erblasser übertragenes Amt wahrnimmt (Vorbm. 2 vor § 2196), verträgt sich jedoch diese Auffassung nicht. Vielmehr ist mit dem RG. 61 S. 139 (ebenso RSpr. 4 S. 433) davon auszugehen, daß, soweit eine Handlung des TV. in Ansehung des seiner Verwaltung unterliegenden Nachlasses im Rahmen seiner Aufgaben liegt, er zu der Handlung auch dann berechtigt ist, wenn sie gleichzeitig zu seinen Gunsten wirkt, sowie daß der § 181 insoweit für den TV. nicht gilt (RG. 59 S. 300). Insbesondere also ist der TV. z. B. befugt, soweit die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten zu seiner Aufgabe gehört (s. Erl. 17b), seine eigene Schuld an den Nachlaß abzuführen und auf Grund der sich selbst erteilten Quittung und Löschungsbewilligung die Löschung der für den Nachlaß eingetragenen Hypothek, die auf einem Grundstücke des TV. ruht, zu erwirken sowie umgekehrt eine Schuld des Nachlasses an ihn selbst aus dem Nachlaß zu tilgen. Ferner ist der zum TV. ernannte Miterbe z. B. befugt bei der Auseinandersetzung sich selbst einen Anteil an einem Nachlaßgrundstück aufzulassen sowie einen Vertreter mit der Ermächtigung zu bestellen, in des TV. Namen mit sich selbst als Bevollmächtigten der Erben die Auflassung von Nachlaßgrundstücken zu erklären.

Selbstverständlich gilt dies insoweit nicht, als ein gegenteiliger Wille des Erblassers erhellt (§ 2208).

14. Für die Verfügungen des TV., die mit **Eintragungen in das Grundbuch** verbunden sind, gelten besondere formellrechtliche Vorschriften. Der Nachweis der Befugnis des TV. ist durch Vorlegung eines gemäß § 2368 vom Nachlaßgericht ausgestellten Zeugnisses zu erbringen. Das Grundbuchamt kann jedoch, wenn die Ernennung des TV. in einer öffentlichen Urkunde, insbesondere gemäß § 2197 in einem vor einem Richter oder Notar errichteten Testament, enthalten ist, die Vorlegung dieser Urkunde einschließlich des Eröffnungsprotokolls und des Nachweises der Annahme (Erl. zu § 2200) genügen lassen (GBO. § 36 Abs. 2). Die vorgängige Eintragung des Erben als Eigentümer bzw. sonst Berechtigter ist nicht Voraussetzung für eine Eintragung auf Grund der Eintragungsbewilligung des TV. (GBO. § 41 Abs. 2). Der TV. kann die Eintragung des Erben beantragen, und zwar auch die Eintragung auf den Namen unbekannter Erben. Bei der Eintragung des Erben wird, um die sich aus der Testamentsvollstreckung ergebende Verfügungsbeschränkung ersichtlich zu machen, zugleich von Amts wegen die Ernennung des TV. miteingetragen (GBO. § 53).

15. Streitig ist, ob der TV., wenn er über ein zum Nachlasse gehörendes, in das Grundbuch eingetragenes Recht verfügt, dem Grundbuchamte nachweisen muß, daß seine Verfügung nicht unentgeltlich ist. Bejaht wird es vom KG. 33 S. A 164 = RJA. 8 S. 143. Für die Verfügung des befreiten Vorerben hält das RG. 65 S. 214 an der von ihm in Bd. 61 S. 228 vertretenen Notwendigkeit des Nachweises fest, daß die Verfügung nicht unentgeltlich sei (s. Erl. zu § 2113 Nr. 4d und zu § 2136 Nr. 3). Das RG. (65 S. 222) bestreitet dabei die von anderer Seite (Bayer. ObLG. 7 S. 622; Jastrow DNotV. 1906 S. 107; Weber das. S. 659; Brachvogel in Gruch. 50 S. 89) geltend gemachte Folge, daß, was für den Vorerben gelte, auch für den TV. gelten müsse. Das RG. geht zwar auch bezüglich des TV. davon aus, daß dieser die Entgeltlichkeit seiner Verfügung beweisen müsse, stellt ihn aber hinsichtlich des Nachweises der Verfügungsbefugnis dem Vorerben nicht gleich. Es bemerkt, bei grundbuchlichen Verfügungen des TV. habe das Grundbuchamt nur zu prüfen, ob die Verfügung innerhalb der Grenzen der durch das Gesetz dem TV. gewährten Verfügungsbefugnis liege, es handle sich nur um eine Frage der Legitimationsprüfung, hierbei habe der Grundbuchrichter nicht ausschließlich Urkundenbeweise zu fordern, sondern auch allgemein feststehende Erfahrungssätze heranzuziehen. Diesen Ausführungen des RG. dürfte hinsichtlich des TV. beizutreten sein. Mit der Stellung, welche das BGB. dem TV. verleiht, und mit den Zwecken, die der Erblasser mit der Testamentsvollstreckung verfolgt, ist es unvereinbar, wenn das Grundbuchamt vom TV. in jedem Falle den Nachweis fordern könnte, daß die Ver-

§. 2206. Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung

---

fügung nicht unentgeltlich sei. Wenn dagegen der konkrete Sachverhalt dem Grundbuchrichter die Annahme einer unentgeltlichen Verfügung nahelegt, ist er befugt, Offenlegung des Kaufalgeschäfts zu fordern; der Nachweis, daß die Verfügung nicht unentgeltlich ist, kann dann in jeder Form geführt werden. Da der TV. mit Zustimmung des Erben auch zu unentgeltlichen Verfügungen berechtigt ist, genügt die Zustimmung des Erben in jedem Falle, um dem Grundbuchrichter die Verfügungsmacht des TV. nachzuweisen.

16. Das in Erl. 14, 15 Ausgeführte gilt entsprechend für die Verfügungen des TV., die mit einer Eintragung im **Schiffsregister** verbunden sind (FGG. § 107 Abs. 2, § 111 Abs. 2, § 118).

17. Außer zu den im Satz 2 bezeichneten ist der TV. auch zu **anderen Verwaltungshandlungen** befugt:

a) Die Berechtigung des TV. zur **Eingehung von Verbindlichkeiten** für den Nachlaß ist in den §§ 2206, 2207 besonders geregelt.

b) Die **Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten** ist nicht schlechthin Aufgabe des TV., sondern nur soweit sie durch die ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses erfordert wird (M. V S. 231, 232; P. II Bd. 5 S. 282, 313, 529). Nur wenn mehrere Erben vorhanden sind, hat der TV. nach §§ 2204, 2046 unbedingt die Pflicht, vor der Teilung des Nachlasses die Verbindlichkeiten zu berichtigen. Zur vorherigen Anzeige an den Erben ist der TV. auch bei der Berichtigung anderer Verbindlichkeiten als Vermächtnisse und Auflagen (s. Erl. 10 zu § 2203) nicht unbedingt, sondern nur, wenn die Lage des Falles es erfordert, verpflichtet (P. II Bd. 5 S. 282). Ob die Berichtigung wegen des Widerspruchs eines Erben auszusetzen ist, unterliegt dem pflichtmäßigen Ermessen des Vollstreckers. Wegen der Befugnis des TV., von den auf die Befriedigung der Nachlaßgläubiger bezüglichen Rechtsbehelfen Gebrauch zu machen, s. die Vorbm. 5.

18. **Was der TV. für den Nachlaß erwirbt**, fällt nicht etwa zunächst ihm, sondern unmittelbar dem Erben an. Dies folgt für das BGB. nicht (wie die M. V S. 232 für den E. I annehmen) aus einer Vertretung des Erben durch den TV., sondern aus der eigenartigen Machtstellung des letzteren. Handelt es sich um einen in das Grundbuch einzutragenden Erwerb, so ist als Berechtigter nicht der TV., sondern der Erbe einzutragen, dabei jedoch auch das Recht des TV. zu vermerken. Aus der selbständigen Stellung des TV. erklärt es sich auch, daß, soweit der gute Glaube in Frage steht, nicht das Kennen oder Kennenmüssen des Erben, sondern dasjenige des TV. entscheidet.

19. **Rechte, die dem Erben zwar als solchem, aber doch nur ihm persönlich zustehen**, unterliegen nicht der Verwaltung des TV. Dieser ist daher weder zur außergerichtlichen Ausübung (§ 2205) noch zur gerichtlichen Geltendmachung (§ 2212) solcher Rechte befugt. Hierher gehört das nach § 530 Abs. 2 unter besonderen Umständen dem Erben des Schenkers zustehende Recht, die Schenkung wegen groben Undankes zu widerrufen, sowie das Anfechtungsrecht wegen Erbunwürdigkeit nach § 2341. Auch die Annahme oder Ausschlagung einer zum Nachlasse gehörenden, vom Erblasser noch nicht angenommenen Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses steht nur dem Erben zu (vgl. KO. § 9 und Erl. 6 zu § 1952). Das Bedenken, daß durch die Annahme einer überschuldeten Erbschaft der Nachlaß beeinträchtigt und die Ausführung der letztwilligen Verfügungen vereitelt werden könnte, erledigt sich dadurch, daß der TV. als berechtigt angesehen werden muß, den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses auch bezüglich der in dem Nachlasse des Erblassers enthaltenen besonderen Erbschaft zu stellen (KO. § 217); a. A. Strohal § 40a Anm. 14, der dem TV. die Befugnis zur Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie zum Widerruf einer Schenkung insoweit zugestehen will, als nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt.

20. Wegen des Falles, daß dem TV. nur die **Verwaltung eines Erbteils oder einzelner Nachlaßgegenstände** zusteht, s. Erl. zu §§ 2208, 2209.

§ 2206.

E. I § 1902; II § 2076 rev. § 2182; III § 2180. P. I S. 9649, 9654, 9685 ff., 10891, 11426; M. V S. 234. P. II Bd. 5 S. 278 ff., 287, 528 ff., 544. D. S. 734.

Rosenthal, Die Befugnis des TV. den Nachlaß zu verpflichten, Gruch. 48 S. 735.

1. **Eingehung von Verbindlichkeiten durch den TV.** In den §§ 2206, 2207 wird die Frage geregelt, inwieweit der TV. mit Wirkung für den Nachlaß Verbindlichkeiten eingehen kann.

erforderlich ist. Die Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand kann der Testamentsvollstrecker für den Nachlaß auch dann eingehen, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist.

Der Erbe ist verpflichtet, zur Eingehung solcher Verbindlichkeiten seine Einwilligung zu ertheilen, unbeschadet des Rechtes, die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen.

Das BGB. gibt dem TV. diese Befugnis nicht in dem unbeschränkten Maße wie das Verfügungsrecht über die Nachlaßgegenstände, vielmehr ist das Recht desselben zur Eingehung von Verbindlichkeiten grundsätzlich ein kausal bedingtes. Abgesehen von der Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand kann der TV. nach § 2206 Verbindlichkeiten für den Nachlaß nur eingehen, soweit dies zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Die Einschränkung beruht auf der Erwägung, daß dem TV. die Verwaltung des Nachlasses in der Regel nur in dem Umfange zusteht, in welchem sie zur Erfüllung der in den §§ 2203, 2204 bezeichneten Aufgaben erforderlich ist, für eine solche Verwaltung aber die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten in dem durch den § 2206 gezogenen Rahmen genügt. Es wurde in der zweiten Kommission auf die entsprechende Beschränkung des Liquidators einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft (HGB. § 149) verwiesen, die trotz der weitergehenden Aufgabe des Liquidators in der Praxis keine Beschwerden verursacht habe. In der Tat geht die im § 2206 dem TV. eingeräumte Befugnis immer noch so weit, daß die gezogene Schranke schwerlich jemals störend empfunden werden dürfte. Überdies kann nach § 2207 der Erblasser anordnen, daß der TV. in der Eingehung von Verbindlichkeiten mit alleiniger Ausnahme von Schenkungsversprechen gänzlich unbeschränkt sein soll, und diese Ermächtigung wird vermutet, wenn dem Vollstrecker die Verwaltung des Nachlasses als selbständige Aufgabe übertragen ist (§ 2209 Satz 2). Andererseits hat der TV. das Recht zur Eingehung von Verbindlichkeiten auch in dem durch § 2206 abgegrenzten Umfange nicht, soweit ein gegenteiliger Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2208 Abs. 1). Es ist mithin auch in diesem Punkte der Verschiedenheit der möglichen Fälle ausgiebig Rechnung getragen.

2. **Voraussetzung** für die Wirksamkeit der vom TV. eingegangenen Verbindlichkeiten ist, daß entweder die Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist oder die Verbindlichkeit in der Übernahme der Verpflichtung zu einer Verfügung besteht, zu der der TV. gemäß seines Verwaltungsrechts befugt ist.

3. Ob die Eingehung einer Verbindlichkeit **zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich** ist, kann nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Auch ein abstraktes Schuldversprechen kann der TV. mit Wirkung für den Nachlaß erteilen, wenn die Umstände es rechtfertigen, insbesondere wenn nur auf diesem Wege die Beschaffung notwendig gebrauchten Geldes möglich ist. Hiernach ist namentlich die Frage zu beurteilen, ob der TV. zur Ausfüllung eines im Nachlasse befindlichen Wechselblanketts befugt ist (Rehbein Obertribunals-Entsch. II S. 519). Die Umstände, vermöge deren die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, sind im Streitfalle von dem Gläubiger darzulegen und zu beweisen.

Zweifelhaft ist, ob das hier in Rede stehende Erfordernis in objektivem Sinne aufzufassen ist oder ob es zur Wirksamkeit der Verbindlichkeit genügt, wenn der Gläubiger bei der Begründung des Schuldverhältnisses annehmen durfte, daß die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sei. Die zweite Kommission ist von der letzteren Ansicht ausgegangen und hat einen dies verdeutlichenden Satz nur deswegen nicht aufgenommen, um für verwandte Vorschriften einem unzutreffenden arg. e contrario vorzubeugen (P. II Bd. 5 S. 528, 30, 544; der Subkommission S. 7, 11). Mitbestimmend war die Erwägung, daß die Frage betreffs des Liquidators einer Handelsgesellschaft durch die Praxis des ROHG. (13 S. 224, 21 S. 307) in dem von der Kommission für richtig gehaltenen Sinne entschieden und daher eine besondere Klarstellung im Gesetz entbehrlich sei. Nun ist zwar die Richtigkeit jener Entscheidungen des ROHG. neuerdings in Zweifel gezogen worden (Makower Anm. zu HGB. § 149) und auch mit Bezug auf den § 2206 des BGB. bestreiten Meischeider (S. 503) und Herzfelder die Erheblichkeit der subjektiven Auffassung des Gläubigers. Es muß jedoch aus den in Erl. 2 zu § 49 entwickelten Gründen der Kommission beigestimmt werden.

4. Die **Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand** kann der TV. ohne Rücksicht darauf, ob die Übernahme zur Verwaltung erforderlich ist, wirksam eingehen, sofern er zu der Verfügung selbst berechtigt ist. Soweit also die dingliche Verfügungsmacht des Vollstreckers reicht, kann er auch das zur Erfüllung verpflichtende Schuldverhältnis mit Wirkung gegen den Nachlaß begründen (vgl. §§ 1444 ff., § 1821 Nr. 3, § 1822 Nr. 1). Er kann z. B. ohne Rücksicht darauf, ob es zur Verwaltung erforderlich ist, sich verpflichten, ein Nachlaßgrundstück einem anderen zu übertragen oder es mit einer Hypothek zu belasten. Im ersteren Beispiele ist der Kaufvertrag, soweit er die Haftung des Verkäufers nicht abweichend von den gesetzlichen Regeln verschärft, ohne weiteres für den Nachlaß wirksam. Im zweiten Beispiele gilt gleiches von der Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek, dagegen wird das der Bestellung zugrunde liegende Geschäft nicht berührt; ob also z. B. der Darlehensvertrag für den Nachlaß wirksam ist, hängt davon ab, ob die Darlehensaufnahme zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses notwendig ist (a. M. KG. 27 S. A 192). Zu den Verbindlichkeiten zu einer Verfügung über Nachlaßgegenstände zählt auch die Einräumung eines Wiederkaufsrechts oder Vorkaufsrechts sowie der Verkauf der Erbschaft oder die Eingehung der Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs an der Erbschaft.

Da nach § 2205 das Verfügungsrecht dem TV. in der Regel schrankenlos zusteht, besteht nach § 2206 auch eine Vermutung für die Befugnis desselben, Verbindlichkeiten zur Verfügung über Nachlaßgegenstände einzugehen. Der Erblasser kann jedoch das Verfügungsrecht des TV. einschränken oder ausschließen (§ 2208 Abs. 1) und eine solche Anordnung hat ohne weiteres zur Folge, daß auch die Befugnis des Vollstreckers zur Eingehung einer Verbindlichkeit der fraglichen Art, soweit nicht der § 2206 Abs. 1 Satz 1 eingreift, in dem gleichen Umfange beschränkt bzw. ausgeschlossen ist.

5. Die Vorschrift des Satz 2 ist nicht auf die Übernahme besonderer Verpflichtungen zu beziehen, die mit der Verpflichtung zu der Verfügung zwar in rechtlichem Zusammenhange stehen, aber über das Maß der bei einem Vertrage der fraglichen Art gesetzlich eintretenden Haftung hinausgehen. Wenn z. B. der TV. bei dem Verkauf eines Nachlaßgrundstücks entgegen dem § 436 auch die Gewähr für die Freiheit von den dort bezeichneten öffentlichen Abgaben und Lasten übernehmen wollte, so würde diese besondere Verpflichtung für den Nachlaß nicht bzw. nur nach Maßgabe des Satz 1 wirksam sein; a. M. Frommhold Anm. 1b, 3.

6. Da der TV. zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt ist, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, und da auch nur in dieser Beschränkung ein Schenkungsversprechen durch die ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses geboten sein kann, so ist der TV. zu **Schenkungsversprechen** nur in diesem Umfange berechtigt.

7. **Rechtliche Natur der vom TV. eingegangenen Verbindlichkeiten.** Die in den Grenzen des § 2206 vom TV. übernommenen Verbindlichkeiten werden „für den Nachlaß" eingegangen, sie haben mithin in allen Beziehungen die rechtliche Natur von Nachlaßverbindlichkeiten. Der Erbe haftet für sie persönlich (Erl. 2b zu § 1967; a. M. Böhm S. 187 Anm. 2; Frommhold Anm. 2), kann jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeiführen. In den Fällen des § 1994 Abs. 1 Satz 2, des § 2205 Abs. 1 und des § 2006 Abs. 3 haftet der Erbe auch für die hier in Rede stehenden Verbindlichkeiten schlechthin unbeschränkt (vgl. Erl. 5a zu § 1994). Eine Besonderheit besteht insofern, als es in einem gegen den TV. erlassenen Urteile des Vorbehalts der Haftungsbeschränkung nicht bedarf (ZPO. § 780 Abs. 2).

Im Nachlaßkonkurse gehören die Verbindlichkeiten aus den vom TV. vorgenommenen Rechtsgeschäften zu den Masseschulden (KO. § 224 Nr. 5). Dies gilt auch für Wechselverbindlichkeiten und für die Kosten des wegen einer vom TV. übernommenen Verbindlichkeit gegen diesen oder den Nachlaßverwalter geführten Rechtsstreits (RG. 61 S. 30).

Der TV. kann durch seine Handlungen nur den Nachlaß verpflichten. Den Erben persönlich (d. h. mit anderen als Nachlaßverbindlichkeiten) kann er nicht belasten.

8. Die im Abs. 2 **dem Erben auferlegte Pflicht zur Erteilung seiner Einwilligung** (d. h. der vorherigen Zustimmung, § 183; eventuell auch der nachträglichen Genehmigung, § 184) beseitigt vollends die Schwierigkeiten, die sich für den TV. aus der kausalen Beschränkung seines Rechtes, Verbindlichkeiten einzugehen, etwa ergeben könnten. Die Vorschrift ist besonders von Wichtigkeit für Verbindlichkeiten von längerer Dauer, insbesondere für einen über die voraussichtliche Dauer der Vollstreckung hinaus abgeschlossenen Miet- oder Pachtvertrag. Die Einwilligung

§. 2207. Der Erblasser kann anordnen, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll. Der Testamentsvollstrecker ist auch in einem solchen Falle zu einem Schenkungsversprechen nur nach Maßgabe des §. 2205 Satz 3 berechtigt.

§. 2208. Der Testamentsvollstrecker hat die in den §§. 2203 bis 2206 bestimmten Rechte nicht, soweit anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen. Unterliegen der Verwaltung des Testaments-

---

des Erben hat zur Folge, daß dieser dem anderen Vertragschließenden gegenüber keinen Einwand daraus herleiten kann, daß die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht vorgelegen hätten. Außerdem befreit sie den TV. von der ihm gegenüber dem Erben obliegenden Verantwortlichkeit. Des Rechtes, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen (Erl. 7), geht der Erbe durch die Erteilung der Einwilligung auch ohne einen besonderen Vorbehalt nicht verlustig, da ihm eine unbeschränkbare persönliche Haftung aus den Handlungen des TV. nicht auferlegt werden soll.

Verweigert der Erbe seine Einwilligung, so kann der TV., nicht aber der Dritte, sie im Klagewege herbeiführen; die Kosten des Rechtsstreits hat der TV., wenn er unterliegt, persönlich zu tragen. Andererseits ist nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften (CPO. § 256) der Erbe befugt, den Mangel der Voraussetzungen des Abs. 1 und die daraus folgende Unwirksamkeit einer vom TV. eingegangenen Verbindlichkeit schon während der Dauer der Vollstreckung im Wege einer gegen den TV. oder den Dritten erhobenen Feststellungsklage zur Geltung zu bringen.

9. **Geht der TV. eine Verbindlichkeit ein, ohne daß die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen,** so haftet der Erbe nicht für die Verbindlichkeit. Wird die Verbindlichkeit zwar durch die ordnungsmäßige Verwaltung erfordert, geht sie aber über dieses Maß hinaus, so ist sie insoweit für den Nachlaß unwirksam. Soweit dies der Fall ist, wird der TV. dem anderen Teile nach Analogie des § 179 zur Erfüllung, zum Schadensersatz oder doch zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet. Wegen außerkontraktlichen Verschuldens haftet nur der TV. dem Geschädigten, eine Beeinträchtigung der Nachlaßgläubiger durch die Konkurrenz von Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen des Vollstreckers ist ausgeschlossen.

10. Wegen des Falles, daß der TV. nur zur **Verwaltung eines Erbteils oder einzelner Nachlaßgegenstände** berufen ist, s. Erl. zu §§ 2208, 2209.

§ 2207.

E. I § 1902; II § 2077 rev. § 2183; III § 2181. P. I S. 9649, 9654, 9685, 10891, 11426; M. V S. 234. P. II Bd. 5 S. 523 ff., 542. D. S. 734.

1. Der § 2207 Satz 1 hat bereits in der Erl. 1 zu § 2206 Berücksichtigung gefunden. Für eine Ermächtigung des TV. gemäß § 2207 spricht nach § 2209 Satz 2 die Vermutung, wenn dem Vollstrecker die Verwaltung des Nachlasses als selbständige Aufgabe zugewiesen ist.

2. Die im Satz 2 enthaltene Einschränkung betreffs des Schenkungsversprechens ist zwingenden Rechtes, der Erblasser kann den TV. auch durch ausdrückliche Anordnung nicht zu Schenkungen über das im § 2205 Satz 3 vorgesehene Maß hinaus ermächtigen (vgl. Erl. 6 zu § 2208).

3. Der § 2207 bezieht sich jedoch nur auf das Verhältnis gegenüber Dritten; dem Erben bleibt der TV. trotz der ihm erteilten Ermächtigung dafür verantwortlich, daß die Übernahme der von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, denn von der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung kann der Erblasser den TV. nicht befreien (§ 2216 Abs. 1, § 2220). Eben deswegen muß aber dem TV. auch im Falle des § 2207 das Recht zustehen, gemäß § 2206 Abs. 2 die Einwilligung des Erben zu verlangen (a. A. Wilke, Herzfelder).

§ 2208.

E. I § 1905; II § 2078 rev. § 2184; III § 2182. P. I S. 9637, 9646, 9650 ff., 9661, 9705 ff.; M. V S. 241. P. II Bd. 5 S. 301 f., 308 ff., 527, 542, 545.

1. **Abweichende Bestimmung der Rechte des TV.** Der § 2208 bringt den bereits in den Erl. zu den vorhergehenden Paragraphen mehrfach betonten Satz zum Ausdrucke, daß innerhalb der gesetzlichen Schranken der Wille des Erblassers die oberste Norm für die Aufgaben und

vollstreckers nur einzelne Nachlaßgegenstände, so stehen ihm die im §. 2205 Satz 2 bestimmten Befugnisse nur in Ansehung dieser Gegenstände zu.

Hat der Testamentsvollstrecker Verfügungen des Erblassers nicht selbst zur Ausführung zu bringen, so kann er die Ausführung von dem Erben verlangen, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist.

Befugnisse des TV. ist. Nach dem Willen des Erblassers, mag dieser ausdrücklich ausgesprochen oder aus den Umständen zu entnehmen sein, kann der Machtkreis des TV. ein beschränkterer sein, als er sich aus den Vorschriften der §§ 2203—2206 ergibt (vgl. die Vorbm. 3a). Dagegen ist eine Ausdehnung der Rechte des TV. über das in den §§ 2203—2206 zugelassene Maß unzulässig.

2. Beschränkung des Machtkreises des TV. Die Beschränkung kann sich auf die in den §§ 2203, 2204 bestimmten Aufgaben oder auf die in den §§ 2205, 2206 dem TV. beigelegten Befugnisse betreffs der Verwaltung des Nachlasses und der Eingehung von Verbindlichkeiten beziehen (Abs. 1 Satz 1). Sie kann aber auch, soweit es sich um die Verwaltung handelt, eine gegenständliche sein, dergestalt, daß dem TV. die regelmäßigen Verwaltungsbefugnisse nur in Ansehung eines oder mehrerer Erbteile oder nur in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände zustehen (Abs. 1 Satz 2). Daß nach der einen oder der anderen Richtung die Befugnisse des TV. eingeschränkt sind, ist im Streitfalle von demjenigen zu beweisen, welcher sich auf den geringeren Umfang der Befugnisse beruft.

3. Steht dem TV. die **Verwaltung nur in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände** zu und ist nur ein Erbe vorhanden, so hat der TV., wie der Abs. 1 Satz 2 hervorhebt, nur in Ansehung dieser Gegenstände die im § 2205 Satz 2 bezeichneten Rechte (auf Inbesitznahme und Verfügung). Hieraus folgt, daß er die Befugnis, Verbindlichkeiten einzugehen, nach § 2206 Abs. 1 auch nur soweit hat, als die Verwaltung dieser Gegenstände die Eingehung erfordert bzw. als er zur Verfügung über diese Gegenstände sich verpflichtet. An der rechtlichen Natur der hiernach eingegangenen Verbindlichkeiten als Nachlaßverbindlichkeiten wird hierdurch nichts geändert, für die Verbindlichkeiten haftet der Erbe, nicht etwa nur die Gegenstände, welche der Verwaltung des TV. unterliegen.

Das Gesagte gilt auch, wenn dem TV. nur die **Verwaltung eines Erbteils** überwiesen ist. Wie in den Erl. 9 zu § 2204 bemerkt, kann der TV. solchen Falles die Auseinandersetzung betreiben (nicht selbst bewirken). Zur Verfügung über den Erbteil ist er nicht berechtigt. Dagegen ist er berechtigt die Rechte auszuüben, welche dem Miterben, dessen Erbteil er zu verwalten hat, an dem Nachlasse zustehen, z. B. das Vorkaufsrecht nach § 2034, die Geltendmachung eines Nachlaßanspruchs nach § 2039. Was bei der Auseinandersetzung auf den Miterben fällt, unterliegt der Verwaltung des TV., sofern nicht ein gegenteiliger Wille des Erblassers erhellt. Der TV. hat es also in Besitz zu nehmen und ist berechtigt darüber zu verfügen; sofern dem Miterben ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugefallen ist, muß in das Grundbuch das Verwaltungsrecht des TV. eingetragen werden (KG. 31 S. A 259). Ob er zur Eingehung von Verbindlichkeiten gemäß § 2206 befugt ist, ist zweifelhaft. Denn der § 2206 erlaubt ihm nur eine gegen den Nachlaß wirksame Verbindlichkeit einzugehen, nach der Teilung des Nachlasses gibt es jedoch keinen Nachlaß mehr, es kann also auch eine Nachlaßverbindlichkeit nicht mehr begründet werden. (Die einzige mögliche Ausnahme, daß nach der Teilung der Nachlaßkonkurs eröffnet wird und aus den Handlungen des Konkursverwalters Masseschulden entstehen, interessiert hier nicht.) Das praktische Bedürfnis dürfte indessen doch in entsprechender Anwendung des § 2206 die Möglichkeit der Eingehung einer Verbindlichkeit durch den TV. verlangen. Dies gilt z. B. von dem Falle, daß auf den Teilerben bei der Teilung ein Landgut oder ein Erwerbsgeschäft fällt, das noch jahrelang vom TV. zu verwalten ist, weil daraus Vermächtnisse zu wiederkehrenden Leistungen oder Auflagen ähnlicher Art zu entrichten sind. Nun kann man freilich andererseits für die von dem TV. zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung eingegangenen Verbindlichkeiten den Teilerben nicht unbeschränkt persönlich haften lassen. Die beschränkte Haftung des Teilerben auf dem Wege der Grundsätze über die Erbenhaftung zu erreichen ist nicht angängig, dagegen dürfte es am nächsten liegen, das Verhältnis hier ebenso zu beurteilen wie das Verhältnis des für einen Vermächtnisnehmer nach § 2223 bestellten TV. (s. Erl. zu § 2223).

Wenn dem TV. nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände übertragen und eine Mehrheit von Erben vorhanden ist, so hat der TV. bis zur Teilung nur die einem Miterben

§. 2209. Der Erblasser kann einem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses übertragen, ohne ihm andere Aufgaben als die Verwaltung zuzuweisen; er kann auch anordnen, daß der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat. Im Zweifel ist anzunehmen, daß einem solchen Testamentsvollstrecker die im §. 2207 bezeichnete Ermächtigung ertheilt ist.

---

in Ansehung dieser Gegenstände nach den Grundsätzen der Erbengemeinschaft zustehenden Rechte. Nach der Teilung ist das Verhältnis ebenso zu beurteilen wie bei dem für einen Erbteil ernannten TV.

4. Wirksamkeit der Beschränkung gegen Dritte. Zweifelhaft ist, ob die Beschränkung einem Dritten entgegengehalten werden kann, wenn er sie weder kannte noch kennen mußte. Es wird sich dies nicht allgemein in Abrede stellen lassen, da den Vorschriften der §§ 2203—2206 nicht die Bedeutung von Rechtsvermutungen zugunsten Dritter zukommt (a. M. Cosack II § 395 Anm. 39). Der Dritte kann sich jedoch dadurch sichern, daß er von dem TV. die Vorlegung eines Zeugnisses nach § 2368 verlangt. Denn wenn in diesem Zeugnis eine Beschränkung nicht angegeben ist, gilt sie zu seinen Gunsten als nicht bestehend (§ 2368 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 2366).

5. Beaufsichtigender TV. Der Abs. 2 betrifft den besonderen Fall, daß dem TV. die Befugnis, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203), gemäß Abs. 1 beschränkt oder entzogen ist. Einem solchen nur beaufsichtigenden TV. wird das Recht beigelegt, die Ausführung der fraglichen Verfügungen von dem Erben zu verlangen. Die Vorschrift gilt für alle letztwilligen Verfügungen, deren Ausführung durch den Erben möglich ist, für Vermächtnisse und Auflagen wie für Teilungsanordnungen und die Herausgabe der Erbschaft an einen Nacherben. Wegen der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen s. § 2223. Der Abs. 2 hat aber, wie die Schlußworte besagen, nur die Bedeutung einer Auslegungsregel. Demgemäß kann der TV., wenn er eine letztwillige Verfügung nicht selbst auszuführen hat, im Zweifel gegen den Erben auf Ausführung klagen. Steht ihm das Klagerecht nach dem Willen des Erblassers nicht zu, so ist er insoweit überhaupt nicht Vollstrecker, sondern nur ein Berater des Erben (vgl. P. II Bd. 5 S. 310).

6. Der Erblasser kann die Rechte des TV. nicht über das gesetzliche Maß hinaus erweitern. Aus § 2203, § 2208 Abs. 2 folgt allerdings, daß der Erblasser dem TV. Aufgaben zuweisen kann, die in dem gegenwärtigen Titel nicht besonders genannt sind. Denn soweit überhaupt die Testierfreiheit reicht, kann der Erblasser durch Errichtung irgendwelcher letztwilligen Verfügung, bezüglich deren dem TV. die Ausführung oder doch die Überwachung der Ausführung zusteht, den Wirkungskreis des Vollstreckers erweitern. Er kann auch alle Befugnisse, die er nach besonderen Vorschriften (z. B. § 2048 Satz 2, §§ 2151, 2153—2156, 2193) einem Dritten zuweisen kann, dem TV. mit der Wirkung übertragen, daß dieser sie zu eigenem Rechte besitzt. Darüber hinaus aber kann der Erblasser dem TV. keine Befugnisse beilegen, weil das BGB. von dem Grundsatz ausgeht, daß eine Machtstellung mit dinglicher Wirkung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen übertragen werden kann. Hiernach würde z. B. eine letztwillige Verfügung unwirksam sein, die den TV. zur unbeschränkten Vornahme unentgeltlicher Verfügungen oder zur unbeschränkten Erteilung von Schenkungsversprechen ermächtigt (§ 2205 Satz 3, § 2207 Satz 2, vgl. die Erl. zu § 2207), ebenso die Anordnung, daß der TV. die volle Rechtsstellung eines Nachlaßverwalters haben (Vorbm. 5c) oder in Prozessen über die gesetzlichen Grenzen hinaus aktiv oder passiv legitimiert sein solle (Erl. 1 vor § 2212).

§ 2209.

E. II § 2079 rev. § 2185; III § 2183. P. II Bd. 5 S. 305 ff., 528 ff., 543, 546. D. S. 733.

1. Beschränkung des TV. auf die Verwaltung. Die Verwaltung des TV. nach § 2209 stellt sich im Gegensatze zu der gewöhnlichen Verwaltung nach § 2205, die nur den anderen Aufgaben des Vollstreckers dient und aus ihnen ihre Begrenzung empfängt (Erl. 1 zu § 2205), als eine selbständige Aufgabe des TV. dar. Während die Verwaltung nach § 2205 nur die Abwicklung der schwebenden Geschäfte sowie die Flüssigmachung der zur Ausführung der letztwilligen Verfügungen und zur Verteilung des Nachlasses erforderlichen Mittel zum Gegenstande

hat, ist die Verwaltung nach § 2209 als dauernde auf die Nutzbarmachung des Vermögens und die Erzielung von Erträgnissen gerichtet. Ein solches Verwaltungsrecht steht dem TV. nur auf Grund einer besonderen Anordnung des Erblassers zu.

2. Anwendungsfälle. Im bisherigen Rechte war die Frage, ob der Erblasser dem TV. die Verwaltung des Nachlasses als selbständige Aufgabe übertragen könne, bestritten, und auch dem E. I war der nur verwaltende TV. unbekannt. Die zweite Kommission hat das selbständige Verwaltungsrecht mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis aufgenommen. Die im § 2209 dem Erblasser verliehenen Befugnisse sind einmal für die Zwecke der sog. Enterbung in guter Absicht von Bedeutung; vgl. § 2338 Abs. 1 Satz 2 (eine Vorschrift, die den verwaltenden TV. nicht schafft, sondern voraussetzt). Sodann kann sich der Erblasser des § 2209 zu dem Zwecke bedienen, um den Vater, die Mutter oder den Vormund eines Erben von der Verwaltung des letztwillig zugewendeten Vermögens auszuschließen. Dieses Verfahren hat vor einer letztwilligen Verfügung nach § 1638 Abs. 1, § 1686, § 1909 Absatz 1 Satz 2 (§ 1794) den Vorzug, daß es weniger schroff erscheint und die Anordnung einer Pflegschaft nach § 1909 entbehrlich macht. Auf dem Wege des verwaltenden TV. kann der Erblasser ferner erreichen, daß das einem Volljährigen Zugewendete nicht von diesem, sondern durch den TV. verwaltet und damit (§ 2214) dem Zugriffe der Gläubiger des Bedachten entzogen wird. Endlich kann der Erblasser durch die Ernennung zum TV. unter Übertragung des selbständigen Verwaltungsrechts einem Miterben (insbesondere seiner Witwe, wenn er diese und die Kinder zu Erben einsetzt [KG. 32 S. A 87]) in vermögensrechtlicher Beziehung die Stellung eines Familienhaupts geben. Die Witwe bzw. Mutter ist in einem solchen Falle von den Beschränkungen und Verpflichtungen frei, die sie treffen würden, wenn sie die Erbteile der Kinder nur kraft ihrer elterlichen Gewalt zu verwalten hätte (vgl. besonders die §§ 1643, 1686 in Verbindung mit § 1821 Abs. 1 Nr. 1—3, § 1822 Nr. 3, 5, 8—11); sie behält, wenn nicht der Erblasser das Gegenteil anordnet, das Verwaltungsrecht auch nach eingetretener Volljährigkeit der Kinder (§ 1626) und im Falle ihrer Wiederverheiratung (§ 1697). Vgl. hierzu P. II Bd. 5 S. 307. Diese Zwecke würden im Wege der Auflage nicht zu erreichen sein. Durch eine Auflage könnte der Erbe nur obligatorisch verpflichtet werden, dem TV. die Verwaltung des Nachlasses zu überlassen und sich nicht einzumischen (§§ 1940, 2194, § 2208 Abs. 2), die mit der Verwaltung verbundenen absoluten Rechtsbefugnisse (§ 2205 Satz 2) würden jedoch dem Vollstrecker nicht zustehen, und die persönlichen Gläubiger des Erben würden nicht gemäß § 2214 von dem Zugriff auf den Nachlaß ausgeschlossen sein. Es bedurfte daher, um dem Erblasser die vorbezeichneten Ziele erreichbar zu machen, der im § 2209 getroffenen besonderen Vorschrift.

3. Die notwendige **Beschränkung des selbständigen Verwaltungsrechts** in zeitlicher Beziehung ist im § 2210 getroffen.

4. Das selbständige **Verwaltungsrecht** ist im Satz 1 **in zwei Formen** zugelassen, nämlich:

a) einmal so, daß der Erblasser von vornherein dem TV. nur die Verwaltung des Nachlasses überträgt, ihm also die in den §§ 2203, 2204 bezeichneten gesetzlichen Aufgaben (soweit für diese überhaupt Raum ist) entzieht (Halbs. 1);

b) in der Gestalt, daß der TV. die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat (Halbs. 2).

Hinsichtlich der Beschaffenheit des Verwaltungsrechts besteht zwischen diesen beiden Fällen kein Unterschied, insbesondere treten in dem Falle zu b die Besonderheiten des selbständigen Verwaltungsrechts (unten 5c) sogleich und nicht etwa erst mit der Erledigung der übrigen Aufgaben des TV. ein. Ein Widerspruchsrecht gegen eine Anordnung gemäß § 2209 steht dem Erben nur nach Maßgabe der Vorschriften über das Pflichtteilsrecht zu (vgl. § 2306; a. M. Seckt S. 52, der auf Grund des § 226 eine Anfechtung wegen Schikane zulassen will, wovon höchstens bei einem Mißbrauche des Verwaltungsrechts durch den TV. die Rede sein kann).

5. Die rechtliche Stellung des TV. mit selbständigem Verwaltungsrechte bestimmt sich, abgesehen von der in Satz 2 getroffenen Vorschrift, grundsätzlich nach den für den gewöhnlichen TV. geltenden Regeln.

a) Der TV. ist nach § 2205 berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über die Nachlaßgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er aber nur befugt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.

b) Daß die Vorschriften der §§ 2211 ff. anwendbar sind, ergibt sich schon aus ihrer Stellung hinter dem § 2209. Was insbesondere das Verhältnis des TV. zum Erben betrifft, so sind auch in den Fällen des § 2209 die §§ 2215 ff., insbesondere § 2216 Abs. 1 und § 2218 maß-

§. 2210. Eine nach §. 2209 getroffene Anordnung wird unwirksam, wenn seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind. Der Erblasser kann jedoch anordnen, daß die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person des einen oder des anderen fortdauern soll. Die Vorschrift des §. 2163 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

---

gebend. Danach hat der Erbe auch bei einer länger dauernden Verwaltung kein unbedingtes Recht auf Auslieferung des jährlichen Reinertrages (vgl. § 2338 Abs. 1 Satz 2), vielmehr entscheidet hierüber der Wille des Erblassers; nur jährliche Rechnungslegung kann er unbedingt verlangen (§ 2218 Abs. 2, § 2220).

c) Die Befugnis des TV. zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß bestimmt sich nach § 2206. Gemäß Satz 2 steht ihm jedoch die Vermutung zur Seite, daß er nach Maßgabe des § 2207 unbeschränkt zur Eingehung von Verbindlichkeiten ermächtigt sein soll. Eine Verwaltung im Sinne des § 2209 bringt es notwendig mit sich, daß der TV. immer wieder neue Geschäfte abschließt. Hierbei aber würde sich die gemäß § 2206 beschränkte Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten als fortwährendes Hemmnis erweisen.

6. Die im § 2209 zugelassene Ernennung eines mit selbständigem Verwaltungsrecht ausgestatteten TV. ist auch bei einer **Mehrheit von Erben** möglich. In der Ernennung des TV. nach § 2209 wird in der Regel zugleich die Anordnung zu finden sein, daß die Auseinandersetzung des Nachlasses unterbleiben soll, solange die TV. wirksam ist. In den Fällen, in denen diese Auslegung nicht zutrifft, sowie in den Fällen, in denen das Verbot der Auseinandersetzung nicht mehr wirksam ist — letzterer Fall ist denkbar, weil die im § 2044 Abs. 2 für das Verbot der Auseinandersetzung bestimmte zeitliche Schranke sich nicht völlig deckt mit der im § 2210 enthaltenen zeitlichen Beschränkung der TV. —, kann die Auseinandersetzung verlangt werden. Nach der Auseinandersetzung unterliegt der Verwaltung des TV., was bei der Auseinandersetzung auf den Erben getroffen hat. Wegen der Frage, ob der TV. zur Eingehung von Verbindlichkeiten nach § 2206 nach der Auseinandersetzung befugt ist, trifft das in der Erl. 3 zu § 2208 Bemerkte zu.

7. Die Ernennung eines TV. nach § 2209 ist ferner auch für **einen Erbteil** (RG. 31 S. A 259) und für **einzelne Nachlaßgegenstände** z. B. ein Landgut oder Erwerbsgeschäft zulässig.

a) Der zur Verwaltung eines Erbteils ernannte TV. kann die Auseinandersetzung betreiben (RG. 28 S. A 16). Nach der Auseinandersetzung unterliegt seiner Verwaltung und Verfügung, was auf den Miterben bei der Auseinandersetzung gefallen ist. Zur Eingehung von Verbindlichkeiten gemäß § 2206 ist er nach Maßgabe der in der Erl. 3 zu § 2208 entwickelten Grundsätze befugt.

b) Ist der TV. zur Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände nach § 2209 ernannt, so ist er, wenn nur ein Erbe vorhanden ist, zur Verwaltung und Verfügung und zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten, jedoch nur in Ansehung der betreffenden Gegenstände (§ 2208) befugt. Sind mehrere Erben vorhanden, so hat die Ernennung des TV. offensichtlich nur dann einen Sinn, wenn in Ansehung dieser Gegenstände zugleich die Auseinandersetzung ausgeschlossen ist. Die Ernennung des TV. ist daher zugleich als Verbot der Auseinandersetzung aufzufassen, und zwar dahin, daß das Verbot nur wirksam sein soll, solange die TV. dauert, und umgekehrt mit dem Unwirksamwerden des Verbots (§ 2044 Abs. 2) auch die TV. aufhören soll. Mit Rücksicht hierauf kann der TV., auch wenn im übrigen der Nachlaß auseinandergesetzt ist, immer noch mit Wirkung gegen den Nachlaß in Ansehung der betreffenden Gegenstände nach den §§ 2206, 2208 Verbindlichkeiten eingehen.

8. Wegen des Anspruchs des nach § 2209 ernannten TV. auf Vergütung s. Erl. zu § 2211.

§ 2210.

E. II § 2060 rev. § 2186; III § 2184. P. II Bd. 5 S. 303, 308; Bd. 6 S. 91. D. S. 733.

1. **Zeitliche Beschränkung für die Verwaltung des Nachlasses.** Durch die im § 2210 festgesetzte Zeitschranke soll verhindert werden, daß vermittelst einer Testamentsvollstreckung nach § 2209 eine übermäßig lange Bindung des nachgelassenen Vermögens herbeigeführt wird. Grund und Zweck der Vorschrift sind mithin die gleichen wie bei den §§ 2109, 2162, welche

§. 2211. Ueber einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand kann der Erbe nicht verfügen.

Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung.

---

die Wirksamkeit einer Nacherbeinsetzung und einer aufschiebend bedingten oder befristeten Vermächtnisanordnung an eine Zeitgrenze binden (vgl. auch § 2044 Abs. 2). Ohne den § 2210 würde der Erblasser durch die Ernennung eines TV. mit selbständigem Verwaltungsrechte leicht das Erfordernis der staatlichen Genehmigung einer Stiftung (§ 80) und die landesgesetzlichen Vorschriften über Familienfideikommisse (EG. Art. 59) umgehen können. Die Beschränkung ist daher für alle nach § 2209 getroffene Anordnungen aufgestellt, insbesondere auch für den Fall, daß nicht der ganze Nachlaß, sondern nur ein einzelner Nachlaßgegenstand der Verwaltung des TV. unterliegt. Mit dem Ablaufe der Frist erlischt das Verwaltungsrecht des TV. von selbst. Sind zur fraglichen Zeit die sonstigen Aufgaben des TV. noch nicht erledigt, ist z. B. ein unbekannter Bedachter noch nicht ermittelt, eine Auflage noch nicht vollständig ausgeführt oder die Erbauseinandersetzung noch nicht beendigt, so endigt zwar nicht das Amt, aber doch das besondere Verwaltungsrecht des Vollstreckers nach § 2209 (das in dem hier allein in Betracht kommenden Falle des § 2209 Satz 1 Halbsatz 2 dem TV. schon vom Beginne seines Amtes an zugestanden hat, Erl. 4 zu § 2209), und die Verwaltung steht dem TV. fortan nur gemäß § 2205 in dem durch seine übrigen noch nicht erledigten Aufgaben bedingten Umfange zu.

2. Die Frist, deren regelmäßige Dauer nach Satz 1 dreißig Jahre seit dem Erbfalle beträgt, kann unter Umständen auf Grund einer Anordnung des Erblassers nach Satz 2 eine Verlängerung erfahren. Die Ausnahmefälle entsprechen denjenigen des § 2044 Abs. 2 Satz 2, des § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und des § 2163 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. auch § 2338 Abs. 1 Satz 2).

3. Die im Satz 2 zugelassene Verlängerung der Frist bis zum Tode des TV. gilt nur für den ersten TV., nicht für dessen nach § 2199 Abs. 2 ernannten Nachfolger. Die Verwaltung, welche mit der gewöhnlichen Testamentsvollstreckung bis zur Erledigung der Aufgaben des TV. verbunden ist, endigt nach der Erl. 1 nicht mit dem Ablaufe der Frist des § 2210. Solange diese Verwaltung dauert, kann also auch nach § 2199 Abs. 2 ein Nachfolger des TV. ernannt werden. Dem TV. aber, welchem überhaupt oder nach Erledigung der sonstigen Aufgaben nur die Verwaltung des Nachlasses obliegt, kann auf Grund des § 2199 Abs. 2 ein Nachfolger nur ernannt werden, solange die Verwaltung selbst nach § 2210 noch besteht, also nur solange der Erbe oder der erste TV. noch lebt oder ein anderes vom Erblasser bezeichnetes Ereignis in der Person des Erben oder des ersten TV. noch nicht eingetreten ist (Peiser S. 257).

4. Ist die Verwaltung des TV. nur für einen Erbteil angeordnet, so kommt es für die Anwendbarkeit des § 2210 Satz 2 natürlich auf die Person des Erben an, dem dieser Erbteil zusteht.

5. Der Satz 2 wird im Satz 3 durch die Vorschrift eingeschränkt, daß es bei der dreißigjährigen Frist als äußerster Grenze für die Wirksamkeit der Anordnung verbleibt, wenn derjenige, in dessen Person das bestimmende Ereignis eintreten soll — sei es der Erbe oder der TV. — eine juristische Person ist (vgl. Erl. 4 zu § 2109; Erl. 7 zu § 2197).

§ 2211.

G. I § 1901; II § 2081 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 rev. § 2187; III § 2185. P. I S. 9648, 9655, 9659, 9687; M. V S. 233. P. II Bd. 1 S. 125; Bd. 5 S. 286, 531; Bd. 6 S. 129. D. S. 734.

Eccius in Gruch. 50 S. 488.

1. Ausschließung der Verfügungsmacht des Erben. Durch das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Vollstreckers (§ 2205) sind die Zwecke der Testamentsvollstreckung nur dann vollkommen zu erreichen, wenn gleichzeitig dem Erben die Verfügungsmacht über den Nachlaß entzogen wird. Das BGB. tut dies im § 2211, der besonders im Hinblick auf die Ablehnung des Vindikationslegats (Erl. 1, 2 zu § 2174) und die Ausschließung dinglich wirkender Teilungsanordnungen des Erblassers (Erl. 2 zu § 2048) von erheblicher Bedeutung ist. Die Verfügungsmacht wird dem Erben durch den § 2211 nicht nur dann entzogen, wenn dem TV. nur die Verwaltung des Nachlasses zusteht (§ 2209), sondern auch wenn sie ihm lediglich wegen seiner sonstigen Aufgaben (§ 2205) obliegt.

2. Die Beschränkung des Erben betrifft nur die dingliche Verfügungsmacht (Bd. I S. 185) und diese nur in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände. Verfügungen eines Miterben über seinen Erbteil sind wirksam (§ 2033, vgl. Erl. 8 zu § 2205). Im übrigen bezieht sich die Vorschrift auf Verfügungen jeder Art, z. B. auch auf Verzichte. Zu den vom § 2211 betroffenen Verfügungen gehören auch die sog. Verfügungen durch Urteil (CPO. § 894 ff.), die hier wie an anderen Stellen nicht besonders erwähnt sind (P. II Bd. 6 S. 129). Verfügungen, die gegen den Erben im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, fallen unter den § 2214.

Nicht anwendbar ist der § 2211 auf Verwaltungshandlungen rein tatsächlicher Natur, wenn sie eine unmittelbare Einwirkung auf einen Nachlaßgegenstand enthalten, wie z. B. der Umbau eines Hauses (a. A. die frühere Auflage). Auch bleibt die Wirksamkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte des Erben unberührt. Der Erbe kann sich durch den Verkauf eines Nachlaßgegenstandes oder der ganzen Erbschaft persönlich wirksam verpflichten, wenngleich die zwangsweise Durchführung dieser Verpflichtung während der Dauer der Verwaltung des TV. nach § 2214 nicht stattfindet.

3. Das Verfügungsrecht des Erben ist nur ausgeschlossen, **sofern und solange** der fragliche Gegenstand der Verwaltung des Vollstreckers unterliegt (s. § 2208 Abs. 1 Satz 2, § 2217).

Zweifelhaft ist jedoch, ob Gegenstände, die nach der Anordnung des Erblassers der Verwaltung des TV. unterliegen sollen, als von Anfang an der Verfügung des Erben entzogen anzusehen sind oder erst von dem Zeitpunkt an, in welchem der TV. sein Amt angenommen hat. Der Wortlaut des Abs. 1 läßt beide Auffassungen zu, der Zweck der Vorschrift aber dürfte für die erstere Auffassung sprechen, weil er sonst durch Verfügungen des Erben in der Zwischenzeit leicht vereitelt werden könnte (a. A. Herzfelder).

Hat der TV. dem Erben gemäß § 2217 einzelne Nachlaßgegenstände zur freien Verfügung überlassen, so ist damit die Verfügungsbeschränkung des Erben bezüglich dieser Gegenstände aufgehoben ohne Unterschied, ob die Voraussetzung für die fragliche Verpflichtung des TV. wirklich vorgelegen hat oder ob sich nachträglich herausstellt, daß der TV. jene Gegenstände noch zur Erfüllung seiner Obliegenheiten bedarf (s. Erl. 4 zu § 2217).

4. **Wirkung der** im § 2211 Abs. 1 enthaltenen **Beschränkung des Erben.** Diese stellt sich, da sie weder in der Person noch in dem materiellen Rechte des Erben ihren Grund hat, als ein gesetzliches Veräußerungsverbot dar. Über die Beschaffenheit und die Wirkung dieses Verbots bestanden in den beiden Kommissionen verschiedene Ansichten (vgl. die auf den später gestrichenen Abs. 2 des E. I § 107 bezügliche Stelle der M. I S. 215 und dazu P. II Bd. 1 S. 125, Erl. 6 zu § 135, ferner P. II Bd. 5 S. 286, 532). Es kann zweifelhaft erscheinen, ob das Veräußerungsverbot des § 2211 Abs. 1 dem § 134 oder dem § 135 zu unterstellen ist. Man wird sich grundsätzlich im letzteren Sinne entscheiden, mithin das Verbot als ein nur relatives auffassen müssen. Für die Aufstellung eines absoluten Veräußerungsverbots, dessen Übertretung schlechthin Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hat, fehlt es bei der Testamentsvollstreckung an dem erforderlichen öffentlichen Interesse. Das Verbot des § 2211 bezweckt in der Tat nur den Schutz bestimmter Personen, nämlich des TV. selbst und derjenigen, deren Interessen er wahrzunehmen hat. Eine von dem Erben getroffene Verfügung kann daher gemäß § 135 nur von diesen Personen, insbesondere von dem TV. und von dem Erben selbst, als unwirksam behandelt werden.

5. Die wichtige Abweichung von den für das relative Veräußerungsverbot geltenden Grundsätzen, die darin liegt, daß die Verfügungsbeschränkung des Erben aus § 2211 auch im Konkurs über das Vermögen des Erben ihre Wirksamkeit behält, kommt im § 2214 mit zum Ausdrucke, der als eine Sondervorschrift dem allgemeinen Grundsatze des § 13 der KO. vorgeht (vgl. Reichel im Sächs. Arch. 12 S. 193).

6. Durch den Abs. 2 wird für den **Schutz gutgläubiger Dritter** gesorgt, die von dem Erben durch Rechtsgeschäft einen der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstand oder ein Recht an einem solchen Gegenstand erwerben. Es werden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, also die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen und Rechten (§§ 932 ff., 1032, 1207, 1208, 1244) für entsprechend anwendbar erklärt. Es kann wegen der fraglichen Vorschriften und des Ergebnisses ihrer entsprechenden Anwendung auf das in der Erl. 5 zu § 135 (vgl. auch § 2113 und § 2129) Bemerkte verwiesen werden. Handelt es sich um den Erwerb von beweglichen Sachen oder von Rechten an solchen, so wird eine den guten Glauben des Erwerbers ausschließende grobe Fahrlässigkeit häufig schon dann

anzunehmen sein, wenn der Erwerber wußte, daß die Sache zu einem Nachlasse gehört und es unterließ, sich Gewißheit darüber zu verschaffen, ob eine Testamentsvollstreckung bestehe; noch mehr wird dies gelten müssen, wenn der Erwerber wußte, daß ein TV. ernannt ist, aber glaubte, daß der Gegenstand dem Rechte des TV. nicht unterliegt.

7. Bei Grundstücken und Rechten an solchen ist durch die Vorschrift der GBO. § 53 (s. Erl. 14 zu § 2205) dafür gesorgt, daß die Verfügungsbeschränkung dem Dritten aus dem Grundbuch ersichtlich wird. Das gleiche wird bezüglich des Schiffspfandrechts durch das FGG. § 118 erreicht. Ist das Verwaltungsrecht bezüglich eines Nachlaßgrundstücks oder eines zum Nachlasse gehörenden Rechtes an einem Grundstück erloschen, so kann der Erbe auch ohne die Einwilligung des TV. die Löschung des nach GBO. § 53 eingetragenen Vermerkes über die Ernennung des TV. verlangen, wenn er das Erlöschen des Verwaltungsrechts durch öffentliche Urkunden nachzuweisen vermag (GBO. § 22 Abs. 1, § 29; vgl. FGG. §§ 102, 107). Daneben ist der TV. auch gemäß § 894 verpflichtet, die Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen.

8. Auch soweit der Abs. 2 nicht eingreift, kann eine Verfügung des Erben nach den allgemeinen Vorschriften über die **Konvaleszenz** (§ 185 Abs. 2) Wirksamkeit erlangen. Zweifellos ist dies für den Fall der Genehmigung durch den TV. Aber auch das Erlöschen des Verwaltungsrechts des Vollstreckers hat, sofern letzterer nicht eine entgegenstehende Verfügung getroffen hat, das Wirksamwerden der vom Erben getroffenen Verfügung zur Folge, ohne daß es einer Genehmigung oder Bestätigung derselben seitens des Erben bedarf. Die zweite Kommission hat diesen Satz als sachlich richtig anerkannt, eine besondere Verdeutlichung aber für entbehrlich gehalten. Die Erstreckung der im § 185 Abs. 2 aufgestellten Voraussetzung: „wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt" auf den Wegfall einer Verfügungsbeschränkung dürfte auch keinem Bedenken unterliegen.

Soweit aber mit dem Erlöschen des Rechtes des TV. die Konvaleszenz der bedingungslos getroffenen Verfügungen des Erben eintritt, kann dieser auch während der Testamentsvollstreckung über Nachlaßgegenstände mit der ausdrücklichen Bestimmung verfügen, daß die Verfügung nur gelten soll, falls ihm später das freie Verfügungsrecht in Ansehung des Gegenstandes zufällt. Eine solche Verfügung bindet den TV. nicht, dem Erben gegenüber äußert sie jedoch schon während der Dauer der Testamentsvollstreckung eine bedingte Wirkung (vgl. § 160 Abs. 1) und sie kann, wenn die Bedingung eintritt, für den Erben eine persönliche Verpflichtung nach § 159 zur Folge haben. Der Erbe kann daher das Eigentum an beweglichen Nachlaßsachen, die der Verwaltung des TV. unterliegen, mit bedingter Wirkung auf einen Dritten übertragen, indem er diesem gemäß § 931 den ihm gegen den TV. zustehenden Anspruch abtritt. Er kann mit der gleichen Wirkung auch Rechte an Grundstücken begründen oder übertragen, soweit nicht wie bei der Übertragung des Eigentums (§ 925 Abs. 2) eine bedingte Übertragungserklärung unwirksam ist. Die Rechtslage ist hier eine andere als bei der Frage nach der bedingten Wirkung der von einem Miterben über seinen Anteil an einem einzelnen Nachlaßgegenstande getroffenen Verfügung (Erl. 5 zu § 2033), weil es sich hier nicht um eine dem Rechte des Erben innewohnende Beschränkung handelt, durch die der Verfügung das Erfordernis eines bestimmten Gegenstandes entzogen wird, vielmehr nur um eine Verfügungsbeschränkung, die das materielle Recht des Erben zunächst nicht berührt. Trifft der TV. eine Verfügung über denselben Gegenstand, so geht diese vor; sie wird daher das vom Erben bedingt eingeräumte Recht nach Lage des Falles entweder ganz vereiteln oder doch hinter das vom Vollstrecker begründete Recht zurücktreten lassen.

§§ 2212—2214.

Böhm, Befugnis des TV. zur Prozeßführung, Recht 1900 S. 269 ff., Schaller, Befugnis des TV. zur Führung von Prozessen über die Wirksamkeit des Testaments (1901); Wolff, Befugnis des TV. zur Führung von Prozessen (1902); Hellwig, Anspruch u. Klagrecht (1900); Marcus im Sächs. Arch. 8 S. 75.

1. Die **Befugnis des TV. zur Prozeßführung** war im bisherigen Rechte zweifelhaft. Zwar bestand im wesentlichen Einvernehmen darüber, daß der TV. die seiner Verwaltung unterliegenden Rechte gerichtlich geltend machen könne, dagegen gingen die Ansichten darüber auseinander, inwieweit er zur gerichtlichen Vertretung des Nachlasses gegenüber einem gegen diesen geltend gemachten Anspruche berufen sei, ob seine Prozeßführung den Erben binde und inwiefern der Erbe neben dem TV. aktiv und passiv prozeßlegitimiert bleibe (vgl. Meischeider S. 504 ff.; Eccius IV § 255 Anm. 38 ff.). Der E. I (§§ 1903, 1904; M. V S. 235 ff.) legte dem TV.

die ausschließliche Berechtigung zur Erhebung eines Rechtsstreits bei, in welchem ein zum Nachlasse gehörendes, der Verfügung des Erben entzogenes Recht geltend gemacht wird, und bezeichnete ihn insoweit als gesetzlichen Vertreter des Erben. Dagegen sollte die gerichtliche Geltendmachung einer Nachlaßverbindlichkeit gegen den Erben erfolgen und zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein Titel gegen den TV. (auf Duldung der Vollstreckung) nur insofern erforderlich sein, als ihm durch die Vollstreckung der Besitz von Nachlaßgegenständen entzogen werde. Die zweite Kommission hat mit Rücksicht auf die in der Kritik (Zftlg. V S. 40, 41, VI S. 664 ff.) gegen diese Regelung erhobenen Bedenken und auf die selbständigere Stellung, die dem TV. nach den Beschlüssen der zweiten Lesung überhaupt zukommt, die Vorschriften des E. I gänzlich umgestaltet. Nach den §§ 2212—2214, zu deren Ergänzung die Vorschriften der CPO. §§ 243, 327, 728, 748, 749, 779, 780 heranzuziehen sind, steht dem TV. zunächst die ausschließliche Aktivlegitimation hinsichtlich der seiner Verwaltung unterliegenden Rechte zu (§ 2212). Der verwaltungsberechtigte TV. ist aber grundsätzlich auch hinsichtlich aller gegen den Nachlaß gerichteten Ansprüche passiv legitimiert und es bedarf zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß eines gegen ihn ergangenen Urteils. Neben ihm kann aber auch der Erbe verklagt werden und gegen diesen ist die Klage zu richten, wenn dem TV. nicht die Verwaltung des Nachlasses zusteht. Im letzteren Falle bedarf es neben dem gegen den Erben ergangenen Urteil eines Schuldtitels gegen den TV. (auf Duldung der Zwangsvollstreckung) nur, sofern der TV. einzelne Nachlaßgegenstände verwaltet und der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände betreiben will (§ 2213 Abs. 1, 3; CPO. § 748 Abs. 1, 2). Besonderes gilt für den Pflichtteilsanspruch (§ 2213 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3; CPO. § 748 Abs. 3). Endlich sind die persönlichen Gläubiger des Erben von dem Zugriff auf die der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstände ausgeschlossen (§ 2214).

2. **Stellung des TV. im Prozeß.** Soweit der TV. nach diesen Grundsätzen aktiv oder passiv prozeßlegitimiert ist, hat er nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters des Erben im Sinne der CPO., vielmehr ist er **Partei**. Diese betreffs des Konkursverwalters in der neueren Literatur und Rechtsprechung überwiegend zur Herrschaft gelangte Auffassung muß nach dem BGB. und der CPO. auch der prozeßrechtlichen Stellung des TV. zugrunde gelegt werden (vgl. Struckmann-Koch Anm. 3 zu CPO. § 52; Bunsen Lehrb. des Zivilprozeßr. S. 110, 111; a. M. Brettner S. 227; Weißler S. 193 und teilweise auch Wilke Vorbm. S. 195). Aus dieser Auffassung ergeben sich wichtige Folgen. Der TV. ist ohne Einschränkung — natürlich unbeschadet seiner persönlichen Verantwortlichkeit gegenüber dem Erben nach §§ 2216, 2219 — zur wirksamen Vornahme aller Prozeßhandlungen befugt, auch zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht auf den Streitgegenstand und Anerkennung des gegnerischen Anspruchs. Die Eideszuschiebung ist ihm gegenüber nach den gleichen Grundsätzen wie bei jeder anderen Partei zulässig (CPO. §§ 445 ff.), der § 473 der CPO. kommt nicht zur Anwendung (a. M. Weißler S. 193). In gleicher Weise kann dem TV. der richterliche Eid auferlegt werden. In den Prozessen des TV. können die Erben, sofern sie nicht nach § 2213 Abs. 1, 3 mitverklagt sind, als Zeugen vernommen werden und unter der gleichen Voraussetzung kann der TV. Zeuge sein, wenn die Erben als solche verklagt sind. Im wesentlichen zu denselben Ergebnissen gelangt Hellwig S. 248 ff. auf Grund der Auffassung, daß nicht der TV., sondern der Nachlaß als Sondervermögen Partei sei.

3. **Nebenintervention des TV. oder des Erben.** Führt der TV. als Kläger oder Beklagter einen Prozeß mit einem Dritten, so kann ihm der Erbe gemäß CPO. § 66 als Nebenintervenient beitreten (M. V S. 240; P. II Bd. 5 S. 296). Der intervenierende Erbe gilt nach CPO. §§ 61, 69 als Streitgenosse des TV., da das gegenüber dem TV. ergehende Urteil nach CPO. § 327 dem Erben gegenüber wirksam ist. Eine Verpflichtung des TV. zur Streitverkündung an den Erben besteht nicht unbedingt, sondern nur soweit sie im einzelnen Falle einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht (§ 2216 Abs. 1; vgl. P. II Bd. 5 S. 296). Ist der Erbe verklagt, so ist die Befugnis des TV. zur Nebenintervention gleichfalls zu bejahen (abweichend M. V S. 240; s. aber Zftlg. VI S. 667), nur hat der TV. nicht die Stellung eines Streitgenossen des Erben, weil das gegen den letzteren ergehende Urteil ihm gegenüber nicht Rechtskraft erlangt.

Eine **Hauptintervention** des Erben (CPO. § 64) ist in einem Prozesse des TV. möglich, wenn nämlich der Erbe behauptet, daß das vom TV. gerichtlich geltend gemachte Recht der Verwaltung desselben nicht unterliege oder daß der streitige Gegenstand nach § 2217 ihm vom TV. herauszugeben sei.

§. 2212. Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht kann nur von dem Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden.

---

4. Ist ein anhängiger **Rechtsstreit durch den Tod des Erblassers unterbrochen** worden, so kann das Verfahren von dem TV. und ihm gegenüber aufgenommen werden, sofern der TV. zur Führung des Rechtsstreits berechtigt ist (CPO. §§ 241, 243). Endigt dagegen das Amt des TV. während eines von ihm mit einem Dritten geführten Rechtsstreits, so tritt eine Unterbrechung nicht ein, vielmehr hat der Erbe den Rechtsstreit in der Lage, in welcher sich dieser befindet, als Hauptpartei zu übernehmen (vgl. P. II Bd. 5 S. 287, 294, 542).

5. Ein für oder gegen den Erblasser ergangenes **Urteil** wirkt auch für bzw. gegen den TV.; die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt gemäß CPO. § 749 nach Maßgabe der Vorschriften, die für den Fall einer Rechtsnachfolge gelten. Wegen der Fortsetzung einer gegen den Erblasser begonnenen Zwangsvollstreckung gegen den TV. s. CPO. § 779 Abs. 2. Ein gegen den Erben ergangenes Urteil wirkt nicht gegen den TV., wohl aber wirkt ein gegenüber dem TV. ergangenes Urteil für und gegen den Erben (s. CPO. § 327 und wegen der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung § 728; betreffs des Näheren vgl. die Erl. zu § 2212 Nr. 7 und zu § 2213 Nr. 1aα, β; Hellwig S. 257).

6. Eine Klage gegen den TV. kann nach CPO. §§ 27, 28 im **Gerichtsstande** der Erbschaft erhoben werden (vgl. RG. 35 S. 419); außerdem nach Lage des Falles in einem der anderen besonderen Gerichtsstände (CPO. §§ 21, 23ff.). Nach der oben (Nr. 2) entwickelten Auffassung von der Stellung des TV. im Prozesse ist die Erhebung der Klage aber auch in dem gemäß CPO. §§ 13, 16 durch den Wohnsitz bzw. Aufenthalt des TV. bestimmten allgemeinen Gerichtsstande des letzteren zulässig (Rspr. 9 S. 405).

7. Betreffs der Bedeutung, die dem Eintritt eines TV. hinsichtlich der **Verjährung** eines Anspruchs zukommt, der zu dem Nachlasse gehört oder sich gegen den Nachlaß richtet, s. Erl. 2 zu § 207.

§ 2212.

E. I § 1903 Abs. 1; II § 2082 rev. § 2188; III § 2186. P. I S. 9688, 11361; M. V S. 235. P. II Bd. 5 S. 287 ff., 532.

1. Die **gerichtliche Geltendmachung** eines der Verwaltung des TV. unterliegenden Rechtes, insbesondere also die Führung von Aktivprozessen, steht nach § 2212 ausschließlich dem TV. zu. Es kommt hierfür nicht darauf an, ob sich die Verwaltung auf den ganzen Nachlaß oder nur auf einzelne Nachlaßgegenstände erstreckt, sondern darauf, ob gerade das geltendgemachte Recht seiner Verwaltung unterliegt. Die ausschließliche Befugnis des TV. in Ansehung jedes einzelnen Rechtes besteht, solange dieses der Verwaltung des TV. unterliegt und daher nach § 2211 der Verwaltung und Verfügung des Erben entzogen ist; sie hört also z. B. auf, wenn der TV. den Gegenstand nach § 2217 dem Erben zur freien Verfügung überläßt. Daß, wenn während der Dauer des Rechtsstreits die Befugnis des TV. zur Prozeßführung aufhört, der Rechtsstreit nicht unterbrochen wird, s. Vorbm. 4 vor § 2212.

Der Satz des § 2212 mußte neben dem § 2211 besonders ausgesprochen werden, weil die Prozeßführung nicht unter den Begriff der Verfügung fällt (Bd. I S. 185).

2. Als gerichtliche Geltendmachung ist jede Art der Rechtsverfolgung und zwar nicht nur vor den Gerichten, sondern auch vor den Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsgerichten anzusehen. Sie umfaßt außer der Klage, und zwar auch der Feststellungsklage (Gruch. 50 S. 387), das Mahnverfahren, den Arrest, die einstweilige Verfügung und die Zwangsvollstreckung, ferner die Geltendmachung im Wege der Einrede, die Aufrechnung im Prozeß und die Erhebung einer Widerklage. Natürlich kann, wenn der TV. klagt, auch der Beklagte ihm gegenüber die Aufrechnung erklären und innerhalb der Grenzen des § 2213 eine Widerklage, insbesondere auch eine Feststellungswiderklage nach CPO. § 280, erheben.

3. Der **Klageantrag** des TV. geht bei einer Leistungsklage auf Leistung an ihn selbst.

4. Die **Kosten** der gerichtlichen Geltendmachung durch den TV. hat nicht dieser, sondern der Nachlaß zu tragen.

5. Der **Erbschaftsanspruch** (§§ 2018ff.) steht dem TV. gleichfalls zu (s. Vorbm. vor § 2197 Nr. 4a E., Hellwig S. 76; Meischeider S. 506; Strohal § 40a a. M. die früheren Aufl.).

Wenn man dem TV. den Erbschaftsanspruch nicht zugesteht, wirft sich die Frage auf, ob der TV. nicht doch befugt ist, die im § 2027 Abs. 2 und im § 2028 gegebenen Ansprüche auf Erteilung von Auskunft und auf Leistung des Offenbarungseids gegenüber den dort bezeichneten

§. 2213. Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, kann sowohl gegen den Erben als gegen den Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden. Steht dem Testamentsvollstrecker nicht die Verwaltung des Nachlasses zu, so ist die Geltendmachung nur gegen den Erben zulässig. Ein Pflichttheilsanspruch kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden.

Die Vorschrift des §. 1958 findet auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung.

Ein Nachlaßgläubiger, der seinen Anspruch gegen den Erben geltend macht, kann den Anspruch auch gegen den Testamentsvollstrecker dahin geltend machen, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde.

Personen, insbesondere den Hausgenossen des Erblassers, geltend zu machen. Es läßt sich dagegen einwenden, daß diese Ansprüche Hilfsmittel für den Erbschaftsanspruch bilden und daher nicht zu den Rechten zu rechnen sind, die nach § 2212 nur von dem TV. geltend gemacht werden können. Andererseits trifft der Grund, aus welchem dem TV. der Erbschaftsanspruch nicht zugestanden werden könnte, daß es sich nämlich um die Geltendmachung des Rechtes des wirklichen Erben gegen den possessor pro herede handelt, bei jenen Ansprüchen nicht zu. Die Ansprüche sind auch nicht lediglich Hilfsmittel für den Erbschaftsanspruch, sondern auch dazu bestimmt, die Geltendmachung der zu der Erbschaft gehörenden Einzelansprüche zu erleichtern. Der TV. würde, wenn ihm die fraglichen Ansprüche nicht zustünden, häufig außerstande sein, seine Aufgabe zu erfüllen, die zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände unter seine Verwaltung zu nehmen. Die Ansprüche müssen also mindestens auch dem TV. zustehen.

Zur Geltendmachung der sog. erbschaftlichen Einzelansprüche (§ 2029) ist der TV. auf Grund seines Verwaltungsrechts gemäß §§ 2205, 2209, 2212 auch gegenüber einem Erbschaftsbesitzer ausschließlich legitimiert.

6. Die **Verpflichtung** des TV., ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht gerichtlich geltend zu machen, bemißt sich nach den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 2216).

7. Das **Urteil**, das zwischen dem TV. und einem Dritten über ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Recht ergeht, wirkt nach CPO. § 327 Abs. 1 für und gegen den Erben. Eine vollstreckbare Ausfertigung des zugunsten des TV. ergangenen Urteils kann jedoch dem Erben erst nach Beendigung der Verwaltung des TV. erteilt werden, weil anderenfalls das ausschließliche Verwaltungs- und Verfügungsrecht des TV. beeinträchtigt werden würde (CPO. § 728 Abs. 2). Ist schon für den Erblasser ein Urteil ergangen, so kann der TV. vollstreckbare Ausfertigung desselben für sich verlangen (§ 749 CPO.). Vgl. P. II Bd. 5 S. 540f.

8. Wegen der Erbstreitigkeiten s. Vorbm. 4 vor § 2197.

§ 2213.

E. I § 1903 Abs. 2, § 1904; II § 2083 Abs. 1, 2 rev. § 2189; III § 2187. P. I S. 9650, 9655, 9658, 9660, 9689, 9693 ff., 11362 ff., 11427, 12249; M. V S. 236. P. II Bd. 5 S. 287 ff., 291 ff., 532 ff., 541; Bd. 6 S. 349, 396. D. S. 734.

1. Der § 2213 regelt die Frage, wem bei dem Vorhandensein eines TV. die **Passivlegitimation** zukommt, wenn ein gegen den Nachlaß gerichteter dinglicher oder persönlicher Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird. Gegen den Nachlaß ist ein Anspruch gerichtet, wenn aus dem Nachlaß eine Leistung oder gegen ihn eine Feststellung verlangt wird. Als ein solcher Anspruch erscheint z. B. der Anspruch der Witwe, die mit dem Erblasser in allgem. GG. gelebt hatte, auf Auseinandersetzung des Gesamtguts (Rspr. 6 S. 164).

2. **Folgende Fälle sind zu unterscheiden:**

a) **Dem TV. steht** gemäß § 2205 oder § 2209 **die Verwaltung des Nachlasses zu.** Daß einzelne Gegenstände seiner Verwaltung entzogen sind (§ 2208), kommt nicht in Betracht. Alsdann kann der Anspruch nach dem Belieben des Klägers sowohl gegen den TV. als gegen den Erben geltend gemacht werden (Abs. 1 Satz 1).

α) Gegen den Testamentsvollstrecker ist die Klage zulässig, weil er sich im Besitze des Nachlasses befindet und die Passivlegitimation von dem Verwaltungsrechte nicht wohl zu trennen ist.

Die siegreiche Durchführung der Klage gegen den TV. sichert dem Kläger, soweit es sich um den Nachlaß handelt, vollen Erfolg. Denn nach CPO. § 748 Abs. 1 ist zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein gegen den TV. ergangenes Urteil erforderlich und genügend. Wie aus der Stellung der Vorschrift unter den allgemeinen Bestimmungen des achten Buches der CPO. hervorgeht, gilt dies nicht nur für die Vollstreckung wegen einer Geldforderung sondern auch für jede andere gegen den Nachlaß gerichtete Zwangsvollstreckung (M. V S. 237).

Die Passivlegitimation des TV. besteht ausnahmsweise nicht für Pflichtteilsansprüche (Abs. 1 Satz 3, s. u. Erl. 2). Außerdem wird sie, wenn dem TV. die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände entzogen ist, für solche Verbindlichkeiten zu verneinen sein, die eine besondere Beziehung zu diesen Gegenständen haben, z. B. für Verbindlichkeiten aus dem Betrieb eines nicht der Verwaltung des TV. unterstehenden Landguts oder Erwerbsgeschäfts. Im übrigen erleidet der Grundsatz des Abs. 1 Satz 1 keine Ausnahme oder Einschränkung. Insbesondere ist es nicht zutreffend, wenn Endemann (III § 54 Anm. 27, 28) und Frommhold (Anm. 3b) den Satz dahin einschränken, daß die Legitimation des TV. in jedem Falle nur nach dem Maße seiner Berechtigung zur Eingehung von Verbindlichkeiten (§§ 2206, 2207, 2209) bestehe. Für diese Einschränkung bietet der Gesetzestext, der nur auf das Verwaltungsrecht abstellt, keinen Anhalt und es ist auch nicht klar, wie die Beschränkung zu denken wäre. Ist gemeint, der TV. sei nur insoweit passiv legitimiert, als es sich um Verbindlichkeiten handelt, die er für den Nachlaß wirksam begründet hat oder doch hätte begründen können, so könnten die vom Erblasser herrührenden Schulden gegen den TV. nicht oder (bei Zugrundelegung des § 2206) nur insoweit eingeklagt werden, als der Erblasser die Verpflichtung zu einer Verfügung übernommen oder bei der Eingehung einer anderen Verbindlichkeit nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung gehandelt hat. Beides ist gleich unmöglich. Ist die Beschränkung aber dahin zu verstehen, es komme darauf an, ob die Verteidigung gegen den erhobenen Anspruch durch die Regeln einer ordnungsmäßigen Verwaltung geboten ist, so bildet diese Frage ein gänzlich ungeeignetes Unterscheidungsmerkmal dafür, ob ein Dritter seine Klage gegen den TV. oder den Erben zu richten hat. Die Tatsache, daß ein Dritter gegen ihn Klage erhoben hat, macht es für den TV. zu einem Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung, entweder den Kläger zu befriedigen oder den Anspruch im Prozeß abzuwehren, aber es kann nicht die Befugnis des Dritten, gegen den TV. vorzugehen, davon abhängen, ob letzterer nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung gutwillig zu leisten oder sich zu verteidigen hat.

Das gegenüber dem TV. ergangene Urteil hat nach CPO. § 327 Abs. 2 Rechtskraft für und gegen den Erben. Dieser kann mithin, wenn der Anspruch abgewiesen ist, der gegen ihn erhobenen Klage die exceptio rei judicatae entgegenstellen und nach Beendigung der Verwaltung des Vollstreckers (§ 2211) auf Grund der ihm erteilten vollstreckbaren Urteilsausfertigung (CPO. § 728 Abs. 2) gemäß CPO. §§ 103ff. den Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten betreiben. Andererseits findet aus dem zuungunsten des TV. erlassenen Urteile die Zwangsvollstreckung gegen den Erben statt, und zwar kann eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erben bereits erteilt werden, während die Verwaltung des TV. noch besteht (CPO. § 728 Abs. 2 Satz 2). Des Vorbehalts der beschränkten Haftung im Urteile bedarf es nach CPO. § 780 Abs. 2 nicht, wenn das Urteil gegen den TV. erlassen wird. Hat aber der Erbe nach den materiell-rechtlichen Vorschriften das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren, so kann auf Grund des gegen den TV. erlassenen Urteils die Zwangsvollstreckung auch in das eigene Vermögen des Erben betrieben werden (so auch Strohal § 40a Anm. 22; Eccius in Gruch. 43 S. 611; a. M. Endemann III § 54 Nr. 4b 3; Frommhold Anm. 4).

β) Durch die Erhebung der Klage gegen den Erben erlangt der Kläger rascher einen Titel zur Zwangsvollstreckung in das eigene Vermögen des Erben, wenn er dessen persönliche Haftung in Anspruch nehmen will. Die Möglichkeit, den Erben zu belangen, ist auch für solche Fälle von Wichtigkeit, in denen es nach der Fassung des Testaments (s. § 2208) zweifelhaft ist, ob dem TV. die Verwaltung des Nachlasses und damit die passive Prozeßlegitimation zusteht. Für den Erben können sich freilich insofern Schwierigkeiten ergeben, als er nach §§ 2211, 2212 zur Aufrechnung und zur Erhebung der Widerklage wegen eines der Verwaltung des TV. unterliegenden Rechtes nicht befugt ist. Er kann jedoch mit Zustimmung des TV. aufrechnen und diese wird in der Regel nicht versagt werden dürfen (§§ 2216, 2217).

Die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß findet, soweit und solange dieser der Verwaltung des TV. unterliegt, aus dem gegen den Erben erlassenen Urteile nicht statt (CPO. § 748 Abs. 1) und das Urteil wirkt auch in keiner sonstigen Beziehung gegen den Vollstrecker. Wohl aber

kann sich der TV. auf das zugunsten des Erben ergangene Urteil berufen, weil ein Dritter, der nach rechtskräftiger Feststellung von dem Erben nichts zu fordern hat, nicht verlangen kann, daß ihm der TV. aus dem Nachlaß, also aus dem Vermögen des Erben dennoch leiste (P. II Bd. 5 S. 539; vgl. Bd. I S. 41).

γ) Hiernach wird es vielfach zweckmäßig sein, den Erben und den TV. gemeinschaftlich zu verklagen, und zwar entweder beide auf Leistung oder den Erben auf Leistung und den TV. (nach Abs. 3, s. unter b) auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Daß der TV., wenn gleichzeitig der Erbe auf Leistung verklagt ist, nicht auch auf Leistung belangt werden kann (Rspr. 3 S. 12; Herzfelder I B 3), ist unzutreffend. Die Belangung beider in getrennten Prozessen bringt den Nachteil doppelter Kosten und die Möglichkeit widersprechender Urteile mit sich (vgl. P. II Bd. 5 S. 292, 539).

δ) Das unter α und β Bemerkte gilt auch von einem Vergleiche des TV. oder des Erben mit demjenigen, welcher einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch geltend macht, sowie von einem für oder gegen den TV. oder den Erben ergangenen Schiedsspruch (vgl. RG. 56 S. 327).

b) Der TV. hat nur einzelne Nachlaßgegenstände zu verwalten (vgl. § 2208 Abs. 1 Satz 2). Alsdann kann die Klage auf Leistung nur gegen den Erben erhoben werden (Abs. 1 Satz 2). Der Kläger kann aber seinen Anspruch auch gegen den TV. dahin geltend machen, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde (Abs. 3), und er bedarf, um die Vollstreckung in diese Gegenstände zu betreiben, eines Urteils gegen den Erben auf Leistung und eines Urteils gegen den TV. auf Duldung der Zwangsvollstreckung (ZPO. § 748 Abs. 2). Die Klage gegen den TV. kann mit der Klage gegen den Erben verbunden oder, sei es gleichzeitig, sei es später, in einem besonderen Prozeß angestellt werden. Sie hat aber in keinem Falle die Natur einer bloßen Judikatsklage, vielmehr findet gegenüber dem TV. eine selbständige Prüfung des Anspruchs statt und letzterer kann materielle Einwendungen in vollem Umfange, nicht etwa nur nach ZPO. § 767 Abs. 2 geltend machen.

Übrigens sind auch die Vorschriften des § 2213 Abs. 3 und der ZPO. § 748 Abs. 2, wenngleich der Berechtigte an ersterer Stelle als „Nachlaßgläubiger" bezeichnet wird, nicht auf obligatorische Ansprüche beschränkt, sondern auch auf dingliche Ansprüche und deren zwangsweise Durchführung zu beziehen. Es ist mithin auch der Eigentumsanspruch bezüglich einer im Besitze des TV. befindlichen Nachlaßsache in der Weise geltend zu machen, daß der Erbe auf Leistung (Herausgabe), der TV. aber auf Duldung der Zwangsvollstreckung (Wegnahme) verklagt wird. Nicht anders liegt das Verhältnis, wenn ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Nachlaßgrundstück mit einer Grundschuld oder mit einer Hypothek für eine fremde Verbindlichkeit belastet ist. Auch hier ist die Klage auf Zahlung aus dem Grundstücke (§§ 1113, 1191) gegen den Erben, die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den TV. zu richten. Auch das Urteil auf Zahlung aus dem Grundstücke hat freilich nur die Wirkung, daß sich der Verurteilte gefallen lassen muß, daß die Zahlung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung bewirkt wird. Daraus folgt aber nicht, daß eine Verurteilung des TV. zur Duldung der Zwangsvollstreckung genügte. Die Klage gegen den Erben und die Klage gegen den TV. sind trotz jener beschränkten Wirkung der ersteren rechtlich durchaus verschiedene Klagen. Das Verhältnis liegt hier ähnlich wie bei dem gesetzlichen Güterrechte für die Gläubiger der Frau, die einen vollstreckbaren Titel gegen die Frau auf Leistung und einen ebensolchen Titel gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung erwirken müssen (ZPO. § 739). A. M. Böhm (Recht 1900 S. 272), der nur eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den TV. für erforderlich hält.

Dem Falle, daß der TV. nur einzelne Gegenstände zu verwalten hat, steht der Fall gleich, daß er zur Verwaltung des Erbteils eines Miterben ernannt ist.

c) Dem TV. ist die Verwaltung des Nachlasses ganz entzogen. Alsdann kann die Klage nur gegen den Erben gerichtet werden und es findet aus dem gegen diesen erlassenen Urteile die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß wie in das eigene Vermögen des Erben statt.

3. Die Geltendmachung des **Pflichtteilsanspruchs** ist nach Abs. 1 Satz 3 stets nur gegen den Erben (als Hauptbeklagten) zulässig. Die Vertretung des Nachlasses gegen einen solchen Anspruch liegt, wenngleich dieser juristisch-technisch als Nachlaßschuld gestaltet ist, außerhalb der Aufgaben des TV., vielmehr folgt aus der inneren Natur des Pflichtteilsrechts, daß der Erbe der wahre Beklagte ist. Als Pflichtteilsanspruch erscheint übrigens nicht nur derjenige, welcher zuwider einer entgegenstehenden besonderen letztwilligen Verfügung gefordert wird. Die Vor-

§. 2214. Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, können sich nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände halten.

schrift des Abs. 1 Satz 3 gilt ferner für jeden Anspruch aus dem Pflichtteilsrechte, insbesondere den Anspruch auf Auskunft (RG. 50 S. 224).

Da jedoch einerseits dem Berechtigten gestattet sein muß, sich zwecks seiner Befriedigung an den ganzen Nachlaß zu halten, andererseits schon wegen der Möglichkeit von Kollusionen der Zugriff auf den in der Verwaltung des TV. befindlichen Nachlaß nicht über dessen Kopf hinweg erfolgen darf, so gilt auch für den Pflichtteilsanspruch die Vorschrift des Abs. 3 (s. o. Erl. 2b) und es ist zur Zwangsvollstreckung in die der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstände ein gegen den Erben und gegen den TV. gerichteter Schuldtitel erforderlich, gleichviel ob dem letzteren die Verwaltung des ganzen Nachlasses oder nur einzelner Gegenstände zusteht (CPO. § 748 Abs. 3). Gegen den Erben ist der Klagantrag nicht auf Anerkennung, sondern auf Leistung zu richten (a. M. Marcus S. 75; Böhm S. 193), gegen den TV. ist gemäß Abs. 3 auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu klagen. Der TV. kann gegen die Klage auf Duldung alle Einwendungen vorbringen, welche dem Pflichtteilsanspruch als solchem entgegenstehen. Das gegen den Erben ergangene Urteil wirkt in dieser Beziehung nicht gegen ihn. Will sich der Pflichtteilsberechtigte nur an die der Verwaltung des TV. nicht unterliegenden Nachlaßgegenstände oder an das eigene Vermögen des Erben halten, so braucht er nur gegen letzteren vorzugehen.

Hervorzuheben ist, daß über das Pflichtteilsrecht als Inzidentpunkt auch in einem Prozesse zwischen dem TV. und dem Berechtigten entschieden werden kann (P. II Bd. 5 S. 300, vgl. Vorbm. 4). Außerdem ist das Pflichtteilsrecht dann gegen den TV. geltend zu machen, wenn die unzulässige Beschränkung des Berechtigten gerade in der Ernennung des Vollstreckers besteht und gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 unwirksam ist. Die negative Feststellungsklage, um die es sich hier vorzugsweise handeln wird, ist gegen den TV. zu richten.

Durch die Vorschrift des Abs. 1 Satz 3 ist übrigens der TV. nicht gehindert, einen Pflichtteilsanspruch ohne Zustimmung des Erben zu erfüllen.

4. Daß dem TV. bezüglich eines **Erbschaftsanspruchs** nicht die Passivlegitimation zukommt, ist in der Erl. 2b zu § 2018 ausgeführt worden (vgl. auch Vorbm. 4 vor § 2197).

5. Nach **Abs. 2** kann ein gegen den Nachlaß gerichteter Anspruch gegen den TV. nach dem Beginne seines Amtes (§ 2202) ohne Rücksicht darauf geltend gemacht werden, ob der Erbe die Erbschaft bereits angenommen hat. Der Grund ist der gleiche wie bei der entsprechenden Vorschrift für den Nachlaßpfleger (§ 1960 Abs. 3; vgl. Erl. 4 zu § 1958). Des weiteren hat, wenn es sich um die Fortsetzung einer bei dem Tode des Schuldners bereits begonnenen Zwangsvollstreckung handelt, die Bestellung eines einstweiligen besonderen Vertreters bei dem Vorhandensein eines verwaltenden TV. ebenso zu unterbleiben, wie wenn ein Nachlaßpfleger bestellt ist (CPO. § 779 Abs. 2).

§ 2214.

E. II § 2083 Abs. 3 rev. § 2190; III § 2188. P. II Bd. 5 S. 297, 542; Bd. 6 S. 398. D. S. 735.

1. Der **Zugriff der Privatgläubiger des Erben** auf die der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstände ist durch den § 2214 ausgeschlossen, welcher der auf rechtsgeschäftliche Verfügungen des Erben bezüglichen Vorschrift des § 2211 entspricht. Die Vorschrift ist notwendig, weil der TV. seiner Aufgabe nicht gerecht werden könnte, wenn er in jedem Augenblicke genötigt wäre, einem persönlichen Gläubiger des Erben den Bestand des Nachlasses klarzulegen und eine Wahrscheinlichkeitsrechnung darüber anzustellen, ob nach der Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten für den Erben und dessen Gläubiger noch ein Rest verbleiben werde (P. II Bd. 5 S. 297). Der Grund der Vorschrift liegt mithin in der Rechtsstellung des TV., nicht in dem Absonderungsrechte der Nachlaßgläubiger, für dessen Geltendmachung das BGB. die Mittel der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses bereitstellt. Eben deswegen kann aus dem § 2214 auch nicht der Schluß gezogen werden, daß durch die Testamentsvollstreckung die rechtliche Vermögensvereinigung und damit das Erlöschen zwischen dem Erben und dem Erblasser bestandener Rechtsverhältnisse aufgehalten werde. Wo diese Rechtswirkung vom Gesetze gewollt ist, wird sie stets besonders ausgesprochen (s. die §§ 1976, 2143, 2175). A. M. Cosack II § 395 Anm. 43. Im übrigen läuft freilich die Vorschrift des § 2214 praktisch auf eine Absonderung des Nachlasses für die Nachlaßgläubiger hinaus.

§. 2215. Der Testamentsvollstrecker hat dem Erben unverzüglich nach der Annahme des Amtes ein Verzeichniß der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten mitzutheilen und ihm die zur Aufnahme des Inventars sonst erforderliche Beihülfe zu leisten.

Das Verzeichniß ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von dem Testamentsvollstrecker zu unterzeichnen; der Testamentsvollstrecker hat auf Verlangen die Unterzeichnung öffentlich beglaubigen zu lassen.

Der Erbe kann verlangen, daß er bei der Aufnahme des Verzeichnisses zugezogen wird.

Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt und auf Verlangen des Erben verpflichtet, das Verzeichniß durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufnehmen zu lassen.

Die Kosten der Aufnahme und der Beglaubigung fallen dem Nachlasse zur Last.

---

2. Der § 2214 schließt den § 13 der KO. von der Anwendung aus, nach welchem in Ermangelung einer besonderen Vorschrift im Konkurs über das Vermögen des Erben das im § 2211 enthaltene relative Veräußerungsverbot den Gläubigern des Erben gegenüber unwirksam sein würde (vgl. Erl. 5 zu § 2211).

3. Die aus dem § 2214 entspringende prozeßrechtliche Folge, daß die Zwangsvollstreckung in die der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstände auf Grund eines nur gegen den Erben ergangenen Urteils unzulässig ist, hat im § 748 CPO. Ausdruck gefunden.

4. Der § 2214 bzw. die ihm entsprechenden Vorschriften der CPO. § 748 sind **von Amts wegen** zu beobachten. Der E. I hatte einen solchen Satz als zu weitführend abgelehnt und dem TV. nur ein Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung eingeräumt, soweit durch diese die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten beeinträchtigt werden würde (§ 1904 Abs. 2, M. V S. 238). Nach den nunmehrigen Vorschriften ist eine Zwangsvollstreckung zugunsten eines nur persönlichen Gläubigers des Erben in die der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstände (einschließlich der Nutzungen) schlechthin unstatthaft. Sollte sie gleichwohl erfolgen, so kann der TV. nach CPO. § 766 ihre Rückgängigmachung bewirken.

5. Entsprechend der zu § 2211 (s. dort Erl. 1) betreffs der rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Erben vertretenen Auffassung sind Vollstreckungshandlungen zugunsten persönlicher Gläubiger des Erben in einen der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstand auch dann unzulässig, wenn sie vor der Annahme des Amtes durch den TV. erfolgen (a. A. Herzfelder).

6. Auch eine **Zwangsvollstreckung mit bedingter bzw. aufgeschobener Wirkung** wird durch § 2214 ausgeschlossen, weil jede Vollstreckungshandlung zugunsten eines Erbengläubigers die Erfüllung der Aufgaben des TV. stören würde. Insofern besteht für Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung eine Abweichung von den für rechtsgeschäftliche Verfügungen des Erben geltenden Grundsätzen (Erl. 8 zu § 2211).

7. **Ist ein TV. im Falle einer Mehrheit von Erben** vorhanden, so wird ein Privatgläubiger eines Miterben durch den § 2214 nicht gehindert, den Anteil des Miterben am Nachlasse zu pfänden und die Auseinandersetzung zu betreiben.

§ 2215.

E. I § 1906; II § 2064 rev. § 2191; III § 2189. P. I S. 9709 ff.; M. V S. 241. P. II Bd. 5 S. 310 ff.

Carlebach, Das notarielle Vermögensverzeichnis, Z. d. D.Not.Ver. 1903 S. 26.

1. Die im § 2215 geregelte Verpflichtung des TV. zur **Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses** besteht nicht nur gegenüber dem Erben, sondern auch gegenüber demjenigen, welcher den Erbteil im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesen erhalten hat (Rspr. 12 S. 373), sowie demjenigen, welchem der Nießbrauch an dem Erbteile vermacht ist (RG. in JW. 1904 S. 338). Dagegen kann ein Vermächtnisnehmer oder sonstiger Nachlaßbeteiligter, z. B. ein Pflichtteilsberechtigter, welcher nicht Erbe ist (vgl. RG. 50 S. 225), das Verzeichnis nach § 2215 nicht verlangen. Soweit der TV. ein Vermächtnis zu vollziehen hat, ist er nach § 2219 allerdings

auch dem Vermächtnisnehmer verantwortlich, und daraus kann sich unter Umständen die Verpflichtung zur Vorlage eines Verzeichnisses des Nachlasses ergeben, allein die ohne weiteres eingreifende Pflicht zur Vorlegung eines solchen Verzeichnisses, wie sie im § 2215 bestimmt ist, besteht auch einem solchen Vermächtnisnehmer gegenüber nicht.

2. Die in § 2215 bestimmte Verpflichtung ist nicht davon abhängig, daß der Erbe das Verzeichnis verlangt.

3. Die Mitteilung des Verzeichnisses an den Erben muß unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1) nach der Annahme des Amtes (§ 2202) erfolgen. Eine spätere Besitzergreifung des Nachlasses entschuldigt die Verzögerung nur, wenn sie selbst durch die Umstände gerechtfertigt ist.

4. Zur Bekräftigung des Verzeichnisses durch den Offenbarungseid ist der TV. nur nach Maßgabe des § 260 verpflichtet (s. § 2218 in Verbindung mit § 666).

5. Der **Inhalt des Verzeichnisses** erstreckt sich auf die der Verwaltung des TV. unterliegenden Nachlaßgegenstände und auf die ihm bekannten Nachlaßverbindlichkeiten. Je nach dem Umfange des dem Vollstrecker zustehenden Verwaltungsrechts sind sämtliche Nachlaßaktiva (Sachen und Rechte) oder nur die betreffenden einzelnen Gegenstände zu verzeichnen. Einer Beschreibung der Nachlaßgegenstände und einer Wertangabe, wie sie im § 2001 Abs. 2 für das Inventar vorgeschrieben, bedarf es nicht, wenngleich sich die Aufnahme dieser Zusätze empfehlen wird. Daß die Nachlaßverbindlichkeiten nur soweit bekannt anzugeben sind, namentlich also nicht das Ergebnis eines etwaigen Aufgebots abzuwarten ist, entspricht dem Umstande, daß die Mitteilung des Verzeichnisses mit möglichster Beschleunigung erfolgen soll.

6. Die in den Abs. 2—4 enthaltenen Vorschriften über die **Form** und die **Aufnahme des Verzeichnisses** entsprechen dem § 2121 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3, insofern als dem TV. dieselben Pflichten und Rechte beigelegt sind wie dort dem Vorerben. Da das Verzeichnis für die spätere Rechnungslegung des TV. (§ 2218) die Grundlage bildet, so sind im Interesse beider Teile gewisse Sicherungen für die Genauigkeit der Aufzeichnung und den Nachweis der Echtheit des Verzeichnisses erforderlich. Zu Abs. 4 ist zu bemerken, daß sich die Zuständigkeit nach Landesrecht richtet. In Preußen ist zuständig jedes Amtsgericht und jeder Notar, das Amtsgericht kann die Aufnahme einem Notar, dem Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher, dem Dorfgerichte, dem Ortsgerichte und den im Art. 111 preuß. FGG. genannten Beamten übertragen (Art. 31, 38, 108, 111, 122 preuß. FGG.). In Bayern sind nur die Notare zuständig. Im übrigen vgl. Erl. zu § 2121.

7. Auch die Vorschrift des Abs. 5 über die **Kosten des Verzeichnisses** entspricht dem § 2121 Abs. 4; im Nachlaßkonkurse gehören die Kosten nach KO. § 224 Nr. 5 zu den Masseschulden. Die Kosten eines über die Verpflichtungen aus § 2215 geführten Rechtsstreits trägt der TV. persönlich, nicht der Nachlaß (Rspr. 10 S. 303).

8. **Beihilfe des TV. zur Inventarerrichtung durch den Erben.** Das vom TV. aufgenommene Nachlaßverzeichnis hat nicht die Bedeutung eines zur Erhaltung des Rechtes auf Beschränkung der Haftung dienenden Inventars. Dem TV. kann eine Inventarfrist (§ 1994) nicht bestimmt werden und er hat auch nicht das Recht, aus sich heraus gemäß § 1993 ein Inventar bei dem Nachlaßgericht einzureichen. Natürlich kann aber der Erbe das ihm vom TV. mitgeteilte Verzeichnis, wenn es den ganzen Nachlaß umfaßt und nach Inhalt und Form den für das Inventar geltenden Vorschriften (§§ 2201—2203) entspricht, als seinerseits errichtetes Inventar übergeben. Es wird daher meist zweckmäßig sein, daß der TV. jene Vorschriften berücksichtigt, um dem Erben eine nochmalige Verzeichnung des Nachlasses zu ersparen. Eine Verpflichtung des TV., dem Erben die Aufnahme des Inventars in diesem Umfang abzunehmen, besteht jedoch nicht, vielmehr hat der TV. nach § 2215 Abs. 1 dem Erben nur die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Beihilfe zu leisten. Hierin liegt einmal, daß der TV., der sich in der Regel im Besitze des Nachlasses befinden wird (§ 2205 Satz 2), es dulden muß, daß der Erbe bzw. der von ihm zugezogene oder an seiner Stelle handelnde Beamte (§§ 2002, 2003) in den Nachlaß Einsicht nimmt, ferner aber auch, daß der TV. über solche für das Inventar wesentliche Punkte Auskunft erteilen muß, die sich aus dem seinerseits mitgeteilten Verzeichnis etwa noch nicht ergeben.

9. Die **rechtliche Bedeutung** des nach § 2215 errichteten Nachlaßverzeichnisses besteht darin, daß der TV. durch dasselbe anerkennt, daß die in es aufgenommenen Gegenstände seiner Verwaltung unterliegen und, soweit es eine Angabe über den Wert oder den Zustand der Gegenstände enthält, sich in dem angegebenen Zustande befunden haben. Das Anerkenntnis wird

§. 2216. Der Testamentsvollstrecker ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet.

Anordnungen, die der Erblasser für die Verwaltung durch letztwillige Verfügung getroffen hat, sind von dem Testamentsvollstrecker zu befolgen. Sie können jedoch auf Antrag des Testamentsvollstreckers oder eines anderen Betheiligten von dem Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt werden, wenn ihre Befolgung den Nachlaß erheblich gefährden würde. Das Gericht soll vor der Entscheidung soweit thunlich die Betheiligten hören.

---

nach den allgemeinen Grundsätzen im Verhältnisse zwischen TV. und Erben in der Regel zum Beweise der gedachten Umstände genügen.

10. Eine **Befreiung des TV.** von den ihm nach § 2215 obliegenden Verpflichtungen durch den Erblasser ist nach § 2220 unzulässig. Dagegen kann der Erbe auf die Mittheilung des Verzeichnisses verzichten.

11. Wegen der **Haftung des TV.** aus schuldhafter Verletzung der ihm nach § 2215 obliegenden Verpflichtungen s. § 2219. Streitigkeiten zwischen dem Erben und dem TV über diese Verpflichtungen hat nicht das Nachlaßgericht, sondern das Prozeßgericht zu entscheiden. Für das Nachlaßgericht kann übrigens eine schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtungen unter Umständen den Anlaß zur Entlassung des TV. nach § 2227 geben.

12. Zu einer **Sicherheitsleistung** ist der TV. dem Erben nicht verpflichtet. Der Erblasser kann aber die Ernennung zum TV. von der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung einer Sicherheitsleistung durch den TV. abhängig machen.

§ 2216.

E. I § 1899 Abs. 1 Satz 1; II § 2085 rev. § 2192; III § 2190. M. I S. 9648, 9677, 9691; M. V S. 231. P. II Bd. 5 S. 276 ff., 283, 531.

1. Dem in den §§ 2205, 2209 anerkannten Verwaltungsrechte des TV. steht nach § 2216 die **Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung** gegenüber. Diese Verpflichtung besteht für den Vollstrecker im Verhältnisse zum Erben und zu den sonst vom Erblasser Bedachten (nicht aber zu den Nachlaßgläubigern, s. Vorbm. 5 a), sie tritt unmittelbar auf Grund der gesetzlichen Vorschrift mit der Annahme des Amtes (§ 2202) ein, sofern nicht die Verwaltung dem TV. entzogen ist (§ 2208) oder erst von einem späteren Zeitpunkt an zusteht.

2. **Was zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehört,** bestimmt sich nach dem Zwecke der Verwaltung. Steht das Verwaltungsrecht dem TV. nur gemäß § 2205 zur Erfüllung der ihm nach §§ 2203, 2204 obliegenden Aufgaben zu, so sind diese auch für den Inhalt der Verwaltungspflicht maßgebend. Ist dagegen die Verwaltung des Vollstreckers gemäß § 2209 Selbstzweck, so ist die Ordnungsmäßigkeit derselben unabhängig von den Erfordernissen aus §§ 2203, 2204 nach allgemeinen wirthschaftlichen Anschauungen unter Berücksichtigung der Familien- und Standesverhältnisse des Erben zu beurtheilen (vgl. Erl. 1 zu § 2209). Daß der TV. nach der Erledigung seiner Aufgaben den Nachlaß dem Erben herauszugeben hat, folgt aus dem Zwecke der Testamentsvollstreckung und ist auch im § 2218 durch die Bezugnahme auf § 667 zum Ausdrucke gelangt.

3. Von der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung kann der Erblasser den TV. **nicht befreien** (§ 2220).

4. **Anordnungen des Erblassers bezüglich der Verwaltung des Nachlasses** sind vom TV. zu befolgen (Abs. 2 Satz 1). Dies gilt jedoch schlechthin nur, wenn sie vom Erblasser letztwillig getroffen sind. Nicht in dieser Form getroffene Anordnungen des Erblassers binden den TV. nicht. Immerhin kann auch ihre Nichtbefolgung unter Umständen einen Entlassungsgrund nach § 2227 bilden, z. B. wenn der Erblasser dem TV. gegenüber mündlich zum Ausdrucke brachte, daß gewisse Familienbilder nicht veräußert werden dürfen und der TV. diesem Verbote zuwiderhandelt.

5. **Außerkraftsetzung der Anordnungen des Erblassers.** Die Verpflichtung zur Befolgung der Anordnungen des Erblassers kann keine unbedingte sein, vielmehr muß in solchen Fällen, in denen die Befolgung den Nachlaß schädigen würde, die Möglichkeit einer Abweichung bestehen; denn, da der Erblasser seine Anordnungen nur zum Besten seines Nachlasses getroffen hat, muß angenommen werden, daß sie nach seinem eigenen Willen nicht gelten sollen, soweit sie das

§. 2217. Der Teſtamentsvollſtrecker hat Nachlaßgegenſtände, deren er zur Erfüllung ſeiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlaſſen. Mit der Ueberlaſſung erliſcht ſein Recht zur Verwaltung der Gegenſtände.

Wegen Nachlaßverbindlichkeiten, die nicht auf einem Vermächtniß oder einer Auflage beruhen, ſowie wegen bedingter und betagter Vermächtniſſe oder Auflagen kann der Teſtamentsvollſtrecker die Ueberlaſſung der Gegenſtände nicht verweigern, wenn der Erbe für die Berichtigung der Verbindlichkeiten oder für die Vollziehung der Vermächtniſſe oder Auflagen Sicherheit leiſtet.

Gegenteil einer Förderung des Nachlaſſes bewirken würden. Auf dieſem Geſichtspunkte beruht der Abſ. 2 Satz 2. Es iſt einerſeits als Vorausſetzung für die Zuläſſigkeit einer Abweichung nicht der unmittelbare Eintritt eines Schadens erfordert, ſondern ſchon eine erhebliche Gefährdung des Nachlaſſes für ausreichend erklärt, andererſeits aber die Feſtſtellung dieſer Vorausſetzung dem TV. entzogen und auf das Nachlaßgericht übertragen. Letzteres kann (nach pflichtmäßigem Ermeſſen) auf Antrag des TV. oder eines anderen Beteiligten eine Anordnung des Erblaſſers außer Kraft ſetzen, wenn es eine erhebliche Gefährdung des Nachlaſſes für nachgewieſen erachtet (vgl. § 1639 Abſ. 2, § 1803 Abſ. 2) Ein Beiſpiel bietet das Verbot des Verkaufs eines Nachlaßgrundſtücks unter einem nicht erzielbaren Preiſe (Rſpr. 12 S. 374), wenn der Verkauf erforderlich iſt. Bei Gefahr im Verzuge wird auf Grund einer Glaubhaftmachung (FGG. § 15 Abſ. 2) die vorläufige Ausſetzung der Vollziehung anzuordnen ſein. Als Beteiligte kommen außer dem TV. Erben, Vermächtnisnehmer und die im § 2194 bezeichneten Perſonen in Betracht, dagegen haben Nachlaßgläubiger und Nachlaßſchuldner kein Antragsrecht, wenn auch ihre Intereſſen durch die in Frage ſtehende Anordnung des Erblaſſers berührt werden.

6. Das Nachlaßgericht ſoll vor ſeiner Entſcheidung ſoweit tunlich die **Beteiligten hören** (Abſ. 2 Satz 3), d. h. ihnen Gelegenheit zur Äußerung geben, ſoweit dies ohne unverhältnismäßige Umſtände und Koſten geſchehen kann (vgl. §§ 1826, 1827, § 2260 Abſ. 2, § 2360 Abſ. 3).

7. Gegen die Verfügung, die eine Anordnung des Erblaſſers außer Kraft ſetzt, ſteht nach dem FGG. (§§ 19, 20) jedem, deſſen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt wird, die **Beſchwerde** zu. Sind mehrere TV. vorhanden und führen ſie das Amt gemeinſchaftlich, ſo hat jeder von ihnen ein ſelbſtändiges Beſchwerderecht (FGG. § 82). Wird ein nach Abſ. 2 Satz 2 geſtellter Antrag zurückgewieſen, ſo iſt nur der Antragſteller zur Einlegung der Beſchwerde befugt (FGG. § 20 Abſ. 2).

8. Der Erblaſſer kann die Anwendung des Abſ. 2 Satz 2, 3 nicht ausſchließen. Denn wenn dieſe Vorſchriften auch, wie oben ausgeführt, inhaltlich auf dem anzunehmenden Willen des Erblaſſers beruhen, ſo ſind ſie doch von dieſer geſetzgeberiſchen Grundlage losgelöſt und als ſelbſtändige Rechtsſätze hingeſtellt. Aus dem gleichen Grunde iſt ihre Anwendung nicht auf den Fall beſchränkt, wenn ſich die für den Erfolg der Anordnung maßgebenden Verhältniſſe geändert haben, ſondern auch dann zuläſſig, wenn der Erblaſſer aus Mangel an Einſicht oder Geſchäftskenntnis Anordnungen getroffen hat, die von vornherein verfehlt waren.

9. Der § 2216 gilt auch, wenn dem TV. nur die Verwaltung eines Erbteils oder einzelner Nachlaßgegenſtände zuſteht.

10. **Verletzung des § 2216** macht den TV. den Perſonen, denen gegenüber die Verwaltungspflicht beſteht (Erl. 1), ſchadenserſatzpflichtig (§ 2219); dies gilt auch, wenn der TV. es ſchuldhafterweiſe unterließ, den Antrag auf Außerkraftſetzung einer den Nachlaß gefährdenden Anordnung zu ſtellen. Die Verletzung der Verwaltungspflicht kann ferner als Grund für die Entlaſſung des TV. (§ 2 27) in Betracht kommen.

11. **Anordnungen des Erben** in bezug auf die Verwaltung binden den TV. nicht, werden jedoch in der Regel geeignet ſein, die Haftung des TV., wenn aus der Anordnung ein Schaden entſteht, dem Erben gegenüber auszuſchließen.

§ 2217.

E. I § 1907; II § 2086 verb. § 2193; III § 2191. P. I S. 9710 ff.; M. V S. 242. P. II Bd. 5 S. 312 ff., 543; Bd. 6 S. 357. D. S. 735.

1. **Herausgabe von Nachlaßgegenſtänden.** An ſich iſt der TV. zur Herausgabe des Nachlaſſes erſt nach der Beendigung der Teſtamentsvollſtreckung verpflichtet (§ 2218). Der § 2217

verpflichtet ihn jedoch, um einem Mißbrauche seines Rechtes vorzubeugen, schon vor der Beendigung seines Amtes Nachlaßgegenstände, deren er bei der Erfüllung seiner Obliegenheiten entraten kann, dem Erben zur freien Verfügung zu überlassen. Hierin liegt, daß er alles tun muß, was zur Herstellung der freien Verfügungsgewalt des Erben erforderlich ist; insbesondere muß er auch die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des nach GBO. § 53 eingetragenen Vermerkes bewilligen.

2. **Voraussetzung der Herausgabepflicht** des TV. ist, daß der Erbe die Überlassung verlangt. Der TV. kommt daher erst durch die Aufforderung seitens des Erben in Verzug und die Gläubiger des Erben, die mit Rücksicht auf § 2214 an der Erfüllung der Verpflichtung interessiert sind, können sie nur auf dem Wege erzwingen, daß sie den Anspruch des Erben pfänden und sich überweisen lassen (a. A. Peiser S. 253). Der Beschluß der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 313f.), nach welchem die Verpflichtung des TV. von einem besonderen Verlangen des Erben unabhängig sein sollte, ist nicht zur Ausführung gelangt, da die Worte „auf Verlangen" stehen geblieben bzw. wiederhergestellt sind, ohne daß sich aus den Protokollen Näheres über die Gründe ergibt.

3. Eine weitere Einschränkung liegt darin, daß die Entbehrlichkeit der vom Erben beanspruchten Nachlaßgegenstände für die Aufgaben des TV. eine offenbare sein muß. Der Vollstrecker soll dagegen gesichert sein, daß er vom Erben fortgesetzt zu weitläufigen Untersuchungen und Darlegungen genötigt wird. Der Erbe wird daher mit seinem Anspruche nicht durchdringen, wenn sich das Urteil über die Entbehrlichkeit der fraglichen Gegenstände erst auf Grund umfangreicher Beweiserhebungen oder auf Grund der Entscheidung einer anderen Rechtsfrage, z. B. über das Bestehen einer zweifelhaften Nachlaßverbindlichkeit gewinnen läßt. Dagegen ist es zu weit gegangen, wenn Endemann (III § 55 Nr. 4a) behauptet, daß sich der TV. auf einen Rechtsstreit und Beweiserörterungen überhaupt nicht einzulassen brauche, denn damit würde die Anwendung des § 2217 Abs. 1 auf den Fall beschränkt, daß die Entbehrlichkeit vom TV. zugegeben oder gerichtskundig ist (vgl. wegen des Wortes „offenbar" im allgemeinen Erl. 1 zu § 319, Erl. 2 zu § 1591 und die dort angezogenen anderen Stellen).

4. **Die Überlassung** eines Gegenstandes an den Erben **hat** nach Abs. 1 Satz 2 **zur Folge**, daß das Verwaltungsrecht des TV. in Ansehung des Gegenstandes erlischt. Der Besitz sowie das Recht zur Verfügung und gerichtlichen Vertretung (§§ 2205, 2212) steht fortan ausschließlich dem Erben zu.

Zweifelhaft ist, ob diese Wirkung davon abhängt, daß der überlassene Gegenstand dem TV. tatsächlich entbehrlich war, und ob daher dessen Recht fortbesteht bzw. wiederauflebt, wenn sich nachträglich herausstellt, daß er des Gegenstandes noch bedarf. Wilke (Anm. 3 zu § 2211) und Eichhorn (S. 217) nehmen letzteres an, indem sie das Recht des Dritten, der den überlassenen Gegenstand von dem Erben erwirbt, von der Voraussetzung des guten Glaubens in bezug auf die Entbehrlichkeit für den TV. abhängig machen. Man wird die Frage jedoch im gegenteiligen Sinne zu entscheiden haben. Das unbedingte Erlöschen des Verwaltungsrechts entspricht dem Wortlaute des Satz 2 und dem Grundsatze der abstrakten Wirkung dinglicher Rechtsgeschäfte, es steht mit der Voraussetzung der offenbaren Entbehrlichkeit in besserem Einklang und schafft klarere Rechtsverhältnisse. Wenn der TV. in der Lage ist, ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen des § 2217 durch Niederlegung des Amtes oder Ausantwortung eines Gegenstandes dem Erben das freie Verfügungsrecht zu verschaffen, so kann ein Irrtum desselben über seine Überlassungspflicht nicht die dingliche Wirkung der Überlassung beeinflussen. Ebensowenig besteht aber ein persönlicher Anspruch des Vollstreckers auf Rückgewähr des Gegenstandes, denn ein Bereicherungsanspruch, der allein in Frage kommt, ist nicht gegeben, weil der Erbe den Gegenstand weder auf Kosten des Vollstreckers noch ohne rechtlichen Grund erlangt hat. In Ermangelung einer positiven Vorschrift ist daran festzuhalten, daß das Recht des TV. in Ansehung eines dem Erben vorbehaltlos überlassenen Gegenstandes endgültig erloschen ist, sofern nicht der Erbe den Gegenstand freiwillig zurückgibt. Die Nachlaßbeteiligten müssen sich fortan an den Erben halten unbeschadet ihres etwaigen Regreßanspruchs gegen den Vollstrecker (§ 2219).

5. Von vorheriger **Berichtigung** der **Nachlaßverbindlichkeiten** ist das Recht des Erben aus § 2217 nicht abhängig; dies folgt schon daraus, daß die Berichtigung in der Regel nicht Aufgabe des TV. ist. Soweit aber dem TV. die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten obliegt (Erl 17 zu § 2205), würde er nach Abs. 1 stets so viel an Nachlaßgegenständen zurückbehalten dürfen, wie er zur Berichtigung der Verbindlichkeiten braucht. In dieser Beziehung erweitert jedoch der Abs. 2 die Rechte des Erben. Der TV. kann sich nur, soweit er unbedingte

§. 2218. Auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§. 664, 666 bis 668, 670, des §. 673 Satz 2 und des §. 674 entsprechende Anwendung.

Bei einer länger dauernden Verwaltung kann der Erbe jährlich Rechnungslegung verlangen.

---

und unbetagte Vermächtnisse oder Auflagen zu erfüllen hat, auf den Abs. 1 berufen, dagegen kann er wegen bedingter und betagter Vermächtnisse oder Auflagen sowie wegen aller übrigen Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 Abs. 2) die Überlassung von Nachlaßgegenständen nicht verweigern, wenn der Erbe für die Vollziehung der Vermächtnisse oder Auflagen bzw. für die Berichtigung der sonstigen Verbindlichkeiten Sicherheit leistet. Die Vorschrift beruht hinsichtlich der Vermächtnisse und Auflagen auf dem Gedanken, daß es für den Erben eine große Härte enthalten würde, wenn er wegen einer solchen Verbindlichkeit auf vielleicht unabsehbare Zeit (vgl. §§ 2162, 2163 und die Erl. zu § 2192 Nr. 1 a. E.) von der tatsächlichen und rechtlichen Verfügung über Nachlaßgegenstände ausgeschlossen wäre. Betreffs der übrigen Nachlaßverbindlichkeiten aber ist erwogen worden, daß deren Berichtigung nicht zu den eigentlichen Aufgaben des TV. gehört und daß es dem Erblasser nicht darauf ankommt, wer die Berichtigung bewirkt, wenn sie nur überhaupt gesichert ist.

Die Sicherheit ist nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 232 ff. zu leisten. Die in der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 314) ausgesprochene Ansicht, daß der Erbe, sofern er nach den §§ 372 ff., z. B. bei einer Speziesschuld, für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit Sicherheit nicht leisten könne, auch die Herausgabe des geschuldeten Gegenstandes von dem TV. zu fordern nicht berechtigt sei, ist unzutreffend. Denn es handelt sich nicht um eine Hinterlegung zwecks Tilgung der Verbindlichkeit gemäß §§ 372 ff., sondern um eine Sicherheitsleistung im Sinne der §§ 232 ff., die dem Erben zur Begründung einer besonderen Befugnis auferlegt wird. Eine solche Sicherheit aber kann der Erbe natürlich auch für die Erfüllung einer Speziesschuld leisten.

Die Sicherheit wird dem TV. bestellt, dieser ist der Berechtigte im Sinne der §§ 233, 240. Jeder Gläubiger aber, wegen dessen Forderung an den Nachlaß Sicherheit bestellt ist, wird, wenn der TV. zur Berichtigung dieser Forderung später rechtskräftig verurteilt wird (§ 2213), im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den TV. die Überweisung der diesem auf Grund der Sicherheitsleistung für die betreffende Forderung zustehenden Rechte verlangen können.

6. Wegen der Rechte, die dem Erben zustehen, falls eine Nachlaßverbindlichkeit zweifelhaft ist, s. Erl. 7 zu § 2203.

7. Der Erblasser kann den TV. von den ihm nach § 2217 obliegenden Verpflichtungen befreien, denn der § 2217 ist im § 2220 nicht mit aufgeführt.

8. Ist dem TV. die Verwaltung gemäß § 2209 als Selbstzweck übertragen, so bedarf er der Nachlaßgegenstände zur Erfüllung dieser Obliegenheit und es ist daher eine Herausgabepflicht auf Grund des § 2217 ausgeschlossen (P. II Bd. 6 S. 357). Auch in anderen Fällen versteht sich von selbst, daß die Testamentsvollstreckung als solche nicht durch Sicherheitsleistung beseitigt werden kann (P. II Bd. 5 S. 314).

9. Nach § 32 des Reichserbschaftssteuergesetzes v. 3. Juni 1906 ist der TV. persönlich verhaftet, wenn er dem Erben einen Nachlaßgegenstand vor Zahlung der Erbschaftssteuer ausantwortet. Die Geltendmachung des Rechtes aus § 2217 hat also zur Voraussetzung, daß eine Erbschaftssteuer nicht geschuldet oder daß sie gezahlt oder sichergestellt ist.

§ 2218.

E. I § 1908 Abs. 1, 2; II § 2087 rev. § 2194; III § 2192. P. I S. 9632, 9634, 9710, 9713; M. V S. 244. P. II Bd. 5 S. 263, 270, 282, 314 ff. D. S. 735.

1. Während einzelne bisherige Rechte (vgl. preuß. ALR. I 12 § 557; sächs. GB. § 1244) die Rechtsbeziehungen zwischen dem Erben und dem TV. durch eine allgemeine Verweisung auf den Auftrag oder die Verwaltung fremder Angelegenheiten regelten, ist im § 2218 nur die entsprechende **Anwendung bestimmter für den Auftrag geltender Vorschriften** angeordnet. Es gelten daher für das Verhältnis zwischen dem Erben und dem Vollstrecker in einigen Beziehungen entsprechende Rechtssätze, wie wenn der Erbe einen Auftrag erteilt und der Vollstrecker ihn angenommen hätte. Daß die nur im Interesse einer kürzeren Fassung des Gesetzes erfolgte

Bezugnahme nicht eine konstruktionelle Anlehnung der Testamentsvollstreckung an ein grundsätzlich verschiedenes Rechtsverhältnis und mithin der § 2218 nicht einen Rückfall in die Mandatstheorie (Vorbm. 2) enthält, ist gegenüber Sturm (S. 85 f.) schon von Strohal § 40b festgestellt worden.

2. Die entsprechende Anwendung der im Abs. 1 genannten Vorschriften führt im einzelnen zu folgenden Ergebnissen:

a) **Übertragung der Ausführung der Obliegenheiten des TV. auf einen Dritten** (§ 664 Abs. 1 Satz 1). Eine Übertragung sämtlicher Obliegenheiten ist überhaupt nur in der Weise möglich, daß der TV. bei gleichzeitiger Niederlegung seines Amtes einen Nachfolger ernennt, wenn er vom Erblasser dazu ermächtigt ist (§ 2199 Abs. 2, vgl. dort Erl. 4). Der TV. darf im Zweifel aber auch nicht einzelne Obliegenheiten einem Dritten übertragen. Auch ist er nicht befugt, sein Amt dauernd durch einen Generalbevollmächtigten ausüben zu lassen (KG. 27 S. A 197; Rspr. 10 S. 303). Dagegen ist ihm, auch ohne besondere Ermächtigung im Testamente, gestattet, sich in den den Nachlaß betreffenden Angelegenheiten in je nach dem Bedürfnisse mehr oder weniger weitgehenden Umfange vertreten zu lassen (Beispiel Rspr. 9 S. 408), selbst die Erteilung einer Generalvollmacht ist nicht schlechthin unzulässig (KG. 32 S. A 90). Unter Umständen kann übrigens die Aufstellung eines Vertreters sogar als eine Pflicht des TV. erscheinen, z. B. wenn er erkrankt und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Soweit ihm die Übertragung seiner Obliegenheiten gestattet ist, hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten (§ 664 Abs 1 Satz 2). Dagegen haftet er für das Verschulden eines Gehilfen in gleichem Umfange wie für eigenes (§ 664 Abs. 1 Satz 3, § 278). Bei unerlaubten Handlungen des Gehilfen s. § 831.

Der Erbe kann den ihm gegen den TV. zustehenden Anspruch auf Erfüllung der gesetzlichen Obliegenheiten, insbesondere auf ordnungsmäßige Verwaltung (§ 2216, vgl. auch §§ 2215, 2217) nicht auf einen Dritten übertragen (§ 664 Abs 2). Insbesondere hat ein nach §§ 2371, 2385 abgeschlossener Verkauf der Erbschaft nicht die Folge, daß in das persönliche Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und dem TV. an Stelle des ersteren der Käufer eintritt (a. M. Wilke Anm. 4); vielmehr kann diese Wirkung nur dadurch herbeigeführt werden, daß Miterben ihre Erbteile gemäß § 2033 dinglich auf Dritte übertragen.

b) Der TV. ist verpflichtet, dem Erben die erforderlichen **Nachrichten zu geben**, auf Verlangen über den Stand der Testamentsvollstreckung **Auskunft** zu erteilen und ihm nach der Beendigung seines Amtes **Rechenschaft** abzulegen (§ 666). Die Auskunftspflicht (vgl. §§ 260, 2215) erstreckt sich auch auf noch bevorstehende Geschäfte (P. II Bd. 5 S. 315, vgl. Erl. 10 zu § 2203). Die Rechenschaftspflicht wird für den Fall einer länger dauernden Verwaltung, insbesondere gemäß § 2209, im Abs. 2 dahin erweitert, daß der Erbe jährlich Rechnungslegung (§ 259) verlangen kann. Der TV. hat das Recht auf Decharge (§ 368).

c) Der TV. hat dem Erben alles, was er zur Erfüllung seiner Aufgaben erhält und was er durch die Amtsführung erlangt, also den ganzen nicht bestimmungsmäßig anderweit verwendeten Nachlaß mit allen Erweiterungen **herauszugeben** (§ 667). Wenn ein Inbegriff von Gegenständen herauszugeben ist, hat der TV. ein Verzeichnis derselben vorzulegen und nach Maßgabe des § 260 den Offenbarungseid zu leisten. Auf das nach § 2215 dem Erben mitgeteilte Verzeichnis kann er sich hierbei berufen. Die Herausgabepflicht kann bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände gemäß § 2217 schon vor der Beendigung der Testamentsvollstreckung eintreten. Wegen des Herausgabeanspruchs steht dem Erben ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 gegenüber dem Anspruche des TV. auf Ersatz der Aufwendungen zu; umgekehrt hat der TV. wegen dieses Anspruchs ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Herausgabeanspruche des Erben.

d) **Verwendet der TV. Geld**, das er dem Erben herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, **im eigenen Interesse**, so muß er es von der Verwendung an verzinsen (§ 668, vgl. §§ 246, 1834).

e) Macht der TV. zu Zwecken der Amtsführung aus seinem Vermögen **Aufwendungen**, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Erbe (vorbehaltlich des Rechtes auf Beschränkung der Haftung) zum Ersatze verpflichtet (§§ 670, 257; vgl Erl. 7 zu § 2221). Der Vollstrecker braucht eigene Mittel nicht zu verwenden, kann vielmehr die Aufwendungen aus dem Nachlasse bestreiten; ein Recht auf **Vorschuß**, wie nach § 669 der Beauftragte, hat er nicht (P. II Bd. 5 S. 316).

f) Erlischt das Amt durch den **Tod des TV.** (§ 2225), so hat dessen Erbe unverzüglich (§ 121 Abs. 1) dem Erben Anzeige zu erstatten und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden

§. 2219. Verletzt der Testamentsvollstrecker die ihm obliegenden Verpflichtungen, so ist er, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, für den daraus entstehenden Schaden dem Erben und, soweit ein Vermächtniß zu vollziehen ist, auch dem Vermächtnißnehmer verantwortlich.

Mehrere Testamentsvollstrecker, denen ein Verschulden zur Last fällt, haften als Gesammtschuldner.

---

ist, die Geschäfte des Vollstreckers fortzuführen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann; das Amt gilt insoweit als fortbestehend (§ 673 Satz 2; vgl. Erl. 3 zu § 857). Eine Anzeige an das Nachlaßgericht ist nicht vorgeschrieben, wird aber oft zweckmäßig sein

g) **Fortdauer des Amtes.** Erlischt das Amt, ohne daß der TV. von der Beendigungstatsache sogleich Kenntnis erhält, so gilt es zugunsten des Vollstreckers gleichwohl als fortbestehend, bis dieser von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder es kennen muß (§ 674; vgl. Erl. 1a zu §§ 2225–2227). Die Vorschrift ist vorzugsweise für die Ernennung eines Vollstreckers unter einer auflösenden Bedingung und für Fälle nach § 2210 Satz 2 von Bedeutung. Der Fall der Entlassung des TV. (§ 2227) scheidet aus, weil er dem Widerrufe des Auftrags gleichzustellen ist, für den der § 674 keine Geltung hat.

3. Der Erblasser kann den TV. von den ihm nach § 2218 obliegenden Verpflichtungen **nicht befreien** (§ 2220). Dieselben haben mithin, obwohl die im Abs. 1 angezogenen Vorschriften an sich nur Dispositivnormen sind, einen absoluten Charakter (a. M. Wilke Anm. 2 a. E.).

4. Die Vorschriften des § 2218 gelten nur für das **Verhältnis des TV.** zum Erben, nicht **zu sonstigen** Nachlaßbeteiligten. Insbesondere ist der TV. nicht verpflichtet, einem Pflichtteilsberechtigten Auskunft über den Nachlaß zu geben (RG. in JW. 1902 S. 216; Rspr. 4 S 427; JurZ. f. Elsaß-L. 31 S. 574). Wegen der Vermächtnisnehmer mit Rücksicht auf § 2219 a. A. Peiser S. 250.

§ 2219.

E. I § 1908 Abs. 1; II § 2088 rev. § 2195; III § 2193. P. I E. 9710; M. V E. 244. P. II Bd. 5 E. 263, 315.

1. **Verantwortlichkeit des TV. Umfang der Haftung.** Der TV. hat nach dem allgemeinen Grundsatze des § 276 Vorsatz und Fahrlässigkeit (omnis culpa) zu vertreten. Er ist Schuldner im Sinne des § 276, da es sich bei seinen Amtsverrichtungen um die Erfüllung einer Legalobligation handelt. Die einzelnen, dem TV. obliegenden Verpflichtungen ergeben sich aus den §§ 2203 ff., 2215 ff., s. auch § 2226 Satz 3. Wegen der Haftung des Vollstreckers für die Ausführung nicht rechtsbeständiger letztwilliger Verfügungen, insbesondere für die Errichtung ungültiger Vermächtnisse, s. Erl. 7 zu § 2203; wegen seiner Haftung für andere (Vertreter und Gehülfen) s. Erl. 2a zu § 2218.

2. Die **Haftung** des TV. **besteht**

a) gegenüber dem **Erben**, bei einer Nacherbschaft dem Vorerben und dem Nacherben.

b) Nach der rechtlichen Stellung, die einerseits der TV. und andererseits der Erbe einnimmt, besteht ein Schuldverhältnis nur zwischen ihnen, nicht auch zwischen dem TV. und den übrigen Nachlaßbeteiligten. Hiernach würde der TV. nur dem Erben verantwortlich sein. Der von der zweiten Kommission beschlossene Satz, daß, soweit ein Vermächtnis zu vollziehen ist, auch dem **Vermächtnisnehmer** ein Schadensersatzanspruch zusteht, enthält eine positive Erweiterung der Verantwortlichkeit des Vollstreckers. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf die **Auflage** (Wilke Anm. 2) kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil es bei der Auflage an einem materiell Berechtigten und daher an der Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch fehlt. Voraussetzung für den Ersatzanspruch des Vermächtnisnehmers gegenüber dem Vollstrecker ist, daß ersterer nicht Befriedigung von dem Erben oder dem sonst Beschwerten (vgl. §§ 2147, 2223) erlangen kann, weil der Anspruch aus dem Vermächtnis (§ 2174) erloschen oder doch dessen Verwirklichung ausgeschlossen ist. Solange und soweit noch ein realisierbarer Anspruch gegen den Beschwerten besteht, hat der Vermächtnisnehmer keinen Schaden erlitten und daher keinen Ersatzanspruch gegen den Vollstrecker. Besteht ein solcher Ersatzanspruch, so steht er nur dem Vermächtnisnehmer zu; das Wort „auch" ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß der Erbe (der doch keinen Schaden erleidet) und der Vermächtnisnehmer Gesamtgläubiger wären.

c) Den übrigen **Nachlaßgläubigern** haftet der TV. nicht bzw. nur nach den Vorschriften über die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen (s. die Vorbm. 5g).

§. 2220. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker nicht von den ihm nach den §§. 2215, 2216, 2218, 2219 obliegenden Verpflichtungen befreien.

---

3. Der Abs. 2, nach welchem **mehrere Testamentsvollstrecker**, denen ein Verschulden zur Last fällt, als Gesamtschuldner (§§ 421 ff.) haften, entspricht den für die Haftung mehrerer Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren eines rechtsfähigen Vereins sowie mehrerer Vormünder geltenden Vorschriften (§§ 42, 53, 1833). Die Bestimmung kommt zunächst dann zur Anwendung, wenn die mehreren TV. das Amt gemeinschaftlich führen (§ 2224). Hat jeder Vollstrecker einen besonderen Wirkungskreis (Erl. 6 zu § 2224), so trägt innerhalb desselben er allein die Verantwortung, sofern nicht die übrigen zur Aufsicht berufen sind. Wird bei einer solchen Teilung der Geschäfte der an sich zuständige TV. durch einen anderen vertreten, so bestimmt sich die Haftung des Vertretenen für ein Verschulden des Vertreters nach den zu § 2218 (Erl. 2a) entwickelten Grundsätzen. Auch in diesen Fällen besteht, wenn mehrere Vollstrecker nebeneinander haften, ein Gesamtschuldverhältnis. Im Verhältnis untereinander sind mehrere gesamtschuldnerisch haftende Vollstrecker nach § 426 zu gleichen Anteilen verpflichtet. Haftet jedoch im Falle einer Teilung der Verwaltung ein TV. nach obigem nur wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht, so ist nach Analogie des § 1833 Abs. 2 — nicht, wie **Wilke** (Anm. 5) annimmt, nach den hier überhaupt nicht anwendbaren §§ 823 ff. — im inneren Verhältnisse die Haftung nur den übrigen mithaftenden Vollstreckern aufzuerlegen.

4. Der Erblasser kann den TV. von der ihm nach § 2219 obliegenden Verantwortlichkeit **nicht befreien** (§ 2220; s. jedoch Erl. 3 zu § 2218). Hieraus folgt, daß er die Haftung des TV. auch nicht beschränken kann.

5. Die dem Erben und dem Vermächtnisnehmer auf Grund des § 2219 zustehenden Ersatzansprüche **verjähren** in der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren (§ 195), nicht etwa nach § 852 in drei Jahren. Dies ist nicht (wie nach preuß. Rechte; vgl. **Dernburg** III § 168 Anm. 5) auf die Fiktion eines Vertragsverhältnisses zurückzuführen, sondern darauf, daß der § 852 nur für Schadensersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen gilt, während es sich für den Erben, dem der Vermächtnisnehmer gleichgestellt wird, um Ansprüche aus der Verletzung besonderer auf einem gesetzlichen Schuldverhältnisse beruhender Verpflichtungen handelt. Die den sonstigen Nachlaßgläubigern gegen den TV. etwa zustehenden Ansprüche unterliegen der Verjährung nach § 852.

6. Der **Erbe haftet nicht für den Schaden, den der TV.** in Ausübung seines Amtes den Nachlaßbeteiligten oder sonstigen Dritten etwa widerrechtlich **zufügt.** Eine solche Haftung läßt sich aus dem Rechtsverhältnisse nicht herleiten, sie würde auch eine schwere Unbilligkeit gegenüber dem Erben enthalten, dem rechtlich keinerlei Einwirkung auf den TV. zusteht (**Rehbein** Obertrib. Entsch. II S. 519). Ebensowenig ist (vorbehaltlich des § 826) aus § 831 eine Haftung des Dritten abzuleiten, der gemäß § 2198 die Person des TV. bestimmt. Dagegen haftet ein TV., der nach § 2199 einen Mitvollstrecker oder Nachfolger ernennt, für ein ihm bei der Auswahl zur Last fallendes Verschulden jedenfalls nach § 2219 dem Erben. Der Nachlaßrichter, der nach § 2200 einen TV. ernennt, ist wegen gleichen Verschuldens gemäß § 839 den Nachlaßbeteiligten verantwortlich.

7. Wegen der Haftung des TV. für die **Erbschaftssteuer** s. Erl. 9 zu § 2217.

8. Nach dem StGB. § 266 sind Vollstrecker letztwilliger Verfügungen wegen **Untreue** strafbar, wenn sie absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln; vgl. dazu **Sturm** S. 90 ff.

9. Nach dem Bayer. NotGes. Art. 126 haftet der Staat nicht für den Schaden, den ein Notar in seiner Eigenschaft als TV. dem Erben oder einem sonstigen Dritten zufügt.

§ 2220.

E. I § 1906 Abs. 1, § 1908 Abs. 3; II § 2089 rev. § 2196; III § 2194. P. I S. 9709; M. V S. 241, 244. P. II Bd. 5 S. 263, 310, 314, 316.

Der § 2220 ist bereits bei der Erläuterung der darin angezogenen Paragraphen berücksichtigt worden (s. Erl. 10 zu § 2215; 3 zu § 2216; 3 zu § 2218; 4 zu § 2219). Er enthält eine gegenüber den weitgehenden absoluten Machtbefugnissen des TV. unerläßliche Schutzvorschrift im Interesse des Erben, der anderenfalls durch den TV. völlig aus der ihm begrifflich zukommenden Stellung verdrängt werden könnte. Unzulässig ist danach die Befreiung von der Verpflichtung zur Aufnahme des Nachlaßverzeichnisses, zur ordnungsmäßigen Verwaltung des

§. 2221. Der Testamentsvollstrecker kann für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen, sofern nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat.

Nachlasses, zur Auskunftserteilung, Rechenschaftsablage und Herausgabe des Nachlasses und von den sonstigen aus § 2218 sich ergebenden Verpflichtungen sowie von der Haftung für Verschulden. Dagegen kann der Erblasser den TV. von der diesem nach § 2217 obliegenden Verpflichtung befreien, dem Erben auf Verlangen entbehrliche Nachlaßgegenstände schon vor der Beendigung des Amtes zur freien Verfügung zu überlassen. Soweit sich aus den Vorschriften des § 2218 in Verbindung mit §§ 259, 260, 666, 667 die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids ergibt, kann der Erblasser den TV. auch von dieser Verpflichtung nicht befreien.

§ 2221.

E. I § 1909 Satz 1; II § 2090 rev. § 2197; III § 2195. P. I S. 971 ff.; M. V S. 244. P. II Bd. 5 S. 316.

1. Vergütung des TV. Entsprechend der Billigkeit gewährt das BGB. dem TV. für seine oft mühevolle und zeitraubende Tätigkeit den Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Das Recht besteht auch in Ermangelung einer entsprechenden Anordnung des Erblassers, kann aber von diesem ausgeschlossen werden. Was die Höhe der Vergütung betrifft, so entscheidet in erster Linie eine vom Erblasser getroffene Bestimmung (s. Erl. 2). In Ermangelung einer solchen kann der Betrag durch Vereinbarung zwischen dem Vollstrecker und den Nachlaßbeteiligten vertragsmäßig festgesetzt werden. Im Streitfall entscheidet über die Höhe der Vergütung das Prozeßgericht, nicht wie bei dem Nachlaßpfleger und dem Nachlaßverwalter (§§ 1962, 1987 in Verbindung mit §§ 1836, 1915) das Nachlaßgericht (RJA. 4 S. 140 = KG. 27 S. A 54). Soweit sich nicht eine bestimmte Übung gebildet hat, wird im einzelnen Falle einerseits der Umfang und die Schwierigkeit des Amtes, andererseits der Wert des Nachlasses billigerweise zu berücksichtigen sein. Eine Übung hat sich z. B. in Hamburg gebildet, wo der TV. 2% des Bruttonachlasses erhält (HansGZ. 1905 Beil. S. 252).

2. Bestimmung des Erblassers über die Vergütung. Der Anspruch des TV. auf Vergütung besteht nur, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Die Bestimmung kann sowohl dahin gehen, daß der TV. eine Vergütung überhaupt nicht beziehen, als dahin, daß er einen gewissen Betrag erhalten soll. Die Bestimmung kann vom Erblasser nur durch letztwillige Verfügung getroffen werden. Ist der TV. mit ihr unzufrieden, so bleibt ihm nur übrig das Amt abzulehnen (§ 2202) oder zu kündigen (§ 2226). Der Erblasser kann über die Vergütung eine Bestimmung auch dann treffen, wenn er das Nachlaßgericht um Ernennung eines TV. ersuchte. Übrigens sind die Nachlaßbeteiligten nicht gehindert, mit dem TV., auch wenn der Erblasser eine Bestimmung über die Vergütung getroffen hat, bezüglich ihrer eine Vereinbarung zu treffen, z. B. sie zu erhöhen.

Hat der Erblasser dem TV. eine Zuwendung gemacht, insbesondere ihn zum Erben eingesetzt oder ihm ein Vermächtnis ausgesetzt, so ist es Tatfrage, ob darin zugleich die Bestimmung der Vergütung zu erblicken ist oder ob der Vollstrecker eine solche noch neben der Zuwendung verlangen kann. Die Zubilligung einer Vergütung hat nicht die rechtliche Natur eines Vermächtnisses. Wäre dies der Fall, so würde der vom Erblasser besonders anerkannte Vergütungsanspruch des TV. im Nachlaßkonkurs an letzter Stelle zur Hebung kommen (KO. § 226 Abs. 2 Nr. 5), der TV. mithin schlechter stehen, wie wenn der Erblasser nichts bestimmt hätte.

3. Rechtliche Natur der Vergütung. Der Anspruch des TV. auf Vergütung begründet, mag er auf letztwilliger Verfügung oder unmittelbar auf dem Gesetze beruhen, im Nachlaßkonkurs eine Masseschuld (KO. § 224 Nr. 6). Für den Fall der Bestimmung durch den Erblasser gilt dies jedoch nur, soweit die Bestimmung sich in den Grenzen des Angemessenen hält, weil die Nachlaßgläubiger nur insoweit verpflichtet sein würden, wenn der Vollstrecker die Geschäfte für sie zu besorgen gehabt hätte; der Überschuß wird im Nachlaßkonkurse wie ein Vermächtnis behandelt. A. M. Weißler S. 204, der den Vergütungsanspruch seinem ganzen Umfange nach als gewöhnliche Konkursforderung behandeln will. Das Gesagte gilt auch, soweit der TV. mit den Nachlaßbeteiligten über die Vergütung eine Vereinbarung getroffen hat.

4. Der TV. kann die Vergütung von dem Erben fordern. Sein Anspruch begründet aber nur eine Nachlaßverbindlichkeit. Aus dem Nachlasse kann der TV. eine Vergütung auch dann verlangen, wenn er nur zur Verwaltung eines Erbteils ernannt ist. In einem solchen Falle haben die übrigen Erben keinen Anspruch gegen den Miterben, dessen Erbteil der TV. verwaltet, auf Ersatz. Entsprechendes gilt, wenn der TV. zur Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände berufen und eine

§. 2222. Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zwecke ernennen, daß dieser bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt.

Mehrheit von Erben vorhanden ist. Auch der mit selbständigem Verwaltungsrechte nach § 2209 ausgestattete TV. kann seine Vergütung nur als Nachlaßschuld geltend machen.

5. Der TV. kann die Vergütung erst **nach der Beendigung seiner Aufgabe** fordern, sofern der Erblasser nicht ein anderes bestimmte. Wenn der TV. nach § 2209 lediglich zur Verwaltung des Nachlasses berufen ist, wird es nicht selten im Willen des Erblassers gelegen sein, daß die Vergütung in gewissen Zeitabschnitten zu leisten ist.

6. **Endigt das Amt des TV.**, insbesondere durch Tod oder Kündigung, **vor der Erledigung seiner Aufgaben**, so ist nach billigem Ermessen zu entscheiden, ob und in welcher Höhe die geleisteten Dienste eine Vergütung rechtfertigen. Die Vorschriften über den Dienstvertrag (§ 628) werden mitunter einen Anhalt gewähren, wenngleich ihre Bezugnahme im Gesetze wegen der Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses abgelehnt worden ist (P. II Bd. 5 S. 317).

7. Unabhängig von dem Anspruch auf eine Vergütung kann der TV. **Ersatz für Aufwendungen** beanspruchen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte (§§ 2218, 670; vgl. Erl. 2e zu § 2218). Unter den Begriff der Aufwendungen fallen aber nicht nur bare Auslagen, sondern auch Berufsdienste, die der TV. als Rechtsanwalt, Bankier, Mäkler oder dgl. leistet (vgl. § 1835 Abs. 2). Der Betrag der dem Vollstrecker für solche Dienste nach Gesetz oder Übung zustehenden Gebühren ist natürlich bei der Bemessung der für seine gesamte Tätigkeit festzusetzenden Vergütung zu berücksichtigen. Voraussetzung ist übrigens, daß der TV. diese Dienste nur vermöge seines besonderen Gewerbes oder Berufs leistet. Handelt es sich um Dienste, die jeder leisten kann, so ist der TV. für sie durch die allgemeine Vergütung abgegolten; ein als TV. bestellter Rechtsanwalt z. B. kann nicht für seine gesamte Korrespondenz als TV. Schreibgebühren oder für die Erhebung von Nachlaßgeldern Inkassogebühren nach der Rechtsanwaltsgebührenordnung in Anspruch nehmen.

Seine Auslagen kann der TV. sofort ersetzt verlangen. Ein Recht auf Vorschuß hat der TV. nicht. Er braucht es auch nicht, da er vermöge seines Verfügungsrechts (§ 2205) in der Lage ist, sich selbst bezahlt zu machen.

Auch die Ersatzforderung des TV. begründet im Nachlaßkonkurs eine Masseschuld (KO. § 224 Nr. 6).

8. Die Landesgesetzgebung kann über die einem Rechtsanwalt oder Notar als TV. gebührende Vergütung keine Vorschriften treffen.

§ 2222.

G. II § 2091 rev. § 2198; III § 2196. M. II Bd. 5 S. 159, 309; Bd. 6 S. 99. P. S. 733.

1. **TV. zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Nacherben.** Der § 2222 ist von der zweiten Kommission aufgenommen worden, die der Ansicht war, daß die Zulassung eines solchen den Vorerben beaufsichtigenden TV. einem praktischen Bedürfnis entspreche, im Gesetz aber besonders ausgesprochen werden müsse, weil sie sich aus den §§ 2203 ff. nicht ergebe. Die Vorschrift ist vorzugsweise für den Fall der Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht von Bedeutung, wenn nämlich der Erblasser dem Abkömmlinge nicht nach § 2338 Abs. 1 Satz 2 (§ 2209) die Verwaltung gänzlich entziehen, aber ihm doch nach Satz 1 einen Nacherben bestimmen und dieser Anordnung einen wirksamen Schutz verleihen will. Ferner kann die Anwendung der Vorschrift zweckmäßig sein, wenn der Nacherbe unter der elterlichen Gewalt oder der Vormundschaft des Vorerben steht oder wenn der Nacherbe noch nicht erzeugt ist oder seine Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt werden soll. In diesen Fällen kann zwar nach § 1909 bzw. § 1913 ein Pfleger bestellt werden, die Bestellung erfolgt jedoch nur nach dem Ermessen des Gerichts, das nur bei zweifelloser Gefährdung des Nacherben einschreiten und überdies häufig von den fraglichen Verhältnissen keine Kenntnis erlangen wird.

2. Ein TV. zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten eines Nacherben kann auch neben einem zum Zwecke der Verwaltung des Nachlasses ernannten TV. ernannt werden. Es kann auch der zum Zwecke der Verwaltung des Nachlasses ernannte TV. gleichzeitig mit der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben betraut werden (a. A. Herzfelder); im Zweifel dürfte dies allerdings nicht anzunehmen sein. Insbesondere kann eine und dieselbe Person zum TV. bestellt werden, einerseits zwecks Verwaltung der Erbschaft für den Vorerben

§. 2223. Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zwecke ernennen, daß dieser für die Ausführung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt.

---

gemäß § 2209, § 2338 Abs. 1 Satz 2 und andererseits zwecks Wahrnehmung der Rechte des Nacherben gemäß § 2222, § 2338 Abs. 1 Satz 1 (Rspr. 10 S. 305). Dagegen ist die Ansicht von Märker (S. 173), daß auch der Vorerbe selbst gemäß § 2222 zum TV. bestellt und ihm damit die „denkbar freieste Stellung" eingeräumt, insbesondere die Bestellung eines Pflegers für den Nacherben verhindert werden könne, mit dem Wesen der Testamentsvollstreckung und dem Zwecke des § 2222 nicht vereinbar. Zum mindesten würde sich das Vormundschaftsgericht nicht davon abhalten lassen, zur Beaufsichtigung eines solchen TV. nötigenfalls einen Pfleger zu bestellen. Auch wenn ein dergestalt als Nacherbe eingesetzter pflichtteilsberechtigter Abkömmling von dem Ausschlagungsrechte nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 keinen Gebrauch gemacht hat, kann bei der Bestellung des Pflegers von einem Verstoße gegen das Testament nicht die Rede sein, da die Obrigkeit im öffentlichen Interesse eingreift. Jedenfalls kann nicht der Vorerbe, welcher auf Lebenszeit als alleiniger Erbe ernannt ist, gleichzeitig TV. des Nacherben sein (KG. 33 S. A 159 = SeuffA. 62 S. 239; a. A. Hellwig, Rechtskraft 1901 S. 229; Kempner Bl. f. Rpfl. i. KGBz. 18 S. 31). Vgl. auch Erl. 3d zu § 2136. Daß von mehreren Vorerben einer zum TV. für den Nacherben ernannt wird, ist unbedenklich.

3. **Wirkungskreis des TV.** Die Rechte des Nacherben, zu deren Ausübung der TV. berufen ist, ergeben sich aus den §§ 2116—2119, 2121—2123, 2127, 2128; vgl. auch § 2115 und ZPO. § 773; wegen der dem Nacherben obliegenden Pflichten s. §§ 2120, 2123.

4. Die **rechtliche Stellung des nach § 2222 ernannten TV.** bestimmt sich nach den §§ 2197—2221, soweit für die Anwendbarkeit dieser Vorschriften hier Raum ist. Unanwendbar sind also die §§ 2204—2217. Die Aufgaben des TV. bemessen sich vielmehr danach, daß er eben die in Erl. 3 bezeichneten Rechte und Pflichten wahrzunehmen hat. Der Nacherbe selbst ist zur Wahrnehmung dieser Rechte nicht befugt und für Erfüllung der Pflichten nicht verantwortlich (arg. § 2211). Zur Führung eines Rechtsstreits mit dem Vorerben über die vom Nacherben wahrzunehmenden Rechte und Pflichten ist nur der TV. aktiv und passiv legitimiert (arg. §§ 2212—2214); die Prozeßkosten hat, soweit der TV. unterliegt, nicht dieser, sondern der Nachlaß, d. h. was an den Nacherben aus dem Nachlasse gelangt, zu tragen (a. A. Hellwig Lehrb. d. Zivilpr. S. 301); das Urteil wirkt für und gegen den Nacherben. Für das Verhältnis des TV. zu dem Nacherben gelten die Vorschriften des § 2218; seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Nacherben bemißt sich nach § 2219. Der TV. hat Anspruch auf Vergütung (§ 2222), der Anspruch richtet sich gegen den Nachlaß, d. h. der Nacherbe haftet für sie nur wie für sonstige Nachlaßverbindlichkeiten.

Aus dem Gesagten erhellt, daß auch der nach § 2222 ernannte TV. nicht Vertreter des Erben (d. h. Nacherben) ist, sondern die gleiche Stellung hat, wie der zur Verwaltung des Nachlasses berufene TV. (Vorbm. 2 vor § 2197).

5. Das **Amt des** zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben ernannten **TV. endigt** mit dem Eintritte der Nacherbschaft (Rspr. 1 S. 410). Es wird nicht wirksam, wenn der Vorerbe ausschlägt (Rspr. 3 S. 381). Aus dem Gesagten folgt, daß, wenn der Fall der Nacherbfolge eintritt, der Nachlaß dem Nacherben, nicht dem TV. herauszugeben ist.

6. Verschieden von der im § 2222 angeordneten Testamentsvollstreckung zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben gegenüber dem Vorerben ist **die zur Verwaltung des dem Nacherben angefallenen Nachlasses angeordnete Testamentsvollstreckung.** In diesem Falle liegt eine gewöhnliche Testamentsvollstreckung vor. Der TV. hat den Nachlaß, soweit er an den Nacherben herauszugeben ist, zu verwalten und hinsichtlich dieses Nachlasses die in den §§ 2203 ff. bezeichneten Aufgaben zu erfüllen. Insbesondere kann ihm auch nur die Verwaltung des Nachlasses nach § 2209 übertragen werden.

§ 2223.

E. I § 1910; II § 2092 rev. § 2199; III § 2197. P. I S. 9637, 9650, 9663, 9706 ff.; M. V S. 245. P. II Bd. 5 S. 317.

1. **TV. zur Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen.** Die bisherigen Vorschriften des Titels setzen voraus, daß der TV. in Ansehung der ganzen Erbschaft oder eines Erbteils ernannt ist. Daß ein TV. auch einem Vermächtnisnehmer zur Seite gestellt

werden kann, um für die Ausführung der diesem auferlegten Beschwerungen (Untervermächtnisse und Auflagen, vgl. §§ 2147, 2186 ff., 2192) zu sorgen, mußte im Gesetze besonders ausgesprochen werden.

2. Ein TV. zur Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen kann neben einem anderen TV., dem die in den §§ 2203 ff. bezeichneten Aufgaben hinsichtlich des Nachlasses oder eines Erbteils obliegen, ernannt werden. Es kann auch derselbe TV., der die Aufgaben nach §§ 2203 ff. hinsichtlich der ganzen Erbschaft zu erfüllen hat, auch zu dem Zwecke des § 2223 bestellt werden. Ob im einzelnen Falle in der Ernennung eines Vollstreckers für die Erbschaft zugleich eine Bestellung gemäß § 2223 enthalten ist, muß durch Auslegung ermittelt werden (M. V S. 246), wird in der Regel aber zu bejahen sein (a. M. Seckt S. 47).

3. Rechtliche Stellung des nach § 2223 ernannten TV. Die Vorschriften der §§ 2197 bis 2221 sind auf einen nach § 2223 ernannten TV. soweit möglich, zu übertragen. Er ist daher, soweit dies nach Lage des Falles möglich ist und dem Willen des Erblassers entspricht, zum Besitze, zur Verwaltung und zur Verfügung über den Gegenstand des Vermächtnisses berechtigt. Die Klage des Untervermächtnisnehmers auf Erfüllung des Vermächtnisses ist, wenn er zur Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes berechtigt ist, gegen ihn zu richten (§ 2213); unter der gleichen Voraussetzung steht ihm (§ 2212), nicht dem Vermächtnisnehmer die Vermächtnisklage zu; auch ist der Vermächtnisnehmer von der Verwaltung ausgeschlossen (§ 2211) und gilt wegen des Zugriffs auf den Vermächtnisgegenstand durch Gläubiger des Vermächtnisnehmers der Grundsatz des § 2214 mit den aus § 748 CPO. sich ergebenden Folgen entsprechend. Das Urteil im Prozesse des TV. macht Recht für und gegen den Vermächtnisnehmer. Soweit der TV. zur Verwaltung berufen ist, hat er auch nach § 2215 die Verpflichtung, dem Vermächtnisnehmer ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände mitzuteilen.

Inwieweit die von der Eingehung von Verbindlichkeiten handelnde Vorschrift des § 2206 anwendbar ist, ist zweifelhaft. Daß der nach § 2223 ernannte TV. nicht mit Wirksamkeit gegen den Nachlaß Verbindlichkeiten eingehen kann, ergibt sich daraus, daß der § 2206 die Befugnis zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten an die Verwaltung des Nachlasses knüpft, diese aber dem nach § 2223 ernannten TV. nicht zusteht. Noch weniger kann davon die Rede sein, daß der nach § 2223 ernannte TV. den Vermächtnisnehmer unbeschränkt persönlich verpflichten kann. Dagegen dürfte eine entsprechende Anwendung des § 2206 durch das praktische Bedürfnis in dem Sinne geboten sein, daß an die Stelle der Verwaltung des Nachlasses die Verwaltung des Gegenstandes des Vermächtnisses tritt. Der nach § 2223 ernannte TV. wird also für befugt zu erachten sein, Verbindlichkeiten mit Wirksamkeit gegen den Gegenstand des Vermächtnisses einzugehen; der Vermächtnisnehmer haftet für diese Verbindlichkeiten nur beschränkt, d. h. nur mit dem Gegenstande des Vermächtnisses; die Vorschriften über die beschränkte Haftung des Vermächtnisnehmers in betreff der ihm auferlegten Beschwerungen (§§ 2186 ff.) werden zur Anwendung zu bringen sein.

Der nach § 2223 ernannte TV. hat die Beschwerungen entweder selbst auszuführen (§ 2203) oder er kann die Ausführung vom Vermächtnisnehmer verlangen (§ 2208). Seine Stellung zum Vermächtnisnehmer bestimmt sich nach § 2218, seine Verantwortlichkeit nach § 2219; zum Erben steht er an sich in keinem Rechtsverhältnisse, er hat jedoch Anspruch auf Vergütung (§ 2221) und dieser Anspruch richtet sich gegen den Erben, dieser haftet für ihn wie für eine Nachlaßschuld. Der § 2217 findet Anwendung, soweit der TV. zur Verwaltung des Gegenstandes des Vermächtnisses berechtigt ist. Unanwendbar sind die §§ 2204, 2209, 2210. Die Unanwendbarkeit des § 2209 ergibt sich daraus, daß der § 2223 als Zweck der Ernennung des TV. bei Vermächtnissen die Ausführung der dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen bezeichnet; die Zulässigkeit eines TV. lediglich zur Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes (analog § 2209) hätte ausdrücklicher Erwähnung bedurft. Auch der § 2222 findet keine Anwendung, da es bei einem Nachvermächtnisse (§ 2191) nicht besondere Rechte und Pflichten des Vorvermächtnisnehmers gibt (s. Erl. zu § 2191). Selbstverständlich kann aber auch bei einem Nachvermächtnis ein TV. zu dem Zwecke ernannt werden, um für die Ausführung der dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerung (d. h. das Nachvermächtnis) zu sorgen.

Wegen der Frage, ob einem nach § 2223 ernannten TV. ein Zeugnis über die Ernennung erteilt werden kann, s. Erl. zu § 2368.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß auch die Rechtsstellung des nach § 2223 ernannten TV. in der gleichen Weise aufzufassen ist wie die des zur Verwaltung des Nachlasses Berufenen (s. Vorbm. 2 vor § 2197). Der TV. ist nicht etwa Vertreter des Vermächtnisnehmers (so Seuffert zu § 50 CPO.).

§. 2224. Mehrere Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich; bei einer Meinungsverschiedenheit entscheidet das Nachlaßgericht. Fällt einer von ihnen weg, so führen die übrigen das Amt allein. Der Erblasser kann abweichende Anordnungen treffen.

Jeder Testamentsvollstrecker ist berechtigt, ohne Zustimmung der anderen Testamentsvollstrecker diejenigen Maßregeln zu treffen, welche zur Erhaltung eines der gemeinschaftlichen Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstandes nothwendig sind.

---

§ 2224.

E. I § 1893; II § 2003 rev. § 2200; III § 2196. P. I S. 9632 ff., 11359; M. V S. 222. P. II Bd. 5 S. 255 ff.

Der § 2224 betrifft die **Führung der Testamentsvollstreckung im Falle einer Mehrheit von TV.** (vgl. die ähnliche Vorschrift des § 1797 im Falle einer Mehrheit von Vormündern).

1. Die **Zulässigkeit einer Mehrheit von TV.** ist bereits in den §§ 2197, 2199 ausgesprochen. Die Bestimmung der Zahl hängt von dem Belieben des Erblassers, im Falle des § 2199 Abs. 1 auch von dem Ermessen des zunächst ernannten Vollstreckers und im Falle des § 2200 auch vom Ermessen des Nachlaßgerichts ab.

2. **Regel** ist **gemeinschaftliche Führung des Amtes** (Abs. 1 Satz 1.)

Die Regel gilt zunächst für das Verhältnis nach innen entsprechend dem Grundsatze des § 709. Die Vornahme eines Geschäfts setzt also voraus, daß sämtliche TV. mit ihm einverstanden sind. Erhebt einer Widerspruch, so muß — vorbehaltlich der Entscheidung des Nachlaßgerichts (Abs. 1 Satz 1) — das Geschäft unterbleiben.

Die Regel gilt auch für das Verhältnis nach außen. Die Vertretungsmacht der Mitvollstrecker ist eine Kollektivvertretungsmacht. Zur Vornahme eines Geschäfts (auch zum Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses) ist also erforderlich, daß alle TV. gemeinschaftlich handeln. Dazu genügt, daß die TV. einem oder mehreren von ihnen oder einem Dritten zur Vornahme des Geschäfts Vollmacht erteilen. Eine eigenmächtige Handlung eines TV. wird dadurch wirksam, daß die übrigen TV. ihr nachträglich zustimmen; in dieser Hinsicht gelten die Grundsätze der §§ 177 ff. über den Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Rechtsgeschäfte der TV. miteinander sind zulässig, soweit dem TV. das Selbstkontrahieren erlaubt ist (s. Erl. 13 zu § 2205; RG. 61 S. 139).

3. Können sich die TV. über die Vornahme einer Handlung nicht einigen, so entscheidet nicht die Mehrheit, sondern ohne Rücksicht darauf das Nachlaßgericht (Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2). Die Vorschrift, daß **bei einer Meinungsverschiedenheit** unter den Vollstreckern **das Nachlaßgericht entscheidet**, gilt auch dann, wenn die TV. das Amt nicht im vollen Umfange gemeinschaftlich zu führen haben, sofern nur überhaupt ein TV. zu der in Frage stehenden Handlung die Zustimmung der anderen TV. braucht (KG. 31 S. A 94). Die Anrufung des Nachlaßgerichts steht nicht nur jedem TV., sondern auch den materiell Beteiligten, insbesondere den betroffenen Erben und Vermächtnisnehmern, frei. Das Gericht hat sich für eine der mehreren Meinungen zu entscheiden; es ist nicht befugt, eine Anordnung anderen Inhalts zu treffen (a. A. Dernburg 5 S. 138; Peiser S. 284; Herzfelder). Gegen die gerichtliche Verfügung steht nach dem FGG. § 82 jedem TV. selbständig die Beschwerde zu (vgl. Erl. 7 zu § 2216); bezieht sich die Meinungsverschiedenheit auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, so ist die Beschwerde eine sofortige und die Verfügung tritt erst mit der Rechtskraft in Wirksamkeit, sofern nicht das Gericht bei Gefahr im Verzuge die sofortige Wirksamkeit anordnet. Die Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs unter den Testamentsvollstreckern ist ausgeschlossen, selbstverständlich werden aber Rechte Dritter, insbesondere der Erben, durch die Entscheidung des Nachlaßgerichts nicht berührt (Rspr. 1 S. 196). Die Ausführung der vom Nachlaßgerichte getroffenen Entscheidung ist Sache der TV. Sie haben hierbei alle mitzuwirken, es darf nicht der Überstimmte seine Mitwirkung ablehnen.

4. Für den Fall, daß **einer der mehreren Vollstrecker wegfällt**, kann der Erblasser durch eine Ersatzberufung (§ 2197 Abs. 2) oder durch eine Anordnung nach §§ 2198—2200 Vorsorge treffen. Es ist auch möglich, daß nach dem Willen des Erblassers das Amt aller TV. erlischt, sobald einer von ihnen wegfällt. In Ermangelung einer diesbezüglichen letztwilligen Verfügung führen nach Abs. 1 Satz 2 bei dem Wegfall eines TV. die übrigen das Amt allein ohne Unterschied, ob der Wegfall sogleich anfangs infolge einer Ablehnung (§ 2202) oder später aus

anderen Gründen (§§ 2225—2227) eintritt. Das den TV. erteilte Zeugnis (§ 2368) ist nach dem Wegfall eines TV. zu berichtigen (RJA. 5 S. 37).

5. Für den Fall einer **vorübergehenden Behinderung** durch Abwesenheit, Krankheit ꝛc. ist keine besondere Vorschrift getroffen. Die M. V S. 222 weisen die Erstreckung des Satz 2 auf diesen Fall zurück, indem sie die Gefahr eines Mißbrauchs betonen; in der zweiten Kommission ist ein Antrag, für unaufschiebbare Maßregeln die gerichtliche Bestellung eines Vertreters zuzulassen (vgl. § 29), abgelehnt worden (P. II Bd. 5 S. 257). Die Entscheidung ist zunächst aus dem Abs. 2 zu entnehmen, denn die dort einem einzelnen TV. beigelegte Befugnis steht natürlich bei Behinderung eines Vollstreckers auch der Gesamtheit der übrigen zu (RG. in RJA. 6 S. 135). Die letzteren können jedoch auch außerhalb der Fälle des Abs. 2 in dringenden Fällen allein handeln und, wenn der behinderte Vollstrecker später seine Genehmigung verweigert, eine Verfügung des Nachlaßgerichts erwirken, welche die bestehende Meinungsverschiedenheit in ihrem Sinne entscheidet.

6. Der Abs. 1 Satz 3 läßt **abweichende Anordnungen des Erblassers** zu. Diese können sich beziehen

a) auf die Amtsführung des TV. Der Erblasser kann jedem der TV. einen besonderen Wirkungskreis zuweisen; die Zuweisung kann in dem Sinne erfolgen, daß jeder innerhalb seines Wirkungskreises selbständig ist oder daß er zwar nach außen selbständig ist, nach innen aber der Aufsicht der übrigen TV. unterliegt. Der Erblasser kann auch vorschreiben, daß die TV. die Geschäfte gemeinschaftlich führen, daß es aber nach außen genüge, wenn auch nur einer oder nur einige handelnd auftreten (KG. 22 S. A 269; 31 S A. 94 = RJA. 2 S. 167; 7 S. 24). Die Art der Verteilung der Geschäfte kann vom Erblasser auch den Vollstreckern selbst überlassen werden, dagegen ist eine ohne solche Ermächtigung von den TV. vorgenommene Geschäftsverteilung nur für ihr Verhältnis untereinander von Bedeutung. Unbedenklich kann der Erblasser auch bei einer Verteilung der Geschäfte einem der TV. die obere Leitung vorbehalten.

b) auf die Führung des Amtes beim Wegfall eines der TV. (s. Erl. 4).

c) auf die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten unter den TV. Der Erblasser kann z. B. bestimmen, daß die Mehrheit oder ein Dritter, welcher nicht zu den TV. gehört, entscheiden soll.

7. Die abweichenden Anordnungen kann der Erblasser nur durch letztwillige Verfügung treffen; diese braucht aber nicht in derselben Urkunde enthalten zu sein wie die Anordnung der Testamentsvollstreckung.

8. Die abweichenden Anordnungen des Erblassers sind in dem den TV. nach § 2368 zu erteilenden Zeugnisse zu erwähnen (KG. 22 S. A 269 = RJA. 2 S. 167).

9. **Haftung der TV.** Soweit die TV. das Amt gemeinschaftlich zu führen haben, haften sie, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt, nach § 2219 Abs. 2 als Gesamtschuldner. Dies gilt in allen Fällen, in denen mehrere TV. in irgendeiner Form, sei es auch nur, daß einer den andern zu beaufsichtigen hat, zusammenzuwirken haben.

10. Der **Abs. 2**, nach welchem ein einzelner TV. **zwecks Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes** selbständig zu handeln berechtigt (und gemäß § 2216 unter Umständen verpflichtet) ist, schließt sich an die für die gewöhnliche Gemeinschaft und für die Erbengemeinschaft nach § 744 Abs. 2, § 2038 Abs. 1 geltenden Vorschriften an.

Die Maßregel muß zur Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes des Gegenstandes objektiv notwendig sein, es genügt nicht, daß der TV. sie für notwendig halten durfte. Beispiele für solche Maßregeln bieten dringende Erneuerungsarbeiten, Bestellung der Grundstücke, Bezahlung von Hypothekenzinsen, um die Zwangsvollstreckung abzuhalten. Als Maßregel zur Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes kann auch die Klage auf Feststellung des Bestehens einer Nachlaßforderung (RG. in JW. 1902 Beil. S. 244) oder die Klage auf Bezahlung einer Nachlaßforderung an sämtliche TV. in Betracht kommen. Selbstverständlich hat der handelnde TV. zu prüfen, ob die von ihm zu treffende Maßregel insbesondere nach dem Verhältnisse der aufzuwendenden Mittel zu dem erreichbaren Zwecke, den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung (§ 2216) entspricht, und er bleibt hierfür verantwortlich.

Soweit es sich nicht um die Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes handelt, ist der einzelne TV. auch bei Gefahr im Verzuge nicht selbständig zu handeln befugt. Die Aufnahme einer entgegengesetzten Vorschrift (vgl. §§ 1401, 1450; HGB. § 115 Abs. 2, § 116 Abs. 3) ist wie bei der Gesellschaft (vgl. §§ 709, 710) abgelehnt worden. Wenn daher ein einzelner Vollstrecker außerhalb der Fälle des Abs. 2 selbständig handelt, so tut er es auf seine Verantwortung, und

andererseits kann er nicht zur Rechenschaft gezogen werden, wenn er trotz Gefahr im Verzug untätig bleibt, soweit nicht etwa eine Benachrichtigung der Mitvollstrecker noch möglich war.

Innerhalb des Rahmens des Abs. 2 hat jeder einzelne TV. ein festes Recht, selbständig zu handeln, das ihm weder durch einen Mehrheitsbeschluß noch durch das Nachlaßgericht verkümmert werden kann. Mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift und ihre Stellung im Abs. 2 gegenüber dem Abs. 1 Satz 3 ist sogar anzunehmen, daß auch der Erblasser dem TV. jenes Recht nicht entziehen kann (a. A. Dernburg 5 § 138).

§§ 2225—2227.

1. Gründe der Beendigung des Amtes des TV. Die §§ 2225—2227 heben nur einzelne Beendigungsgründe besonders hervor, nämlich den Tod und den Eintritt von Mängeln in der Geschäftsfähigkeit (§ 2225), die Kündigung (§ 2226) und die Entlassung des Vollstreckers (§ 2227). Von diesen Fällen abgesehen endigt das Amt

a) mit dem **Eintritte der auflösenden Bedingung oder des Endtermins**, wenn die Ernennung unter einer solchen Beschränkung erfolgt ist. War das Amt des TV., sei es von Anfang an, sei es nach der Erledigung der sonstigen Aufgaben, auf die Verwaltung des Nachlasses beschränkt (§ 2209), so endigt es auch mit dem Ablaufe der in § 2210 bestimmten gesetzlichen Frist von dreißig Jahren. Besonders für die hier erörterten Fälle ist die Frage von Bedeutung, wie weit bei Verfügungen über Nachlaßgegenstände, die der TV. nach der Beendigung des Amtes noch vornimmt, er selbst und der Dritte geschützt ist. Aus § 2218 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 169, 674 folgt, daß die Verfügung rechtsbeständig ist, wenn sich der TV. über die Beendigung seines Amtes in unverschuldeter Unkenntnis befindet und auch der Dritte in gutem Glauben ist (vgl. Erl. 2g zu § 2218). Hat dagegen der TV. von der Beendigung des Amtes Kenntnis oder beruht seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit, so ist der Dritte bei einem Erwerb auf Grund des Grundbuchs (falls nämlich der nach GBO. § 53 eingetragene Vermerk noch nicht gelöscht ist) durch die §§ 892, 893 geschützt, findet aber keinen Schutz bei dem Erwerbe von beweglichen Sachen oder von Rechten an solchen, da es an einer bezüglichen Vorschrift fehlt.

b) Mit der **Erledigung der Obliegenheiten** des TV. endigt sein Amt ohne weiteres, wenn ihm nicht die regelmäßige Aufgabe, sondern lediglich einzelne Obliegenheiten aufgetragen sind. Bei den Beratungen der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 314) ist die Frage offen geblieben, von einer Seite ist eine besondere Niederlegung des Amtes für notwendig erklärt worden. Aus Gründen der Verkehrssicherheit wird man dieser Ansicht mit Strohal § 40 bei einer Testamentsvollstreckung mit normaler oder annäherungsweise normaler Aufgabe zustimmen müssen (anders die frühere Auflage und die herrschende Meinung).

2. Die Eröffnung des **Konkurses über das Vermögen des TV.** beendigt das Amt an sich nicht, sie wird jedoch in vielen Fällen die Entlassung rechtfertigen (§ 2227; vgl. betreffs des Vormundes § 1886 in Verbindung mit § 1781 Nr. 3). An die Konkurseröffnung schlechthin und kraft Gesetzes das Erlöschen des Vollstreckeramts anzuknüpfen, ist von der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 258) abgelehnt worden, weil der Ausbruch des Konkurses keineswegs immer verschuldet und daher geeignet sei, das Vertrauen zu dem TV. zu erschüttern.

3. Ebensowenig wird die Testamentsvollstreckung durch die Eröffnung des **Nachlaßkonkurses** oder durch die Anordnung einer **Nachlaßverwaltung** beendigt. Mit dem Eintritte dieser Maßregeln geht allerdings ein großer Teil der Obliegenheiten des Vollstreckers auf den Konkurs- bzw. Nachlaßverwalter über, dieser hat nunmehr das Verwaltungs- und Verfügungsrecht auszuüben und für die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten Sorge zu tragen. Allein, da die Aufgaben des TV. hiermit nicht erschöpft sind, wird die Vollstreckung nicht aufgehoben, vielmehr tritt sie nur während der Dauer des Verfahrens gegenüber der Tätigkeit des Verwalters zurück und kommt nach der Beendigung des Verfahrens, soweit für den Vollstrecker noch Aufgaben zu erledigen sind, wieder zur freien Entfaltung. Vgl. M. V S. 226 und die Vorbm. 5c, d.

4. Folgen der Beendigung des Amtes des TV.

a) Der TV. hat dem Erben den ganzen nicht bestimmungsgemäß verwendeten Nachlaß mit allen Erweiterungen herauszugeben (§ 2218 mit § 667).

b) Er hat dem Erben über die Führung der Testamentsvollstreckung Rechenschaft abzulegen (§ 2218 mit § 666).

Aus der Herausgabe- und der Rechenschaftspflicht folgt die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nach Maßgabe der §§ 259—261.

§. 2225. Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt, wenn er stirbt oder wenn ein Fall eintritt, in welchem die Ernennung nach §. 2201 unwirksam sein würde.

§. 2226. Der Testamentsvollstrecker kann das Amt jederzeit kündigen. Die Kündigung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Die Vorschriften des §. 671 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

---

5. Mit der Beendigung des Amtes wird das dem TV. vom Nachlaßgericht ausgestellte Zeugnis kraftlos (§ 2368 Abs. 3).

6. Der im Grundbuche bzw. im Schiffsregister eingetragene Vermerk ist auf Antrag des Erben zu löschen (GBO. §§ 22, 53; FGG. §§ 102, 118).

7. Betreffs des Überganges eines gegenüber dem TV. anhängigen Rechtsstreits auf den Erben s. Erl. 4 vor § 2212.

8. Mit der Beendigung des Amtes des TV. erlischt übrigens nicht notwendig auch die Testamentsvollstreckung selbst (§ 2197 Abs. 2, § 2199 Abs. 2, § 2220, § 2224 Abs. 1 Satz 2).

§ 2225.

E. I § 1894; II § 2094 rev. § 2201; III § 2196. P. I S. 9623, 9639 ff.; M. V S. 223. P. II Bd. 5 S. 297 ff.

1. **Tod des TV.** Das Amt des TV. ist seiner Natur nach unvererblich (vgl. Erl. 5 zu § 2201). Auch wenn der TV. auf Grund einer ihm nach § 2199 Abs. 2 erteilten Ermächtigung einen Nachfolger ernennt und hierzu seinen Erben erwählt, kann er nicht schlechthin seinen „Erben" zum Vollstrecker ernennen, vielmehr muß er eine bestimmte Person bezeichnen und die Ernennung ist im Zweifel wirksam, gleichviel ob der Ernannte Erbe wird oder nicht. A. M. anscheinend Frommhold (Anm. 1), der es sogar für zulässig hält, daß der Erblasser die Übertragung des Amtes auf „die Erben" des TV. anordnet. Wegen der Anzeigepflicht und der einstweiligen Fortführung der Geschäfte durch den Erben des Vollstreckers s. § 2218 in Verbindung mit § 673 Satz 2 (vgl. Erl. 3 zu § 857; Erl. 2f zu § 2218). Betreffs des Falles der Verschollenheit s. Erl. 3 zu § 2227.

2. Zufolge der Verweisung auf den § 2201 beendigen das Amt des TV.

a) der Eintritt der **Geschäftsunfähigkeit** infolge eines dauernden Zustandes krankhafter Störung der Geistestätigkeit (§ 104 Nr. 2) oder infolge der Entmündigung wegen Geisteskrankheit (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, § 104 Nr. 3; vgl. CPO. § 661 Abs. 1),

b) der Eintritt **beschränkter Geschäftsfähigkeit** infolge der Entmündigung wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht (§ 6 Abs. 1 Nr. 1—3, § 114; vgl. CPO. § 661 Abs. 2, § 683 Abs. 2) oder infolge der Stellung unter vorläufige Vormundschaft (§§ 114, 1906; vgl. FGG. § 52),

c) die Bestellung eines **Pflegers zur Besorgung der Vermögensangelegenheiten** nach § 1910 (vgl. hierzu Erl. 1 zu § 2201).

Die Wirkung dieser Tatsachen ist eine endgültige; das Amt bleibt erloschen, wenn auch der gerichtliche Entmündigungsbeschluß auf Grund einer Anfechtungsklage bzw. die Stellung unter vorläufige Vormundschaft im Beschwerdeweg aufgehoben wird oder wenn die vorläufige Vormundschaft endigt bzw. die Pflegschaft aufgehoben wird (s. Erl. 3 zu § 2201).

3. **Der Tod des Erben** hat auf die Testamentsvollstreckung an sich keinen Einfluß, wenn sie nicht der Erblasser nur für die Lebenszeit dieser Erben angeordnet hat (vgl. z. B. § 2338).

§ 2226.

E. I § 1895; II § 2095 rev. § 2202; III § 2200. P. I S. 9639 ff., 12248; M. V S. 223. P. II Bd. 5 S. 239.

1. **Kündigung des TV.** Das BGB. gewährt dem TV. wie dem Beauftragten (§ 671 Abs. 1) das freie Kündigungsrecht. War der TV. aus besonderen Gründen (vgl. Erl. 9 zu § 2202) zur Annahme des Amtes verpflichtet, so kann ihn eine unbegründete Niederlegung schadensersatzpflichtig machen, die Wirksamkeit der Kündigung wird jedoch durch das Bestehen einer solchen Verpflichtung nicht berührt. Wegen des Kündigungsrechts des Ehemanns einer zum TV. bestellten Frau s. Erl. 10 zu § 2202.

§. 2227. Das Nachlaßgericht kann den Testamentsvollstrecker auf Antrag eines der Betheiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

Der Testamentsvollstrecker soll vor der Entlassung wenn thunlich gehört werden.

---

2. **Form der Kündigung.** Die Kündigung erfolgt nach Satz 2 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht ohne besondere Form. Es gilt mithin dasselbe wie nach § 2202 Abs. 2 für die Erklärung der Annahme oder Ablehnung des Amtes. Wird die Kündigung nicht vor dem Gericht erklärt, so wird sie nach § 130 wirksam, sobald sie ihm zugeht; mit diesem Zeitpunkt erlischt daher das Amt des Vollstreckers. Einsicht der Erklärung ist nach § 2228 zu gestatten.

3. **Zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts.** Zufolge der entsprechenden Anwendung der im Satz 3 angezogenen Vorschriften über den Auftrag darf der TV. nur in der Art kündigen, daß der Erbe für die Besorgung der Geschäfte anderweit Fürsorge treffen kann, sofern nicht ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Bei unzeitiger Kündigung ohne einen solchen Grund hat er nach dem für anwendbar erklärten § 671 Abs. 2 dem Erben den entstehenden Schaden zu ersetzen (vgl. § 627 Abs. 2, § 723 Abs. 2). Liegt aber ein wichtiger Grund vor, so ist der TV. zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat (§ 671 Abs. 3). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, können nicht bloß Umstände, die in der Person des TV., sondern auch solche, die in der Person des Erben begründet sind, in Betracht kommen, z. B. gehässiges Verhalten des Erben. Ein Verzicht auf das Kündigungsrecht (durch Vertrag mit dem Erben) ist nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, hat aber nicht die absolute Wirkung, daß die gleichwohl erfolgte Kündigung unwirksam wäre, vielmehr begründet er nur eine Schadensersatzpflicht. Auch diese fällt weg, wenn ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt. Die Schadenersatzpflicht bei unbefugter Kündigung kann dem TV. auch gegenüber einem Vermächtnisnehmer (vgl. § 2219), nicht aber gegenüber einem anderen Nachlaßbeteiligten, auch nicht gegenüber einem Nachlaßgläubiger (z. B. wenn dieser den TV. belangt hatte), obliegen.

§ 2227.

E. I § 1896; II § 2096 rev. § 2203; III § 2201. P. I E. 9639 ff., 11359, 12249; M. V E. 224. P. II Bd. 5 E. 260.

1. **Entlassung des TV.** Seinem Ursprung und Zwecke nach kann das Amt des TV. nicht durch einen Widerruf des Erben beseitigt werden, es ist jedoch im § 2227 die Möglichkeit geschaffen, daß der TV. unter Umständen durch eine Verfügung des Nachlaßgerichts auch gegen seinen Willen aus dem Amte entfernt wird. Eine zwangsweise Enthebung des Vollstreckers wurde schon im bisherigen Rechte für zulässig erachtet, jedoch konnte sie, soweit nicht ausdrückliche Vorschriften darüber bestanden, nur auf den vermutlichen Willen des Erblassers gegründet werden und die Feststellung ihrer Voraussetzungen mußte im Prozeßwege erfolgen (vgl. RG. 2.3 S. 205, 46 S. 70). Das BGB. macht die Entlassung zu einem Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und erklärt demnach das Nachlaßgericht für zuständig.

2. In Ermangelung der Aufsichtsbefugnis (s. Vorbm. 4c vor § 2197) kann dieses jedoch nicht von Amts wegen vorgehen, vielmehr ist es an den **Antrag eines Beteiligten** gebunden. Letzterer Ausdruck ist hier in dem gleichen Sinne zu verstehen wie im § 2198 Abs. 2 und im § 2202 Abs. 3 (s. Erl. 7 zu § 2198), umfaßt also auch die Nachlaßgläubiger und den Mitvollstrecker. Soweit Beamte oder Religionsdiener zur Übernahme einer Testamentsvollstreckung einer Erlaubnis ihrer vorgesetzten Behörde bedürfen, ist diese, wenn sie die Erlaubnis versagt oder zurücknimmt, nicht befugt, den Antrag auf Entlassung zu stellen, vielmehr kann sie nur ihrerseits den Beamten zur Niederlegung der Vollstreckung anhalten (vgl. Erl. 10 zu § 2202).

Zweifelhaft ist, ob eine Entlassung auf den Antrag des TV. selbst erfolgen kann. Für die Bejahung der Frage kann man sich auf das FGG. § 81 Abs. 2 berufen, nach welchem dem TV. die Beschwerde gegen eine Verfügung zusteht, durch die er „gegen seinen Willen" entlassen wird. Die Worte „gegen seinen Willen" dürften indessen nur den Sinn haben, daß dem TV. die Beschwerde nicht zusteht, wenn er sich mit dem Antrag eines Beteiligten auf Entlassung ein-

§. 2228. Das Nachlaßgericht hat die Einsicht der nach §. 2198 Abs. 1 Satz 2, §. 2199 Abs. 3, §. 2202 Abs. 2, §. 2226 Satz 2 abgegebenen Erklärungen Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

---

verstanden erklärt hat. Dem TV. selbst den Antrag auf Entlassung zu gestatten, würde, da ihm das Recht der Kündigung zusteht, nur die Bedeutung haben, daß das Nachlaßgericht eine Entscheidung darüber abgäbe, ob es die Kündigung als aus wichtigen Gründen erfolgend ansehe. Hätte das Gesetz dies gewollt, so hätte es ausdrücklich bestimmt werden müssen.

3. **Gründe der Entlassung.** Die Entlassung kann nur erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; als Beispiel werden grobe Pflichtverletzung und Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung genannt (vgl. § 27 Abs. 2, § 1886; HGB. § 117).

Als Pflichtwidrigkeit kommt in erster Reihe strafbare Untreue (StGB. § 266) in Betracht. Doch können auch minder schwere Verstöße die Entlassung rechtfertigen, z. B. Nichtbefolgung der Anordnungen des Erblassers (§§ 2203, 2204, 2216), grobe Fahrlässigkeit bei der Verwaltung, Mangel an Zuverlässigkeit und Uneigennützigkeit, überhaupt jedes Verhalten des TV., das begründeten Anlaß zu der Annahme bietet, daß ein längeres Verbleiben desselben im Amte den Interessen des Nachlasses oder der daran Beteiligten schädlich oder gefährlich sein würde (RG. 23 S. 206; SeuffA. 60 S. 149). Unter Umständen kann sich als eine die Entlassung rechtfertigende Pflichtverletzung auch die unbegründete Weigerung des TV., den Nachlaß dem Erben herauszugeben (Rspr. 6 S. 307) oder Rechnung zulegen (SeuffA. 58 S. 461), darstellen.

Die Unfähigkeit zur Geschäftsführung braucht nicht verschuldet zu sein (Rspr. 9 S. 407). Als Unfähigkeit kann daher auch längere Abwesenheit des TV. in Betracht kommen; namentlich wird bei Verschollenheit des TV. die Entlassung in Betracht kommen, da die Todeserklärung nur selten abgewartet werden kann. Unerheblich ist, ob die Unfähigkeit zur Geschäftsführung schon bei dem Beginne des Amtes vorhanden gewesen oder erst später eingetreten ist. Unerheblich ist ferner, ob der Erblasser die Ernennung auch bei Kenntnis des Grundes vorgenommen hätte (Rspr. 8 S. 280). Betreffs des Konkurses s. Erl. 2 vor § 2225.

4. Hinsichtlich des **Verfahrens** ist im Abs. 2 die Ordnungsvorschrift gegeben, daß der TV. vor dem Erlaß einer die Entlassung aussprechenden Verfügung wenn tunlich gehört werden soll (Rspr. 8 S. 280). Gegen die auf Entlassung lautende Verfügung steht dem TV. und jedem anderen, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt wird, die sofortige **Beschwerde** zu (FGG. § 20 Abs. 1, § 81 Abs. 2). Die Verfügung ist daher dem TV. von Amts wegen zuzustellen (FGG. § 16 Abs. 2). Wegen des Rechtes auf Einsicht, Abschrift und Ausfertigung der Verfügung s. FGG. §§ 78, 85, wegen der Einziehung des dem TV. nach § 2368 erteilten Zeugnisses die dortigen Erläuterungen.

5. Die Entlassung des TV. ist schon vor dem Antritte des Amtes zulässig.

6. Eine **zeitweilige Enthebung des TV.**, die Marcus S. 58 und Böhm S. 182 für zulässig halten, findet nicht statt. Im Gesetz ist sie nicht vorgesehen und es würde auch unklar sein, wem während der Dauer einer solchen Enthebung das Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich des Nachlasses zustehen sollte.

§ 2228.

E. II rev. § 2204; III § 2202. P. II Bd. 6 S. 338.

1. Der bei der Revision des zweiten Entwurfs aufgenommene § 2228 gewährt jedem, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, ein materielles Recht auf die Einsicht der gegenüber dem Nachlaßgericht abgegebenen Erklärungen, die sich auf die Bestimmung der Person des TV. durch einen Dritten, auf die Ernennung eines Mitvollstreckers oder eines Nachfolgers durch den TV., auf die Annahme oder Ablehnung und auf die Kündigung des Amtes beziehen. Vgl. auf dem Gebiete des Erbrechtes die verwandten Vorschriften im § 1953 Abs. 3 Satz 2, § 1957 Abs. 2 Satz 2, § 2010, § 2081 Abs. 2 Satz 2, § 2146 Abs. 2, § 2264, § 2384 Abs. 2.

2. Wegen der Glaubhaftmachung des rechtlichen Interesses s. FGG. § 15 Abs. 2. Erforderlich ist übrigens ein rechtliches, nicht nur ein berechtigtes Interesse.

3. Wegen des Rechtes auf Erteilung einer einfachen oder beglaubigten Abschrift s. Erl. 2 zu § 2010. Bezüglich der gerichtlichen Verfügungen, welche die Ernennung oder die Entlassung eines TV. betreffen, ist im FGG. §§ 78, 85 bestimmt, daß sie einsehen darf, wer ein berechtigtes, und daß von ihnen eine Ausfertigung verlangen kann, wer ein rechtliches Interesse daran glaubhaft macht.

Siebenter Titel.
Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Siebenter Titel.

Strohal, Erbrecht I §§ 19—22a, 42, 48; Weißler, Nachlaßverfahren S. 137—174; Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht I S. 179ff., II S. 227ff.; Peiser, Handb. des Testamentsrechts 2. Aufl. §§ 7—10; Paul Meyer, Erbrecht §§ 25—31; Albrecht, Formen und Inhalt gültiger Testamente 4. Aufl. 1900; Eichhorn, Das Testament 4. Aufl. 1900; Pallaske, Das Testament 1902; Mayer, Lehrb. des Erbrechts 4. Aufl. 1902; Marcus, Das deutsche Testament 3. Aufl. 1908; Sauer, Testamente und Erbverträge in Bay. 1903; Hallbauer, Das deutsche Testamentenrecht 3. Aufl. 1905; Götte, Der preußische Testamentsrichter 1901; Tränkner im Sächs. Arch. 7 S. 345ff.; Rüger das. 9 S. 415ff.; Küntzel in Gruch. 41 S. 588ff.; Bruck im Arch. f. Bürg. R. 14 S. 219ff. Vgl. ferner die Literaturangaben S. 7 und S. 335. Zu einzelnen Vorschriften des Titels, insbesondere zu §§ 2233—2245, ist auch die Literatur über das FGG. heranzuziehen, insbesondere die Kommentare von Dorner, Josef (2. Aufl. 1906), Rausnitz, Schultze-Görlitz, Wellstein (2. Aufl. 1906).

I. Inhaltsübersicht. Die Vorschriften des Titels zerfallen in vier Hauptgruppen:

1. Fähigkeit zur Testamentserrichtung, §§ 2229, 2230;

2. Testamentsformen, §§ 2231—2252, und zwar

a) ordentliche Formen: α) Errichtung vor einem Richter oder einem Notar, § 2231 Nr. 1, §§ 2232—2246 (mitwirkende Personen §§ 2233—2237, Errichtungsakt §§ 2238, 2239, Protokoll §§ 2240—2242, Testament eines sprachunfähigen oder sprachfremden Erblassers §§ 2243—2245, Verschluß und Verwahrung des Testaments § 2246); β) eigenhändiges Testament, § 2231 Nr. 2, §§ 2247, 2248;

b) außerordentliche Formen: α) Testament vor dem Gemeindevorsteher, §§ 2249, 2250, β) Testament vor drei Zeugen, §§ 2250, 2251, nebst der gemeinschaftlichen Vorschrift des § 2252.

3. Aufhebung des Testaments, §§ 2253—2258,

a) durch Widerruf, §§ 2253—2257,

b) durch ein späteres Testament positiven Inhalts, § 2258.

4. Eröffnung des Testaments, §§ 2259—2264. (Ablieferung an das Nachlaßgericht § 2259, Eröffnungstermin § 2260, Eröffnung durch ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht § 2261, Mitteilung des Inhalts an die Beteiligten § 2262, Nichtigkeit des Eröffnungsverbots § 2263, Recht auf Einsicht und Abschrift § 2264.)

II. Die Testamentsformen des BGB. schließen sich im allgemeinen an diejenigen des bisherigen Rechtes an, über welche in den M. V S. 258ff. und der D. S. 736 eine Übersicht gegeben ist. Die leitenden Gedanken sind für die Vorschriften der Entwürfe in den Materialien (M. V S. 257; D. S. 736; KB. S. 2103f.) klar ausgesprochen. Danach wurde als die erste Aufgabe der Formvorschriften angesehen zu verhüten, daß bei der Testamentserrichtung Mängel in der Form, der Geschäftsfähigkeit des Erblassers oder dem Inhalte des Testaments unterliefen, die dessen Gültigkeit in Frage stellen können. Sodann sollte durch die Form der Errichtung diese selbst und der Inhalt des letzten Willens gegen die Gefahr des zufälligen Untergangs, der Unterdrückung, Unterschiebung und Fälschung sichergestellt werden. Endlich ward darauf Bedacht genommen, der Beeinflussung des Erblassers durch ungehörige Einwirkung Dritter nach Möglichkeit vorzubeugen. Diese Erwägungen hatten den E. I dazu geführt, als ordentliche Testamentsform nur das öffentliche Testament zuzulassen, das Privattestament aber sowohl in der gemeinrechtlichen Form der mündlichen oder schriftlichen Errichtung vor Zeugen als auch in der Form des eigenhändigen (holographischen) Testaments abzulehnen (s. M. V S. 257f.). An diesem Standpunkte hat auch die Mehrheit der zweiten Kommission festgehalten, obwohl die Aufnahme des vorzugsweise in den romanischen Ländern und in Österreich anerkannten, in Deutschland bisher in den Gebietsteilen des franz. Rechtes geltenden eigenhändigen Testaments in der Kritik (Zstlg. V S. 49, Zstlg. d. D. R. II S. 156f.) von manchen Seiten befürwortet und in der Kommission selbst (P. II Bd. 5 S. 326ff.) von der Minderheit beantragt worden war. Bei der Beratung im Reichstag, und zwar zunächst in der Kommission (KB. S. 2103f.) und demnächst auch im Plenum (116. Sitzung v. 27. Juni 1896, StB. S. 3007ff.), wurde jedoch das eigen-

händige Testament angenommen und so, da der Bundesrat dem Beschlusse beitrat, in das BGB. eingeführt.

Die ordentliche Testamentsform des BGB. ist hiernach eine doppelte: Errichtung vor einem Richter oder Notar (§ 2231 Nr. 1, §§ 2232—2246) und Errichtung durch eigenhändige Niederschrift (§ 2231 Nr. 2, §§ 2247, 2248). Über das Verhältnis der beiden Formen zueinander s. Erl. III zu § 2231. Daneben sind im BGB. zwei außerordentliche Testamentsformen zugelassen, nämlich Errichtung vor dem Gemeindevorsteher und Errichtung durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen. Die erstere Form findet Anwendung, wenn der Erblasser durch die drohende Gefahr des früheren Versterbens oder durch außergewöhnliche örtliche Absperrung gehindert ist, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten (§ 2249, § 2250 Abs. 1), die zweite Form im Falle einer solchen Absperrung und auf Seereisen (§§ 2250, 2251). Gemeinsam ist den außerordentlichen Testamentsformen, daß eine nach ihnen errichtete letztwillige Verfügung nur eine kurze Gültigkeitsdauer hat (§ 2252). Die praktische Bedeutung der außerordentlichen Testamentsformen ist durch die Einführung des eigenhändigen Testaments erheblich gemindert, aber nicht aufgehoben worden.

Die außerordentliche Form des Gesandtentestaments, welche die Entwürfe (I §§ 1931, 1932, II § 2217 rev. § 2225, III § 2223; vgl. M. V S. 288 f.) im Anschluß an das preuß. Recht aufgenommen hatten, ist nach der allgemeinen Einführung des eigenhändigen Testaments als entbehrlich beseitigt worden. Das gleiche ist mit den Vorschriften geschehen, durch die für letztwillige Verfügungen bestimmten Inhalts, nämlich für kleinere Vermächtnisse, für Anordnungen über das Begräbnis des Erblassers, für familienrechtliche Anordnungen und für die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, eine erleichterte, nämlich die eigenhändige, Form zugelassen werden sollte (E. II §§ 2119, 2120 rev. §§ 2226, 2227, III §§ 2224, 2225). Andere besondere Formen, wie namentlich das testamentum parentum inter liberos, sind schon vom E. I abgelehnt worden (M. V S. 290 f.). Wegen der Unzulässigkeit formloser Nachzettel und eines sog. mystischen Testaments s. die Erl. zu § 2086, M. V S. 32, 293 f., RSpr. 8 S. 281; Strohal I § 20 Nr. II.

III. Nach Reichsgesetzen oder Landesgesetzen, die neben dem BGB. in Kraft bleiben, bestehen noch folgende weitere Testamentsformen:

1. Militärtestamente. Zu unterscheiden sind:

a) „Privilegierte militärische letztwillige Verfügungen", welche in Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes von den dem aktiven Heere angehörenden und von gewissen anderen den Militärgesetzen unterworfenen Personen in besonders erleichterten Formen errichtet werden können, und zwar von der Zeit an, wo diese Personen entweder ihre Standquartiere oder, falls solche ihnen nicht angewiesen sind, ihre bisherigen Wohnorte im Dienste verlassen oder in diesen angegriffen oder belagert werden, von Kriegsgefangenen oder Geißeln, solange sie sich in der Gewalt des Feindes befinden (Reichs-Militärges. v. 2. Mai 1874 § 44). Die Vorschriften dieses § 44 sind durch das EG. Art. 44 unter gewissen näheren Bestimmungen für entsprechend anwendbar erklärt auf Personen, die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder Fahrzeugs der Kaiserlichen Marine gehören, und auf andere an Bord eines solchen Schiffes oder Fahrzeugs genommene Personen. Betreffs der Formen dieser Testamente und der Beschränkung ihrer Gültigkeitsdauer vgl. Bd. VI die Erl. zu Art. 44 sowie das EG. z. MilitärstrafgerichtsO. v. 1. Dezbr. 1898 § 20, wonach an die Stelle der Auditeure die Kriegsgerichtsräte oder Oberkriegsgerichtsräte getreten sind, und über die Bedeutung des Wortes „Kriegszeiten" i. S. des § 44 s. Weyl im Arch. f. öffentl. R. 16 S. 115 ff., Dernburg § 35 Anm. 4.

b) Ordentliche militärische Testamente vor den Kriegsgerichtsräten und den Oberkriegsgerichtsräten. Diese sind nämlich durch das Reichsges., betr. die FGG. u. and. Rechtsangelegenheiten in Heer und Marine, v. 28. Mai 1901 (RGBl. S. 185) § 1 Nr. 1 für die nach dem FGG. § 167 den Amtsgerichten zustehenden Verrichtungen, einschließlich der Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen (s. das. § 2), beim Heere hinsichtlich der im § 1 Nr. 1, 6, 7, 8 der MilitärstrafgerichtsO. bezeichneten Personen neben den Amtsgerichten und Notaren für zuständig erklärt. Diese Vorschrift gilt aber nur „im Felde", d. h. für die Dauer des mobilen Zustandes des Heeres oder einzelner Teile desselben sowie für die Besatzung eines festen Platzes, solange derselbe vom Feinde bedroht ist; der Eintritt sowie die Beendigung des letzteren Zustandes ist von dem Gouverneur oder Kommandanten dienstlich bekannt zu machen (EG. z. MilitärstrafgerichtsO. § 5). Die Testamentsformen sind die des BGB.; der Kriegsgerichtsrat oder Oberkriegsgerichtsrat tritt an die Stelle des Richters, die Geschäfte eines Gerichtsschreibers ver-

steht der Militärgerichtsschreiber (Ges. v. 28. Mai 1901 § 2). Über eine Ausnahme von der Vorschrift des § 2237 Nr. 1 s. unten Erl. 2a zu § 2237.

Eine entsprechende Vorschrift für die Marine enthält das FGG. § 184. Danach sind in Ansehung solcher Personen, die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder sonstigen Fahrzeugs der Kaiserlichen Marine gehören oder die in anderer Eigenschaft an Bord eines solchen Schiffes oder Fahrzeugs sind, solange das Schiff oder Fahrzeug sich außerhalb eines inländischen Hafens befindet, für die nach dem FGG. § 167 den Amtsgerichten obliegenden Verrichtungen auch die Geschwaderauditeure, jetzt die an deren Stelle getretenen Kriegsgerichtsräte oder Oberkriegsgerichtsräte (s. Vorbm. III 1a) zuständig. Wie im § 1 Nr. 1 des Ges. vom 28. Mai 1901 (s. § 2 das.), so ist auch im § 184 die Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen zu den nach dem FGG. § 167 den Amtsgerichten obliegenden Verrichtungen zu rechnen; demnach ist die Errichtung von Testamenten vor den Marinekriegsgerichtsräten in der ordentlichen Testamentsform des BGB. gemäß § 184 zulässig. Der Abs. 3 des § 184 steht damit nicht in Widerspruch (s. § 2 a. E. des Ges. vom 28. Mai 1901); er besagt nur, daß neben den ordentlichen Testamenten die privilegierten zulässig bleiben (Jastrow, FGG. Anm. 1, 6 zu § 184; Peiser S. 424; Josef Erl. 6 zu § 184 FGG.; Weißler S. 141; a. M. die frühere Aufl.; D. z. FGG. S. 99; Schultze-Görlitz Erl. 3 zu § 184; Wellstein Erl. 4 das.).

2. **Den Reichskonsuln** steht nach § 16 des Ges., betr. die Organisation der Bundeskonsulate ꝛc., v. 8. November 1867 innerhalb ihres Amtsbezirks in Ansehung der Rechtsgeschäfte, die Reichsangehörige errichten, das Recht der Notare zu, sie können also auch bei der Errichtung von Testamenten und Erbverträgen seitens Reichsangehöriger mitwirken. Einem Wahlkonsul steht jedoch nach dem neu hinzugefügten Abs. 2 des § 16 (EG. Art. 38 Nr. I) jenes Recht in Ansehung der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen nur dann zu, wenn es ihm vom Reichskanzler besonders beigelegt ist. Für diejenigen Konsuln, welche zur Ausübung von Konsulargerichtsbarkeit ermächtigt sind, ergibt sich die Zuständigkeit zur Aufnahme von Testamenten von Deutschen und Schutzgenossen auch aus dem Ges. v. 7. April 1900 über die Konsulargerichtsbarkeit, da der Konsul nach § 7 Nr. 2 für die durch Reichsgesetze den Amtsgerichten übertragenen Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit zuständig ist (BGB. § 2231 Nr. 1; FGG. § 167). Die Form, in der ein Testament vor dem Konsul errichtet wird, ist die ordentliche öffentliche Testamentsform des BGB. (Ges. v. 8. November 1867 § 17a [EG. Art. 38 Nr. II], Ges. v. 7. April 1900 § 19 Nr. 1). Wegen einer Besonderheit, die in den Konsulargerichtsbezirken betreffs der außerordentlichen Testamentsformen gilt, s. § 38 des Ges. v. 7. April 1900 (Erl. 5 zu § 2249).

3. **Für die deutschen Schutzgebiete** sind die Vorschriften über die Testamentserrichtung in öffentlicher Form in dem Schutzgebietsgesetze (Fassung v. 10. September 1900) und in der zu dessen Ausführung erlassenen Kaiserl. V. v. 9. November 1900, betr. die Rechtsverhältnisse in den deutschen Schutzgebieten, getroffen worden. Die vom Reichskanzler ernannten Notare sind auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden beschränkt, also zur Aufnahme von Testamenten nicht befugt (V. § 11). Die Errichtung eines Testaments in ordentlicher öffentlicher Form findet vor dem vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten statt (Ges. § 2 in Verbindung mit § 7 Nr. 2 des Ges. v. 7. April 1900 über die Konsulargerichtsbarkeit). Betreffs der Testamentsform gilt dasselbe wie in den Konsulargerichtsbezirken; die Vorbm. 2 a. E. erwähnte Besonderheit betreffs der außerordentlichen Testamentsformen gilt auch in den Schutzgebieten (Ges. § 3).

4. Auf Grund des Vorbehalts über das **Anerbenrecht** (EG. Art. 64) ist die Landesgesetzgebung befugt, für letztwillige Verfügungen betreffs des dem Anerbenrecht unterliegenden Grundstücks auch eine besondere Form vorzuschreiben. Dies ist z. B. in dem preuß. Ges. v. 8. Juni 1896, betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungsgütern, § 32 geschehen, nach welchem die Person des Anerben u. a. in einer gerichtlich oder notariell beglaubigten oder in einer eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen und vom Amts- oder Gemeindevorsteher beglaubigten Urkunde abweichend vom Gesetze bestimmt werden kann (s. Weißler S. 159; vgl. die Erl. 3b α zu EG. Art. 64).

5. Gemäß EG. Art. 57 bleiben hinsichtlich der **Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen oder der diesen gleichgestellten Familien** etwaige nach den Hausverfassungen oder den Landgesetzen bestehende Sondervorschriften über die Form der Testamentserrichtung in Kraft. So insbesondere die Form der Übergabe an das Familienhaupt (vgl. preuß. ALR. I 12 § 176, aufrechterhalten durch AG. z. BGB. Art. 89 Nr. 1b). Nicht minder bewendet es gemäß

EG. Art. 58 bezüglich der Familien des hohen Adels bei den nach Landesgesetz und eventuell Hausverfassung etwa bestehenden besonderen Vorschriften. Es sind daher auch solche Vorschriften in Kraft geblieben, nach denen an Stelle des Amtsgerichts ein höheres Gericht (Landgericht, Oberlandesgericht) bei der Testamentserrichtung der vorbezeichneten Personen mitzuwirken hat (Weißler S. 142; vgl. Erl. 2a zu EG. Art. 58).

IV. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung. Der gegenwärtige Titel gehört zu denjenigen Materien des BGB., welche am meisten der Ergänzung und auch der Änderung durch die Landesgesetzgebung unterliegen. Dies beruht in erster Linie darauf, daß die Organisation und die Zuständigkeit der Behörden in den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit grundsätzlich als Sache der Landesgesetzgebung angesehen worden ist (M. I S. 186, V S. 262, 280 f., 306; P. II Bd. 6 S. 456 ff.; vgl. Erl. I zu § 2231). Die ordentlichen Gerichte sind allerdings nach dem FGG. §§ 1 ff. für die freiw. Gerichtsbarkeit dieselben, wie sie durch das GVG. für die streitige Gerichtsbarkeit geschaffen worden sind (Weißler S. 19; vgl. Erl. 2a zu § 2233); im einzelnen bleibt jedoch schon bei den Gerichten zu mannigfacher Verschiedenheit Raum, während die Organisation des Notariats vollständig der Landesgesetzgebung verblieben ist. Auf der bezeichneten Grundauffassung beruhen die für das formelle Testamentsrecht praktisch äußerst wichtigen Vorbehalte des EG. Art. 141, 147, 149, 150. Sodann aber kommt in Betracht, daß auch die reinen Verfahrensvorschriften des BGB. und des FGG. nicht erschöpfend sind, da das letztere überhaupt keine Kodifikation ist (§ 200 Abs. 1), im BGB. aber das Kodifikationsprinzip sich auf die Verfahrensvorschriften nicht erstreckt (M. V S. 260 f., 307; s. Erl. 2 zu EG. Art. 55). Dies kommt im EG. Art. 151 Satz 1 zum Ausdrucke, nach welchem durch die Vorschriften des BGB. und des EG. über die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher und notarieller Urkunden nicht berührt werden. Die eigentliche Bedeutung des Art. 151 liegt in dem Satz 2, der jene landesgesetzlichen Vorschriften, soweit nicht die sachliche Zuständigkeit in Frage steht, zu bloßen Ordnungsvorschriften herabmindert (vgl. FGG. § 200 Abs. 2). Daß der Satz 1 des Art. 151 keine Singularität, sondern nur eine Folge eines höheren Prinzips enthält, zeigt sich in den landesgesetzlichen Vorschriften über die besondere Verwahrung der Testamente (Erl. 6 zu § 2246) und über die Eröffnung sehr alter Testamente (Erl. 9 zu § 2260). Vorschriften, die durch keinen besonderen Vorbehalt gedeckt werden, gleichwohl aber zweifellos rechtsgültig erlassen sind. Die einzige Testamentsform, die reichsgesetzlich erschöpfend und unabänderlich geregelt wird, ist (abgesehen von dem außerordentlichen Testamente vor drei Zeugen nach §§ 2250, 2251) das eigenhändige Testament; bezüglich der Verwahrung (§ 2248) unterliegt übrigens auch dieses der landesgesetzlichen Regelung.

V. Betreffs der **örtlichen und zeitlichen Geltung** der deutschen Gesetze über die Testamentserrichtung ist folgendes zu sagen:

1. Die maßgebenden Vorschriften des **internationalen Privatrechts** sind hinsichtlich der Testierfähigkeit im EG. Art. 7, 24 Abs. 3, hinsichtlich der Testamentsform im Art. 11 Abs. 1 enthalten. Danach entscheidet betreffs der Testierfähigkeit grundsätzlich die Staatsangehörigkeit des Erblassers. Die Testamentsform bestimmt sich nach den Gesetzen, die für die Erbfolge in materieller Hinsicht maßgebend sind, also grundsätzlich ebenfalls nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers; es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Errichtungsorts. Vgl. Bd. VI Erl. 2, 6d zu Art. 7, Erl. zu Art. 11, Erl. 3a, 4c zu Art. 24; P. II Bd. 5 S. 346 ff. und wegen des hinsichtlich der Testamentsform im wesentlichen schon von denselben Grundsätzen ausgehenden bisherigen Rechtes RG. 43 S. 156.

2. Für die **Übergangszeit** sind die notwendigen Normen im EG. Art. 214, 215 gegeben. Danach wird die vor dem Inkrafttreten des BGB. erfolgte Errichtung oder Aufhebung eines Testaments nach den bisherigen Gesetzen beurteilt, auch wenn der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899 stirbt. Dagegen finden auf die Aufhebung einer unter der Herrschaft des alten Rechtes errichteten letztwilligen Verfügung seit dem 1. Januar 1900 die neuen Vorschriften (§§ 2253 ff.) Anwendung (mißverständlich in diesem Punkte Weißler S. 166). Ebenso gelten die neuen Vorschriften (§§ 2259 ff) für die Eröffnung eines älteren Testaments, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. stirbt (Erl. 6 zu § 2259). Die vor dem ebenerwähnten Zeitpunkt erlangte Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen bleibt, sofern der Erblasser von ihr bereits Gebrauch gemacht hat, bestehen, auch wenn der Erblasser das nach BGB. § 2229 Abs. 2 erforderliche Alter noch nicht erreicht hat (Art. 215 Abs. 1). Vgl. auch die Vorschriften des EG. Art. 155, 156 über die Entmündigung, die mit Bezug auf §§ 2229,

§. 2229. Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf zur Errichtung eines Testaments nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Ein Minderjähriger kann ein Testament erst errichten, wenn er das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat.

Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, kann ein Testament nicht errichten. Die Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt.

2230, § 2253 Abs. 2 von Bedeutung sind, und den denselben Gegenstand betreffenden Art. 215 Abs. 2 des EG. Im übrigen sind die Erl. zum EG. Art. 213—215 zu vergleichen (s. auch Weißler S. 166 f.)

§ 2229.

E. I § 1912; II § 2097 verb. § 2205; III § 2203. P. I S. 9741 ff.; M. V S. 247 ff. P. II Bd. 5 S. 317 ff. D. S. 735 f.

1. **Testierunfähigkeit der Geschäftsunfähigen.** Die Testierfähigkeit kommt nach dem BGB. bei der allgemeinen Rechtsfähigkeit nur als eine besondere Art der Geschäftsfähigkeit in Betracht. Die in den §§ 2229, 2230 enthaltenen einschlägigen Vorschriften finden ihre Ergänzung einerseits in dem § 2064 und andererseits in den allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.). Nach § 2064 ist bei der Testamentserrichtung jede Stellvertretung ausgeschlossen, sei es im Willen oder in der Willenserklärung, sei es durch einen Bevollmächtigten oder durch den gesetzlichen Vertreter. Die §§ 104 ff. aber gelangen zur Anwendung, soweit es sich um die Geschäftsunfähigkeit oder ihre gleichstehende Tatbestände handelt. Hiernach ist

a) zur Testamentserrichtung schlechthin unfähig, wer **wegen Geisteskrankheit entmündigt** ist (§ 104 Nr. 3, § 105). Die Unfähigkeit besteht während der Dauer der Entmündigung ohne Rücksicht auf lichte Augenblicke oder auf die etwa tatsächlich schon eingetretene Gesundung und unter Ausschluß des Beweises, daß die Entmündigung überhaupt zu Unrecht erfolgt sei. Ohne Bedeutung ist, wenn die Entmündigung erfolgt ist, auch der Umstand, daß die Krankheit nur nach einer bestimmten Richtung besteht, während die Geistestätigkeit im übrigen normal ist. Betreffs des Zeitpunkts, mit dem die Unfähigkeit beginnt und endigt, entscheiden die Vorschriften der CPO. über den Eintritt der Wirksamkeit der Entmündigung und ihrer Wiederaufhebung (CPO. § 661 Abs. 1, §§ 678, 572, 679). Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage nach CPO. §§ 664 ff. hält den Eintritt der Testierunfähigkeit in der Regel nicht auf, denn die Vorschrift des § 2230 Abs. 1 gilt nur für den besonderen Fall, daß der Entmündigte noch vor dem Eintritte der Unanfechtbarkeit des Entmündigungsbeschlusses stirbt, was Wilke (Anm. 2 zu § 2229) offenbar übersieht. Andererseits besteht für den Fall der Geisteskrankheit keine Vorschrift, durch welche die Wirkung der ausgesprochenen Entmündigung auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags zurückerstreckt würde, wie dies für die übrigen Entmündigungsfälle im Abs. 3 Satz 2 bestimmt wird. Eine analoge Anwendung dieses Satzes auf die Entmündigung wegen Geisteskrankheit (Endemann III § 25 Anm. 26; Frommhold Anm. 5; Windscheid-Kipp Zus. 2b zu § 539) ist bei dem positiven Charakter der Vorschrift ausgeschlossen und nach den Gründen, die für letztere mitbestimmend gewesen sind (s. Erl. 2b), auch nicht gerechtfertigt. Bei der Geisteskrankheit genügt für die Zeit vor der Entmündigung § 104 Nr. 2 (vgl. Meischeider S. 13 Anm. 27).

b) Geschäftsunfähig und daher testierunfähig ist ferner, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden **Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit** befindet, sofern dieser nicht seiner Natur nach ein vorübergehender ist (§ 104 Nr. 2). Die Annahme von Strohal I S. 85, Böhm S. 68, Meyer S. 142, Peiser § 7 Anm. 4 u. a., daß auch in dem hier in Rede stehenden Falle lichte Zwischenräume nicht zu berücksichtigen seien, ist nur insofern richtig, als man von einem lichten Zwischenraum auch schon dann sprechen kann, wenn nur in einzelnen Beziehungen vorübergehend Klarheit des Bewußtseins eingetreten ist. Jedenfalls liegt hier die Sache anders als bei der Entmündigung, bei der ein lichter Zwischenraum auch dann nicht in Betracht kommt, wenn während desselben ein vollständig gesunder Zustand besteht (s. Bd. I Erl. 2 zu § 104).

c) Wie das Testament eines Geschäftsunfähigen ist ferner auch das Testament nichtig, welches im **Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit**

errichtet wird (§ 105 Abs. 2). Hier aber muß natürlich der strenge Beweis erbracht werden, daß der außergewöhnliche Geisteszustand gerade zur Zeit der Testamentserrichtung bestanden hat.

2. Hinsichtlich der **beschränkt Geschäftsfähigen** (§§ 106, 114) wird zunächst im Abs. 1 der Satz aufgestellt, daß sie zur Testamentserrichtung *nicht der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters bedürfen*. Dies entspricht dem Grundsatze der vollen Freiheit und Selbständigkeit des letzten Willens (vgl. § 2064, oben Erl. 1); wegen einer Modifikation, die der Abs. 1 bei einem gem. Testamente nach § 2292 erleidet, s. die Erl. zu § 2292. Im übrigen unterliegen die einzelnen Fälle der beschränkten Geschäftsfähigkeit einer verschiedenen Behandlung.

a) **Minderjährige** stehen bezüglich der Testierfähigkeit bis zum vollendeten sechzehnten Lebensjahre (Berechnung § 187 Abs. 2) den Geschäftsunfähigen gleich (Abs. 2). Von da ab können sie frei testieren, sind aber bezüglich der Form insofern beschränkt, als sie ein eigenhändiges Testament überhaupt nicht und ein öffentliches Testament in ordentlicher oder außerordentlicher Form (§§ 2231, 2249, s. Erl. 4 zu § 2249) nur durch mündliche Erklärung, nicht durch Übergabe einer Schrift, errichten können (§ 2238 Abs. 2, § 2247). Außerdem sind dem Minderjährigen ihres Inhalts wegen solche letztwilligen Verfügungen familienrechtlichen Inhalts versagt, welche die unbeschränkte elterliche Gewalt zur Voraussetzung haben; insbesondere ist die minderjährige Mutter, deren elterliche Gewalt nach §§ 1676, 1686, 1696 ruht, nur nach Maßgaben des § 1777 Abs. 1, 3 zur letztwilligen Benennung eines Vormundes befugt, die Verfügung ist also nur wirksam, wenn die Mutter zur Zeit ihres Todes volljährig war (s. Bd. IV Erl. 1 b zu § 1777).

Der Zeitpunkt des vollendeten *sechzehnten Lebensjahrs*, der dem Eintritte der Eidesmündigkeit (CPO. § 393 Abs. 1 Nr. 1, § 473 Abs. 2; StPO. § 56 Nr. 1) und bei Frauen auch der Ehemündigkeit (BGB. § 1303 Abs. 1) entspricht, ist einerseits im Hinblick auf letztere Vorschrift, andererseits aber aus dem Grunde gewählt worden, weil vor diesem Alter in der Regel die zur Testamentserrichtung notwendige Einsicht und Willensfestigkeit nicht vorhanden ist. Auf dem gleichen Standpunkte stand bisher bereits das franz. Recht, während im übrigen das bisherige Recht die Testierfähigkeit überwiegend schon auf einer niedrigeren Altersstufe eintreten ließ. Wer auf Grund dieser Vorschriften vor dem 1. Januar 1900 die Testierfähigkeit erlangt und ein Testament errichtet hat, behält die Fähigkeit, auch wenn er das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat (EG. Art 215 Abs. 1). Eine entsprechende Vorschrift gilt für einen Ausländer, der die Reichsangehörigkeit erwirbt (Art. 24 Abs. 3).

b) **Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind,** können nach Abs. 3 ein Testament nicht errichten. Die Vorschrift ist vom Bundesrat aufgenommen; sie beruht bezüglich des Verschwenders und des Trunksüchtigen auf der Erwägung, daß solche Personen nicht die nötige sittliche Gewähr für einen richtigen Gebrauch der Testierbefugnis bieten, während bei dem Geistesschwachen das Bedenken besteht, daß er ungehöriger Beeinflussung durch Dritte nicht die erforderliche Widerstandskraft entgegenzusetzen vermag (D. S. 735; vgl. *Meischeider* S. 17 f.). Bei dem Verschwender entspricht die Testierunfähigkeit der herrschenden Ansicht des gem. Rechtes, während einzelne Landesrechte dem Verschwender eine beschränkte Testierfähigkeit zugestanden und das franz. Recht, dem der E. I und II folgten, von jeder Beschränkung absah.

Der Satz 2, nach welchem die Unfähigkeit schon *mit der Stellung des Antrags auf Entmündigung* eintritt, enthält eine Besonderheit gegenüber den Vorschriften der CPO. § 661 Abs. 2, § 683 Abs. 2 (vgl. § 647, § 680 Abs. 3). Maßgebend war die Erwägung, daß der Entmündigte gegen den in der Regel dem nächsten Verwandtenkreis angehörenden Antragsteller oft von Gefühlen des Hasses und der Rachsucht erfüllt sein wird und daher die Zeit bis zur Entmündigung dazu benutzen würde, den Antragsteller von seinem Nachlaß auszuschließen (s. P. II Bd. 5 S. 324; D. S. 735; vgl. auch preuß. ALR. I 12 § 32). Selbstverständlich ist das nach der Stellung des Entmündigungsantrags errichtete Testament nur dann nichtig, wenn die Entmündigung auf Grund des Antrags demnächst wirklich erfolgt. Die Tatsache, daß ein Antrag auf Entmündigung gestellt ist, berechtigt daher den Richter oder Notar nicht, die Aufnahme des Testaments abzulehnen (*Jastrow* I S. 179; a. M. anscheinend *Eichhorn* S. 113 f.).

Die Regel des Abs. 3 wird im § 2253 Abs. 2 dahin eingeschränkt, daß der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte ein vor der Entmündigung errichtetes Testament wirksam widerrufen kann.

c) **Die Stellung unter vorläufige Vormundschaft** (§ 1906) hat an sich eine Beschränkung der Testierfähigkeit nicht zur Folge (s. Abs. 1). Erfolgt demnächst die Entmündigung, so wirkt

§. 2230. Hat ein Entmündigter ein Testament errichtet, bevor der die Entmündigung aussprechende Beschluß unanfechtbar geworden ist, so steht die Entmündigung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen, wenn der Entmündigte noch vor dem Eintritte der Unanfechtbarkeit stirbt.

Das Gleiche gilt, wenn der Entmündigte nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung ein Testament errichtet und die Entmündigung dem Antrage gemäß wiederaufgehoben wird.

---

diese in den Fällen der Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht nach Abs. 3 Satz 2 auf den schon vor dem Beschlusse des Vormundschaftsgerichts liegenden Zeitpunkt der Stellung des Entmündigungsantrags zurück; im Falle der Geisteskrankheit bewendet es für die Zeit vor der Entmündigung, auch wenn eine vorläufige Vormundschaft angeordnet wird, bei der Vorschrift des § 104 Nr. 2 (s. Erl. 1a).

Die Anordnung einer **Gebrechlichkeitspflegschaft** nach § 1910 ist auf die Testierfähigkeit ganz ohne Einfluß.

3. **Andere als die in Erl. 1, 2 erwähnten Beschränkungen der Testierfähigkeit** sind dem BGB. unbekannt.

a) Die Fälle, in denen der Erblasser infolge des Zusammentreffens von körperlichen Gebrechen oder von solchen und geistiger Unfertigkeit **nicht imstande ist, seinen letzten Willen in irgendeiner der gesetzlich zugelassenen Formen zu erklären** (s. Erl. 1, 4 zu § 2243), sind von der Unfähigkeit zur Testamentserrichtung, die auf Mängeln der Geschäftsfähigkeit beruht, zu unterscheiden. Bei ihnen handelt es sich nur um eine tatsächliche Behinderung im Willensausdrucke, wie sie auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden vorkommen kann. Der Unterschied tritt auch praktisch darin hervor, daß ein Deutscher, der nach unseren Formvorschriften wegen solcher tatsächlichen Behinderung nicht zu testieren imstande ist, in einem fremden Lande, dessen Recht eine ihm zugängliche Testamentsform kennt, ein auch nach deutschem Rechte gültiges Testament errichten kann, während er dazu nicht imstande sein würde, wenn die ihm entgegenstehenden Vorschriften des deutschen Rechtes als eine wirkliche Beschränkung der zur Testamentserrichtung erforderlichen Geschäftsfähigkeit anzusehen wären (EG. Art. 7 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Satz 2; vgl. M. V S. 251 f.).

b) **Ehefrauen** bedürfen zu einer Verfügung von Todes wegen, sei es Testament oder Erbvertrag, **nicht der Zustimmung des Mannes** (Bd. IV Erl. 6 zu § 1395). Wenn bei der ehelichen Gütergemeinschaft zur Wirksamkeit gewisser auf die fortgesetzte Gemeinschaft bezüglicher letztwilliger Verfügungen eines **Ehegatten** (Mann oder Frau) nach § 1516 Abs. 1 die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich ist, so erklärt sich dies aus der rechtlichen Natur des Gesamtguts, die bei dem Fortbestande der Gütergemeinschaft bewirkt, daß der Anteil des verstorbenen Ehegatten nicht zu dessen Nachlasse gehört (§ 1483 Abs. 1); eine Beschränkung der Testierfähigkeit steht nicht in Frage.

c) Auch **Ordenspersonen** können nach dem BGB. ein Testament errichten; vgl. hierüber und über ähnliche Beschränkungen des bisherigen Rechtes M. V S. 252.

4. Die nach vorstehendem erforderliche Fähigkeit muß **im Zeitpunkte der Testamentserrichtung** vorhanden sein. Nachheriger Verlust der Testierfähigkeit schadet nicht (vgl. Vorbm. 1 zu §§ 2078—2083, oben S. 356; M. V S. 252), wie andererseits die nachherige Erlangung derselben den Mangel des früher errichteten Testaments nicht zu beseitigen vermag. Auch durch eine formlose Genehmigung oder Bestätigung kann der Erblasser diesen Erfolg nicht erreichen, vielmehr bedarf es der Errichtung eines neuen Testaments (§ 141 Abs. 1).

Daß die Testierfähigkeit des Erblassers bei der Errichtung des Testaments in öffentlicher Form durch den Richter oder Notar zu prüfen ist, versteht sich von selbst. Wie dabei zu verfahren und ob im Protokoll eine Feststellung darüber zu treffen ist, hat das FGG. (§ 200) der landesrechtlichen Regelung überlassen (vgl. preuß. FGG. Art. 40).

5. Für die **Fähigkeit zur Schließung eines Erbvertrags** bestehen nach § 2275 teilweise andere Voraussetzungen als für die Testamentserrichtung.

§ 2230.

E. II § 2098 rev. § 2206; III § 2204. P. II Bd. 5 S. 320 f., 326. D. S. 736.

1. Der § 2230 ändert für die **Fälle der Entmündigung** nach einzelnen Richtungen zugunsten des Entmündigten die Folgen ab, die sich aus den Vorschriften des § 104 Nr. 3 und

§. 2231. Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden:
1. vor einem Richter oder vor einem Notar;
2. durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung.

---

des § 2229 Abs. 3 in Verbindung mit den Vorschriften der CPO. (§§ 661, 678, 683, 685) über den Eintritt der Wirksamkeit der Entmündigung und ihrer Wiederaufhebung ergeben würden. Die Vorschriften beider Absätze gelten für alle Fälle der Entmündigung. Die Annahme von Wilke (Anm. 2 zu § 2229, Anm. 1 zu § 2230), daß der § 2230 nur auf die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht, nicht auf die wegen Geisteskrankheit Entmündigten Anwendung finde, ist nicht richtig und wird durch die Entstehungsgeschichte der §§ 2229, 2230 widerlegt (vgl. E. II rev. § 2206, D. S. 736). Wegen der Geltung des § 2230 für die Übergangszeit s. EG. Art. 215 Abs. 2 (Bd. VI Erl. 2 zu Art. 215).

2. Tod des Entmündigten vor dem Eintritte der Unanfechtbarkeit des Entmündigungsbeschlusses. Durch den Abs. 1 soll der Erblasser gegen die Wirkung einer übereilten oder sonst ungerechtfertigten Entmündigung geschützt werden. Die Wirksamkeit des auf Entmündigung lautenden Beschlusses tritt zwar im allgemeinen ohne Rücksicht auf die zulässige Anfechtungsklage in den in der CPO. §§ 661, 683 bestimmten Zeitpunkten ein und wird, soweit es sich um die Testierfähigkeit handelt, für die meisten Entmündigungsfälle nach § 2229 Abs. 3 Satz 2 sogar auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen. Wenn jedoch der Erblasser stirbt, bevor der Entmündigungsbeschluß unanfechtbar geworden ist, also vor dem Ablaufe der für die Erhebung der Klage freistehenden einmonatigen Frist (CPO. §§ 664, 684) oder vor einer rechtskräftigen Abweisung oder einer Zurücknahme der Klage, so soll, da sein Tod ein weiteres Verfahren und damit eine endgültige Entscheidung über die Berechtigung der Entmündigung vereitelt hat, die Entmündigung der Gültigkeit des nach jenem Zeitpunkt errichteten Testaments nicht entgegenstehen. Hat die Anfechtungsklage zur Folge, daß der Entmündigungsbeschluß aufgehoben wird, so ergibt sich die Rechtsbeständigkeit des Testaments schon aus § 115. Selbstverständlich wird durch diese Vorschriften, soweit es sich um Geisteskrankheit handelt, die vernichtende Wirkung der tatsächlichen Störung der Geistestätigkeit (§ 104 Nr. 2) nicht berührt.

3. Der Abs. 2 betrifft die Fälle einer nach CPO. §§ 675 ff., 685 ff. erfolgten **Wiederaufhebung der Entmündigung.** Die mit der Wiederaufhebung verbundene Herstellung der Testierfähigkeit wird zugunsten des Entmündigten auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags zurückbezogen, der die Wiederaufhebung zur Folge hat. Dies erscheint billig, da die Besserung in dem Geisteszustande bzw. in dem Verhalten des Entmündigten in der Regel schon zur Zeit des Antrags vorhanden gewesen sein wird, wenngleich die in den Materialien (P. II Bd. 5 S. 326, D. S. 736) enthaltene Begründung, daß durch den Erfolg des Antrags die Beseitigung des Mangels zur Zeit der Testamentserrichtung „in unzweifelhafter Weise" dargetan werde, zu weit geht. Der Beweis, daß der wegen Geisteskrankheit Entmündigte zur Zeit der Testamentserrichtung, also nach der Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung der Entmündigung, tatsächlich noch nicht genesen war, das Testament mithin nach § 104 Nr. 2 (oder § 105 Abs. 2) nichtig ist, ist zweifellos zulässig.

§ 2231.

E. I § 1914, § 1915 Abs. 1 Satz 1; II § 2099 Abs. 1 rev. § 2207 Abs. 1; III § 2205 Abs. 1.
P. I S. 9764 ff., 9770; M. V S. 257 ff. P. II Bd. 5 S. 326 ff. D. S. 736. RT. S. 2103 ff. Drs. S. 3007 ff.

Brock, Das eigenhändige Testament 1900; Albanus, Das Nottestament, das Privattestament ꝛc., 7. Aufl. 1902; Marcus, Das deutsche Testament, insbes. das Privat- und Nottestament, 3. Aufl. 1908; Gößler, Zur Lehre von der Datierung des eigenhändigen Testaments 1905; Mantey in Gruch. 43 S. 641 ff.; Hölder in Iherings Jahrb. 41 S. 303 ff., 50 S. 277 ff.; Zimmer im Arch. f. Bürg. R. 24 S. 17 ff.; Oertel im Sächs. Arch. 13 S. 404 ff.; Jastrow in Z. f. CP. 34 S. 501 ff.; Eichhorn in Z. d. DNotVer. 1901 S. 241 ff.; Herold im Sächs. Arch. 1907 S. 507 ff.

I. Die öffentliche Testamentsform.

1. Die Testamentserrichtung vor einem Richter wird durch das FGG. § 167 Abs. 1 näher dahin geregelt, daß der Richter nur ein Amtsrichter sein kann (vgl. GVG. § 22, welche Vorschrift sachlich auch für die freiw. Gerichtsbarkeit gilt, Rausnitz S. 26 Anm. 35). Aus

BGB. § 2231 Nr. 1 und aus FGG. § 167 Abs. 1 folgt, daß das Testament weder vor einem Richterkollegium (Zivilkammer eines Landgerichts, Zivilsenat eines Oberlandesgerichts) noch vor einem beauftragten Mitgliede eines Kollegialgerichts errichtet werden kann. Eine Ausnahme ist nach Maßgabe der Landesgesetze für die Mitglieder der landesherrlichen Familien und des hohen Adels zulässig (EG. Art. 57, 58, s. Vorbm. III 5).

Über die Befugnis zur Wahrnehmung der richterlichen Geschäfte in Ansehung einer Verfügung von Todes wegen entscheiden die Landesgesetze; nach ihnen richtet sich, ob ein zum Richteramte befähigter aber noch nicht angestellter Beamter (Assessor) oder ein im Vorbereitungsdienste beschäftigter Rechtskundiger (Referendar, Rechtspraktikant) zur Aufnahme eines Testaments befähigt ist (vgl. z. B. preuß. AG. z. GVG. § 2 Abs. 3 [in der Fassung des preuß. FGG. Art. 130 Ziff. II] und §§ 3 ff.).

2. Die Organisation des **Notariats** unterliegt der Landesgesetzgebung, s. z. B. das preuß. FGG. Art. 77—103.

3. **Für Gerichte und Notare** gilt betreffs der Testamentserrichtung folgendes:

a) Die Regelung der **örtlichen Zuständigkeit** ist der Landesgesetzgebung überlassen, die jedoch nur Ordnungsvorschriften aufstellen kann (EG. Art. 151; s. P. II Bd. 6 S. 458). Hieraus folgt einmal, daß ein Testament vor jedem Amtsrichter oder Notar, nicht etwa nur vor demjenigen des Wohnsitzes oder des ständigen Aufenthaltsorts des Erblassers gültig errichtet werden kann. Sodann aber ist es auch für die Gültigkeit des Testaments nicht unbedingte Voraussetzung, daß die Errichtung innerhalb des Amtsbezirks des Richters oder Notars stattfindet (s. preuß. FGG. Art. 39, bay. NotGes. Art. 6 Abs. 5). Seitens der Gerichte ist mit Bezug hierauf der § 167 des GVG. zu beobachten, der nach dem FGG. § 2 auch bei der Aufnahme von Testamenten Anwendung findet (Rausnitz S. 15; Josef Erl. 2b zu § 1 FGG.). Ein Richter darf danach außerhalb seines Bezirks ohne Zustimmung des Amtsgerichts des Ortes bei einer Testamentserrichtung nur mitwirken, wenn Gefahr im Verzug obwaltet, und hat zutreffenden Falles dem Amtsgerichte des Ortes Anzeige zu machen. Ob die Voraussetzung der Dringlichkeit vorliegt, unterliegt lediglich dem pflichtmäßigen Ermessen des angerufenen Richters; die Gültigkeit des Testaments wird durch Bestreiten dieses Umstandes oder das Unterbleiben der Anzeige nicht in Frage gestellt. Schlechthin unzulässig und ein Nichtigkeitsgrund ist jedoch die Überschreitung der Grenzen des Bundesstaats, von welchem der Richter oder Notar ernannt ist (Jastrow in Z. f. CP. 34 S. 506 f.; Peiser § 7 Anm. 9; vgl. auch M. V S. 271; a. M. bezüglich der Richter Brettner in CBl. f. FG. 3 S. 383 f.; Strohal § 21 Ziff. I; Dernburg § 31 Ziff. VI). Für die Gerichte ist dies allerdings nicht unzweifelhaft, da die Motive des durch § 2 des FGG. für anwendbar erklärten § 167 des GVG. davon ausgehen, daß eine richterliche Handlung unter den im § 167 bezeichneten Voraussetzungen wirksam auch in dem Gebiet eines anderen Bundesstaats als desjenigen, welchem der Richter angehört, vorgenommen werden könne.

b) Auch die **Verpflichtung des angerufenen Richters oder Notars, sich der Testamentsaufnahme zu unterziehen,** richtet sich nach dem Landesrecht. Im allgemeinen wird zu sagen sein, daß aus der Zuständigkeit auch die fragliche Verpflichtung folgt. Die Frage, ob der Richter auch außerhalb der Gerichtsstelle bei einer Testamentserrichtung mitwirken muß, wenn kein besonderer Grund dafür angegeben wird, daß der Erblasser nicht an der Gerichtsstelle erscheint, ist in Ermangelung entgegenstehender landesrechtlicher Vorschriften zu verneinen (s. Märcker S. 94). Natürlich muß aber die geringste Glaubhaftmachung eines solchen Grundes genügen. Wegen einer ihm aus der Mitwirkung erwachsenden Lebensgefahr, insbesondere wegen einer gefährlichen ansteckenden Krankheit des Erblassers darf der Richter oder Notar seine Mitwirkung nicht ablehnen, wenn ihn nicht eine landesrechtliche Vorschrift für diesen Fall von der Amtspflicht entbindet. Vgl. für Preußen die Vorschrift des ALR. I 12 § 204, deren Aufhebung trotz der Begründung zu Art. 89 des AG. z. BGB. wegen des öffentlich rechtlichen Charakters der Vorschrift nicht unzweifelhaft ist (s. Fischer-Schröder, preuß. bürgerliche Gesetzsammlung Bd. I S. 82 Anm. 3; aber auch Weißler S. 143). Zur Ablehnung verpflichtet ist der Richter oder Notar, wenn der erklärte Inhalt des letzten Willens gegen ein Verbotsgesetz, insbesondere ein Strafgesetz, verstößt, nach dem preuß. FGG. Art. 40 Abs. 2 auch bei sonstiger offenbarer Ungültigkeit des Testaments.

c) Das gerichtliche und das notarielle Testament stehen hinsichtlich ihrer **Wirkungen, insbesondere ihrer Beweiskraft,** völlig gleich. Beide sind öffentliche Urkunden im Sinne der CPO. § 415, s. auch § 437. Für den Gebrauch im Ausland ist es allerdings möglich, daß das notarielle Testament einer besonderen Legalisation bedarf, die für das gerichtliche Testament

nicht erforderlich ist (vgl. für Preußen § 43 des AG. z. GBG. in der Fassung des FGG. Art. 130 Nr. VI; Jastrow I S. 296 ff.).

4. Auf Grund des EG. Art. 141 ist die **Landesgesetzgebung befugt, entweder die Gerichte oder die Notare von der Mitwirkung bei der Testamentserrichtung auszuschließen.** Wo das eine oder das andere (durch zwingende Vorschrift) geschehen ist, ist das vor dem unzuständigen Beamten errichtete Testament nichtig (EG. Art. 151). In Bayern (AG. z. BGB. Art. 167 Nr. 1; NotGes. Art. 1) und Baden (Rechtspolizeigesetz § 35) sind ausschließlich die Notare für die Testamentserrichtung zuständig. In Preußen dagegen sind durch das FGG. Art. 31 Abs. 1 ausdrücklich die Amtsgerichte und die Notare für die Aufnahme aller Urkunden der freiw. Gerichtsbarkeit, also auch von Testamenten für zuständig erklärt. Das gleiche gilt für Sachsen nach dem Ges. v. 15. Juni 1900 § 37. S. im übrigen die Zitate zum EG. Art. 141, wegen der Konsulargerichtsbezirke und der Schutzgebiete die Vorbm. III 2, 3.

II. Das eigenhändige Testament.

1. **Übersicht über die Bestimmungen.** Über die Geltung des eigenhändigen (holographischen) Testaments im bisherigen Rechte und über seine Aufnahme in das BGB. ist in der Vorbm. II gesprochen worden. Das BGB. fordert zu einem gültigen eigenhändigen Testament eine vom Erblasser eigenhändig geschriebene und mit Datum und Unterschrift versehene Erklärung. Eine besondere Angabe oder Versicherung im Testamente, daß diesen Erfordernissen genügt sei, ist nicht notwendig. Für das gemeinschaftliche Testament in eigenhändiger Form ist im § 2267 eine Erleichterung gewährt. Zur Erhöhung der Sicherheit eigenhändiger Testamente dient die Vorschrift des § 2248, nach der ein solches Testament auf Verlangen des Erblassers in amtliche Verwahrung zu nehmen ist. Der § 2247 schließt Minderjährige und Personen, die Geschriebenes nicht lesen können, von der eigenhändigen Testamentsform aus. Weitere Vorschriften über das eigenhändige Testament sind im BGB. nicht enthalten.

2. Betreffs des **Erfordernisses der eigenhändigen Schrift** ist folgendes zu bemerken:

a) Die Schrift muß durch **eigene Schreibtätigkeit des Erblassers**, sei es mit der Hand, sei es mit dem Fuße oder dem Munde, hergestellt sein. Der Gebrauch der Schreibmaschine ist ausgeschlossen (Eichhorn a. a. O. S. 246; Brock S. 79), ebenso die Verwendung eines Kautschukstempels (zum Datum) oder eines ähnlichen mechanischen Hilfsmittels, mag es auch einen Abdruck der eigenen Schrift des Erblassers herstellen. Der Erblasser muß mithin des Schreibens kundig und zu schreiben befähigt sein. Trifft diese Voraussetzung zu, so ist eine bloße Unterstützung durch Führen der Hand unschädlich (Weißler S. 158; Brock S. 90 f.; a. M. Peiser § 7 Anm. 17a), während es nicht als ein Schreiben gelten kann, wenn der Erblasser nur das Schreibwerkzeug anfaßt und ein anderer die Züge macht oder wenn der Erblasser ihm vorgeschriebene Schriftzüge, insbesondere mittels Durchpausens, verständnislos nachzieht.

b) Bestritten ist, welche Wirkung es hat, wenn sich in dem Testamente mit dem Willen des Erblassers **einzelne Worte** befinden, die **nicht von der Hand des Erblassers** herrühren, also entweder von einem anderen geschrieben oder von einem Vordrucke stehen geblieben sind. Im Anschluß an das franz. Recht (code civ. art. 970: Le testament olographe ne sera point valable, s'il n' est écrit en entier ... de la main du testateur) wird die Ansicht vertreten, daß auch nur ein einziges solches fremde Wort das ganze Testament nichtig mache (Endemann III § 27 Anm. 8, 9; Frommhold Anm. 2a; Brock S. 75 f.; Märcker S. 89; Meischeider S. 31; Eichhorn a. a. O. S. 245; Zimmer a. a. O. S. 21 f.; Oertel a. a. O.; Herzfelder Erl. V A 2; Meyer § 28 Ziff. 1b). Nach einer anderen Ansicht tritt Nichtigkeit des ganzen Testaments schlechthin nur dann ein, wenn wesentliche Teile des Testaments, insbesondere das Datum (RG. 21 S. A 222; Rspr. 14 S. 302; dagegen Weißler in Z. d. D.Not.Ver. 1903 S. 392 f.) nicht vom Erblasser geschrieben sind, während im übrigen nur das von fremder Hand Geschriebene bzw. das Vorgedruckte schlechthin nichtig und bezüglich des vom Erblasser selbst Geschriebenen nach Lage des Falles gemäß §§ 139, 2085 zu entscheiden ist, ob es für sich allein bestehen kann (so insbesondere RG. 63 S. 23; Rspr. a. a. O.; Dernburg § 29 Ziff. II 2c; Strohal § 21a Ziff. II 3, 4; Windscheid-Kipp Zus. IIc zu § 546; Cosack § 353 Ziff. I 2; abw., insbesondere gegen die Heranziehung des § 2085 Lenel in DJZ. 1907 S. 457). Die letztere Ansicht dürfte den Vorzug verdienen. Selbstverständlich können Zusätze von fremder Hand der Gültigkeit des eigenhändig Geschriebenen dann nicht schaden, wenn sie ohne Wissen und Willen des Erblassers gemacht sind.

c) Was **die Sprache** anbetrifft, in der das eigenhändige Testament abgefaßt wird, so kann der Erblasser nach seinem Belieben irgendeine lebende oder tote Sprache wählen (RG. 22 S. A 49;

Brock S. 77f.). Notwendig ist jedoch, daß der Erblasser die Sprache versteht. Wollte er ein in einer ihm unbekannten Sprache verfaßtes Schriftstück lediglich abschreiben, so würde das Testament nicht etwa nur nach Maßgabe des § 2078 Abs. 1 anfechtbar, sondern schlechthin nichtig sein, weil eine bewußte Willenserklärung auch dann nicht vorliegt, wenn das Erklärte dem Willen des Erblassers wirklich entspricht (s. die Erl. 5 a. E. zu § 2238).

d) **Die Schriftzeichen** kann der Erblasser beliebig wählen. Es brauchen nicht die üblichen Zeichen derjenigen Sprache zu sein, in welcher das Testament abgefaßt ist; es sind also russische, griechische oder hebräische Buchstaben auch bei dem Gebrauche der deutschen Sprache zulässig. Zahlen können in Ziffern geschrieben werden. Die Verwendung der Stenographie ist gestattet, sofern ein in sich verständliches und hinreichend verbreitetes System gewählt wird (Frommhold Anm. 2a; Strohal § 21a Ziff. II 6; Brock S. 77f.; Michels in DJZ. 1903 S. 141; Tränkner im Sächs. Arch. 7 S. 354; a. M. Eichhorn a. a. O. S. 246; Dernburg § 29 Ziff. II 2d; Endemann § 27 Anm. 10).

e) Auch auf den **Stoff der Testamentsurkunde** (Papier, Pergament, Schiefertafel, Holz) und auf die verwendeten **Schreibmittel** (Tinte, Bleistift, Schieferstift, Kreide) kommt es nicht an; selbst ein mit einem Stein in ein Fenster geritzter oder mit Kohle auf die Wand geschriebener oder mit Farbe an eine Tür gemalter letzter Wille ist nicht ungültig. Notwendig ist nur, daß nicht nach der Art des verwendeten Materials die Ernstlichkeit des Willens in Zweifel gezogen werden muß (Brock S. 77; Eichhorn a. a. O. S. 245f.; Jastrow in Z. f. CP. 34 S. 502; Weyl in DJZ. 1901 S. 501).

f) **Das gleiche gilt von der Form, in welche die Erklärung des letzten Willens eingekleidet wird.** Daß der Erblasser das Testament als solches, als letztwillige Verfügung oder ähnlich ausdrücklich bezeichnet, fordert das Gesetz nicht (RG. 31 S. A 112; SeuffA. 58 S. 28; Brock S. 87; s. RG. a. a. O. über die Aufrechterhaltung eines nichtigen Erbvertrags als Testament). Es ist auch nicht unbedingt notwendig, daß dem eigenhändigen Testamente die äußere Gestalt einer rechtsgeschäftlichen Urkunde gegeben, insbesondere daß es auf einem besonderen Blatte niedergeschrieben wird. Vielmehr wird nach dem Vorgange der franz. Rechtsprechung (Zachariä-Crome IV § 678 Anm. 8, 9) auch die Einverleibung in einen Brief (JW. 1907 S. 143; RG. 26 S. A 199, 29 S. A 65; s. auch SeuffA. 58 S. 28: Testament auf einem Briefumschlag) und die Eintragung in ein Tagebuch oder Haushaltungsbuch unter anderen Aufzeichnungen nach Lage des Falles für ausreichend zu erachten sein. Nur ist, besonders bei der Briefform, genau zu prüfen, ob es sich nach der Absicht des Erblassers wirklich um die rechtsverbindliche Erklärung des letzten Willens oder aber nur um einen Entwurf oder die Mitteilung eines solchen handelt (vgl. Weißler S. 158; Brock S. 77; Rüger im Sächs. Arch. 9 S. 419; s. auch Erl. 4 zu § 126).

Wird das Testament **auf mehreren Bogen** niedergeschrieben, aber nur einmal datiert und unterschrieben, so brauchen die Bogen nicht mit einander verbunden zu werden; es genügt, wenn die Zusammengehörigkeit der Bogen aus dem Inhalte des Schriftstücks oder irgendwelchen anderen Umständen hervorgeht (RG. 29 S. A 65; Bayer. ObLG. 5 S. 272).

Die Anfertigung **mehrerer Urschriften**, die etwa zwecks größerer Sicherheit an verschiedenen Orten aufbewahrt werden, ist zulässig (s. Erl. 3aβ zu § 2255).

g) Die Vornahme von **Durchstreichungen, Radierungen oder Einschaltungen** vor der Unterschrift beeinträchtigt die Gültigkeit des Testaments nicht. Über den Einfluß solcher äußeren Mängel auf die Beweiskraft der Urkunde entscheidet nach CPO. § 419 das Gericht nach freier Überzeugung (vgl. auch Rspr. 10 S. 307). Wegen späterer Änderungen solcher Art s. unten Erl. 5 a. E.

Auch **Lücken**, die von dem Erblasser in dem Texte seiner letztwilligen Verfügung gelassen sind, machen diese nicht stets, sondern nur dann ungültig, wenn der Gesamtinhalt der Verfügung zu der Feststellung nötigt, daß der Erblasser das Testament nur für den Fall der späteren Ausfüllung der Lücken gelten lassen wollte (Rspr. 9 S. 394; s. Erl. zu § 2086; Hölder a. a. O. 41 S. 314, 321).

3. **Die Unterschrift des Erblassers** wird

a) in der Regel mit dem **Vor- und Zunamen**, nötigenfalls mit unterscheidenden Zusätzen (Titel, Beruf, Wohnort) zu bewirken sein. Der bloße Nachname ist aber stets genügend (vgl. Josef in JW. 1904 S. 443, 532), anderseits aber auch grundsätzlich erforderlich. Der bloße Vorname reicht nur dann aus, wenn der Erblasser zu den Personen gehört, die nach anerkannter Übung so zu unterschreiben pflegen, wie fürstliche Personen oder kirchliche Würden-

träger, oder wenn er sich an Stelle des Familiennamens des Vornamens wie eines angenommenen Namens im Verkehre zu bedienen pflegt (RG. 31 S. A 109; Strohal § 21a Ziff. II 8; a. M. für ein in Briefform abgefaßtes Privattestament KG. in Rspr. 16 S. 49, ähnlich Recht 1908 Beil. S. 95 und allgemeiner Josef im Arch. f. civ. Pr. 100 S. 433 ff.; Thiesing in DJZ. 1907 S. 352; Jastrow in Z. f. CP. 34 S. 502; Weißler S. 158, in Z. d. DNotVer. 1906 S. 449; s. auch Neumann, Jahrb. 5 S. 580). Der Gebrauch des vom Erblasser tatsächlich geführten an Stelle des ihm rechtlich zukommenden Nachnamens, insbesondere eines Pseudonyms, ist ausreichend, wenngleich er in der Regel nicht als angemessen anzusehen sein wird (s. Erl. 2 zu § 126; Brock S. 80; Strohal a. a. O.; a. M. Eichhorn a. a. O. S. 426; Zimmer a. a. O. S. 20; Josef in JW. 1904 S. 443, 532; Herzfelder Erl. V B; allgemein wird die Unterzeichnung mit einem falschen Namen, wofern kein Zweifel über die Ernstlichkeit der Erklärung obwaltet, für dem Formerfordernisse genügend erklärt von Josef im Arch. f. civ. Pr. 100 S. 433 ff., Peiser S. 299). Folgerecht kann auch die Unterzeichnung mit der von dem persönlichen Namen abweichenden Firma des Erblassers, obwohl die Firma nur für den Handelsverkehr bestimmt ist (HGB. § 17), dann nicht als unwirksam gelten, wenn der Erblasser sich der Firma tatsächlich wie seines bürgerlichen Namens bedient (Strohal § 21a Anm. 15; abw. einerseits Herzfelder a. a. O.; anderseits Josef a. a. O. S. 421 f.; vgl. Schultze-Görlitz in DJZ. 1901 S. 524; Staub HGB. Anm. 13 zu § 17). Dagegen ist nach dem auch hier anwendbaren § 126 (s. Bd. I Erl. 5 zu § 126) eine Unterschrift, die keinen Namen enthält, wie „Euer Vater" oder auf einer Visitenkarte „der Obige", unwirksam (Jastrow in Z. f. CP. 34 S. 502; Herzfelder a. a. O.; Strohal § 21a Ziff. II 8; Josef im Arch. f. civ. Pr. 100 S. 433; Cosack § 353 Ziff. I 3; a. M. Glaser in DJZ. 1906 S. 646; Dernburg § 29 Anm. 8).

b) Die Namensunterschrift kann nicht durch ein **beglaubigtes Handzeichen** (§ 126) ersetzt werden. Hinsichtlich des Erfordernisses eigener Schreibtätigkeit und der **Schriftzeichen** gilt das in Erl. II 2a, d Gesagte (a. M. bezüglich der Stenographie Herzfelder Erl. V B). **Unlesbarkeit der Unterschrift** schadet nicht (a. M. Michels in DJZ. 1903 S. 141; Josef das. S. 270), auch nicht **Fehler in der Rechtschreibung**, sofern die Unterschrift immer noch als Name des Erblassers gelesen werden kann. Der bloße Anfangsbuchstabe oder eine sonstige **Abkürzung** des Nachnamens genügt nicht.

c) Betreffs der **Stelle**, wo die Unterschrift anzubringen ist, läßt sich nur sagen, daß sie auch äußerlich die ganze Erklärung decken muß (RG. 52 S. 277, 61 S. 7; KG. 26 S. A 48, 29 S. A 65; Rspr. 10 S. 307). Sie ist daher an den Schluß zu setzen, wenn auch nicht notwendig räumlich tiefer als jedes andere Wort; als Unterschrift wird jede Namensunterzeichnung gelten können, die räumlich so zu der Erklärung steht, daß der Verkehr damit die ganze Erklärung als gedeckt ansieht. Die Entscheidung, ob und inwieweit im Einzelfalle die Unterschrift die Erklärung deckt, liegt wesentlich auf tatsächlichem Gebiete (RG. 61 S. 7). Unter Umständen kann auch eine neben der Erklärung stehende Namensniederschrift als Unterschrift gelten (s. Weißler in Z. d. DNotVer. 1903 S. 393 ff.; Dernburg in DJZ. 1904 S. 4 f.; Cosack § 353 Ziff. I 3; a. M. KG. 26 S. A 48) und sogar eine auf einem Briefumschlage stehende Unterschrift als diejenige des darin befindlichen Testaments angesehen werden, wenn der Vermerk auf dem Briefumschlage keine selbständige Bedeutung hat, sondern als Fortsetzung des in dem Umschlage befindlichen Schriftstücks sich darstellt, mit diesem derartig zusammenhängt, daß beide Schriftstücke eine einzige Urkunde bilden (RG. a. a. O.; Rspr. 10 S. 307). Ist das Testament auf mehreren Blättern niedergeschrieben, so deckt nach der Verkehrssitte die Unterschrift nicht nur das, was auf derselben Seite über ihr steht, sondern auch das auf den vorhergehenden Seiten und Blättern Geschriebene; es bedarf daher nur einer Unterschrift am Schlusse der Erklärung (KG. 29 S. A 65; Rspr. 10 S. 307; vgl. auch Eichhorn a. a. O. S. 246 f.). Die Aufnahme des Namens des Erblassers in den Text seiner Erklärung ersetzt dagegen die Unterschrift nicht (KG. 24 S. A 180). Mit Recht hat aber das RG. (Gruch. 48 S. 366) die Einschaltung der Namenszeichnung in den Schlußsatz: „Dies bestimmt der ... (folgt Name und Datum)" für zulässig erklärt.

Das Gesagte findet auch auf die Stellung der Unterschrift gegenüber dem Datum Anwendung; das letztere muß als ein Teil der Willenserklärung (s. unten Erl. II 4 f), wenn auch nicht notwendig vor der Unterschrift stehen (a. M. Zimmer a. a. O. S. 22; Hölder a. a. O. 50 S. 280), so doch durch sie äußerlich gedeckt werden (Brock S. 86; Cosack § 353 Ziff. I 3). Die Praxis ist jedoch anderer Meinung. Nach ihr ist die Angabe von Ort und Tag zwar wesentlich, aber kein Teil der durch die Unterschrift zu deckenden letztwilligen Willens-

erklärung, sondern ein Zeugnis des Erblassers, daß er die Erklärung an dem angegebenen Orte und Tage abgebe. Deshalb wird es für genügend erklärt, wenn das Datum mit der unterschriebenen letztwilligen Erklärung in einen derartigen räumlichen Zusammenhang gebracht ist, daß seine Bedeutung als Datum dieser Erklärung daraus ersichtlich wird (RG. 52 S. 277; Gruch. 48 S. 366; KG. 21 S. A 56, 22 S. A 49, 29 S. A 54, 65; Rspr. 14 S. 289, 302; Eichhorn a. a. O. S. 243; Strohal § 21a Ziff. II 9a).

d) Die Zuziehung von **Zeugen** zwecks Feststellung der Echtheit von Schrift und Unterschrift entspricht zwar dem eigentlichen Wesen des eigenhändigen Testaments nicht, kann aber nicht als Nichtigkeitsgrund angesehen werden. Die Zeugen können auch ihre Unterschrift zur Beglaubigung auf das Testament setzen (Böhm S. 80).

4. Was das **Datum** anbetrifft, so ist

a) **die Stellung** desselben unerheblich; es kann am Anfang, am Schlusse oder auch im Texte der Erklärung stehen (Brock S. 86 f.). Über die Stellung zur Unterschrift s. Erl. II 3c. Daß die Angabe des Ortes mit der des Tages zusammensteht, ist nicht erforderlich (Rspr. 14 S. 302).

b) **Der Ausdruck des Datums** ist nicht an bestimmte Formen gebunden.

α) **Das Zeitdatum** wird in der Regel durch Tag, Monat und Jahr angegeben werden. Angabe mit Ziffern, auch in Bruchform, ist ausreichend, eine allgemein übliche Abkürzung der Jahreszahl (z. B. 10 statt 1910) ist zulässig (Wilke Anm. 4d). Es kann aber auch eine andere Kalenderbezeichnung gewählt werden, z. B. „Palmarum", „Pfingstmontag", „Johannis" mit Beifügung der Jahreszahl (RJA. 4 S. 143; Eichhorn a. a. O. S. 242); dagegen genügt „Ostern 1902" ohne Angabe des Tages ebensowenig (KG. im Recht 1904 S. 450) wie die Angabe des Jahres und Tages ohne Hinzufügung des Monats, selbst wenn aus dem übrigen Inhalte des Testaments der Tag der Niederschrift erhellt (RJA. a. a. O.). Umschreibungen durch Bezugnahme auf ein bestimmtes Ereignis sind nicht ausgeschlossen („am dritten Jahrestage des Inkrafttretens des BGB." statt „am 1. Januar 1903"). Dies wird auch dann anzunehmen sein, wenn das in bezug genommene Ereignis kein allgemein bekanntes ist, z. B. „an meinem fünfzigsten Geburtstage" (Frommhold Anm. 2b; Hölder a. a. O. 41 S. 308; Dernburg § 29 Ziff. II 2f); diese Ansicht verstößt nicht gegen den von Jastrow (Z. f. CP. 34 S. 501) für seine abweichende Meinung angeführten, an sich richtigen und auch vom RG. (Gruch. 48 S. 366) gebilligten Satz, daß aus der Urkunde selbst hervorgehen müsse, ob sie die gesetzliche Form erfülle, denn auch eine so datierte Urkunde enthält die Angabe des Tages ihrer Errichtung und erfüllt damit die gesetzliche Form, wenn auch zum Verständnisse der Angabe andere Erkenntnisquellen herangezogen werden müssen (vgl. RJA. a. a. O.).

β) **Das Ortsdatum** ist regelmäßig in der nach den örtlichen Verhältnissen für die Datierung von Schriftstücken allgemein gebräuchlichen Weise anzugeben, also bei Städten durch Angabe des geographischen Namens der Stadt. Die Angabe der Straße allein genügt selbst dann nicht, wenn aus dem übrigen Inhalte des Testaments der Ort zu erkennen oder festzustellen ist (KG. in RJA. 7 S. 15; ebenso für Straße oder Stadtteil Heuer in Hanseat. GerichtsZ. 1907 Beibl. S. 17). Dagegen wird man die Angabe eines einen bestimmten Namen tragenden Hauses ausnahmsweise genügen lassen können, wenn jeder Zweifel ausgeschlossen ist, welche Örtlichkeit gemeint ist (vgl. Hölder a. a. O. 41 S. 308; Herzfelder Erl. VC 3; a. M. Heuer a. a. O.). Als im Verkehr üblich genügt auch die Bezeichnung „Berlin W" für einen nicht zur Stadt Berlin gehörigen Vorort (Rspr. 12 S. 380) und die Abkürzung „Bln." für Berlin (RG. JW. 1907 S. 143; Rspr. a. a. O.). Daß bei mehrfach vorkommenden Ortsnamen, wie Frankfurt, Neustadt ꝛc., durch einen Zusatz jeder Zweifel über den gemeinten Ort ausgeschlossen wird, ist nicht erforderlich (RG. a. a. O.; Dernburg § 29 bei Anm. 10).

Die Angabe eines bestimmten geographischen Punktes (Ortschaft, Bergspitze, Alpenhütte) ist übrigens nicht unbedingt unerläßlich, vielmehr braucht der Ort nur so bestimmt angegeben zu werden, als es nach Lage der Sache möglich ist (Weißler S. 156), und eine Datierung wie „auf dem Wege von X nach Y", „im Eisenbahnzuge zwischen A und B", ist besonders bei Unglücksfällen durchaus denkbar und zulässig. Das Ortsdatum eines während einer Seereise errichteten eigenhändigen Testaments kann hinreichend durch die Worte ausgedrückt werden: „an Bord des NN. auf der Fahrt von X nach Y", auch wenn die beiden Orte weit voneinander getrennt liegen (vgl. Hölder a. a. O. 41 S. 309).

c) **Anzugeben ist Ort und Zeit der Testamentserrichtung**, nicht etwa der Wohnort des Testators (Rspr. 5 S. 349, 12 S. 380, 14 S. 289; Recht 1907 S. 1324). Eine ausdrückliche Erklärung, daß das Testament an dem angegebenen Orte und zu der angegebenen Zeit errichtet

sei, ist aber nicht erforderlich; es reicht hin, wenn die Angabe von Ort und Tag zu der Erklärung des letzten Willens in eine solche Beziehung gesetzt ist, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß sie Ort und Tag der Testamentserrichtung bezeichnen soll (RSpr. 5 S. 349, 14 S. 289).

d) **Ein mehrfaches Datum** ist in der Weise möglich, daß von mehreren Abschnitten des Testaments, die über derselben Unterschrift stehen und erkennbar sämtlich von dieser gedeckt werden, jeder besonders datiert ist (Wilke Anm. 4d; Gößler S. 16f.; Brock S. 86). Außerdem kann aber auch das einheitliche Zeitdatum auf mehrere Tage lauten, z. B. „am 7./8. Januar" (Herold a. a. O.) oder auch „am 7. und 9. Januar". Daß die mehreren Tage unmittelbar aufeinanderfolgen (Frommhold Anm. 2b), ist nicht notwendig, da für das eigenhändige Testament das Erfordernis der unitas actus ebensowenig besteht wie für das öffentliche (Erl. 4 zu § 2239; Hölder a. a. O. 41 S. 316).

Andererseits genügt für ein einheitlich errichtetes Testament, auch wenn es auf verschiedenen Seiten und Blättern niedergeschrieben ist, eine einmalige Datierung (KG. 29 S. A 65).

Nach KG. in RSpr. 14 S. 302 sind mehrfache Datierungen eines einheitlich errichteten Testaments als ein Ganzes zu betrachten, so daß die Unvollständigkeit des einzelnen Datums der Gültigkeit des Testaments nichts schadet, wenn nur die mehreren zusammen eine vollständige Angabe des Ortes und Tages enthalten. Widersprechen sich aber die mehreren Daten des einheitlich errichteten Testaments, so ist dem Formerfordernisse des § 2231 Nr. 2 nicht genügt (abw. Johl in DJZ. 1907 S. 595).

e) Daß die **eigenhändige Niederschrift** des Datums ein wesentliches Erfordernis ist und z. B. eine lediglich gedruckte, nicht handschriftlich wiederholte Ortsangabe die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat, ist Erl. II 2b bereits erwähnt.

f) Sehr zweifelhaft und bestritten ist, **ob das Datum des eigenhändigen Testaments das richtige sein, also der Wahrheit entsprechen muß.** Die Frage ist schon im franz. Rechte streitig gewesen und von den höchsten Gerichtshöfen in Frankreich und Belgien, von dem preuß. Obertribunal und dem deutschen Reichsgericht (Entsch. 7 S. 292, 29 S. 330, 43 S. 378) in verschiedenem Sinne entschieden worden. Sie wird eingehend erörtert u. a. von Mantey und Gößler a. a. O., die zu dem Ergebnisse gelangen, daß das Datum wahrheitsgemäß denjenigen Ort und Tag angeben müsse, an welchem das Testament durch Hinzufügung des letzten formellen Erfordernisses seine Vollendung erhalten habe (s. unten Erl. 5), und daß anderenfalls das Testament nichtig sei, gleichviel ob die Unrichtigkeit des Datums auf Absicht oder Versehen des Erblassers beruhe und ob im Falle des Irrtums eine Berichtigung möglich sei oder nicht. Die gleiche Ansicht wird vertreten bei Märcker S. 89 und Herzfelder Erl. V C 5 sowie von Endemann III § 27 Anm. 16, Frommhold Anm. 2b, c und Peiser S. 297ff., von den drei letztgenannten jedoch mit der Maßgabe, daß sie in allen Fällen die Vollziehung der Unterschrift als den maßgebenden Zeitpunkt ansehen. Direkt entgegengesetzt ist die Ansicht, daß es auf die Übereinstimmung des Datums mit dem wahren Orte und Tage der Errichtung überhaupt nicht ankomme, vielmehr über die Wahl der Orts- und Zeitangabe lediglich der Wille des Erblassers entscheide. So Cosack II § 353 Anm. 2; Böhm S. 80; Tränkner im Sächs. Arch. 7 S. 354; Oertel das. 13 S. 406; Danz, Auslegung 2. Aufl. S. 242ff.; Meyer § 28 Ziff. 1a (mit der Einschränkung, daß die Angabe eines nicht existierenden Ortes oder Tages die Nichtigkeit zur Folge habe) und mit ausführlicher Begründung Strohal § 21a Ziffer II 9c (mit einer Ausnahme hinsichtlich eines Datums scherzhaften Charakters sowie eines unmöglichen, sofern bei diesem eine Richtigstellung nicht möglich ist); Weißler in Z. d. DNotVer. 1907 S. 264ff. und jetzt auch Hölder a. a. O. 50 S. 277ff. Nach einer vermittelnden Ansicht ist das Testament nichtig, wenn der Erblasser bewußtermaßen ein unrichtiges Datum geschrieben hat, während die Unrichtigkeit nicht schaden soll, wenn sie auf Irrtum beruht und der Irrtum aus dem Testamente selbst berichtigt werden kann (so Brock S. 84f.) oder wenn sich das nichtige Datum irgendwie feststellen läßt (so Windscheid-Kipp Zus. IIa zu § 545 und früher Hölder a. a. O. 41 S. 310ff.; ähnlich Dernburg § 30 Ziffer II) oder wenn der Erblasser sich offenbar geirrt hat (Eichhorn a. a. O. S. 243; Neumann, Jahrb. 5 S. 580). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht grundsätzlich auf dem zuerst erwähnten Standpunkte, daß der Formvorschrift des § 2231 Nr. 2 nur durch Angabe des wahren Ortes und Tages der Errichtung genügt werde (RG. 51 S. 166, 52 S. 277, 64 S. 423; JW. 1907 S. 366; SeuffA. 58 S. 25), und ihm hat sich das Kammergericht (KG. 31 S. A 103; RSpr. 10 S. 307; anders KG. 24 S. A 45) und des Bayer. ObLG. 6 S. 706 angeschlossen. In seinen neuesten Entscheidungen (RG. 64 S. 423; JW. 1907 S. 366) hat das Reichsgericht aber diesen Standpunkt insofern verlassen, als es annimmt, es

bestehe rechtlich kein Hindernis, trotz eines äußerlichen Mangels das gesetzliche Erfordernis des wahren Ortes und Tages der Errichtung als erfüllt anzusehen, vorausgesetzt, daß es ohne weiteres, aus dem sonstigen Inhalte des Testaments und unter Verwertung offenkundiger Tatsachen, jedoch ohne Heranziehung der gewöhnlichen Beweismittel gelänge, die offenbar falsche Datierung durch die gewollte zu ersetzen, wie z. B. die Jahreszahl 1804 durch 1904, da die 1904 verstorbene Erblasserin 1804 noch nicht gelebt, jedesfalls noch nicht, wie der Inhalt des Testaments besage, erwachsene Kinder und Enkel gehabt haben könne. Vgl. auch Recht 1905 S. 166, wo die Angabe der Jahreszahl 19901 als eine bloß äußerliche Entstellung der Zahl 1901 für unschädlich erklärt ist.

Die Entscheidung dürfte trotz der entgegenstehenden Ansicht des Reichsgerichts (mit Strohal und den anderen obengenannten) dahin zu treffen sein, daß eine tatsächliche Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe zur Gültigkeit des Testaments überhaupt nicht gefordert werden kann. Maßgebend ist hierfür der Charakter des eigenhändigen Testaments als einer Willenserklärung. Die schriftliche Erklärung des Erblassers nach § 2231 Nr. 2 enthält nicht wie das über eine Testamentserrichtung in öffentlicher Form aufgenommene Protokoll (§ 2241 Nr. 1) die Beurkundung eines tatsächlichen Herganges, sondern in allen ihren Bestandteilen unmittelbar die letztwillige Verfügung selbst. Demgemäß bringt auch das Datum nur zum Ausdrucke, welchen Ort und Tag der Erblasser als denjenigen der Ausstellung angesehen wissen will (vgl. hierzu einerseits KG. 24 S. A 45; Hölder a. a. O. 50 S. 288ff., 296ff.; anderseits RG. 52 S. 277, 64 S. 423; Bayer. ObLG. 6 S. 706; Herzfelder Erl. VC 5, welche der Angabe des Datums die rechtliche Bedeutung nicht einer Willenserklärung, sondern eines Zeugnisses zusprechen, und Strohal § 21a bei Anm. 31, nach dem diese Angabe rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht notwendig ist, aber doch sein kann). Trotz aller sonstigen Verschiedenheit zwischen einem Testament und einem Wechsel muß doch das, was in der hier fraglichen Hinsicht für das Wechseldatum allgemein anerkannt wird, auch für das Datum des eigenhändigen Testaments gelten, weil die eine wie die andere Urkunde einen reinen Willensakt darstellt. Es kommt hinzu, daß sich bei der gegenteiligen Auffassung, wie die verschiedenen in dieser Beziehung bestehenden Ansichten beweisen, ein Zeitpunkt, welcher als der für das „richtige" Datum maßgebende angesehen werden könnte, überhaupt nicht bestimmen läßt. Bei dem Verhältnisse der verschiedenen Bestandteile des eigenhändigen Testaments zueinander kann keinem von ihnen ein Übergewicht gegenüber den anderen beigemessen werden (s. Erl. 5). Die Ansicht aber, daß der Zeitpunkt der Erfüllung des letzten formalen Erfordernisses entscheide, begegnet der Schwierigkeit, daß ein eigentlicher Abschluß des eigenhändigen Testaments überhaupt nicht stattfindet (s. ebendort), daß mithin zum wenigsten jede spätere an dem bisherigen Texte vorgenommene Änderung eine neue Datierung notwendig machen würde. Endlich kann auch, wie Strohal S. 113f. zutreffend ausführt, nicht angenommen werden, daß das Gesetz die Gültigkeit des eigenhändigen Testaments von einer Vorschrift habe abhängig machen wollen, deren Befolgung sich in den seltensten Fällen würde beweisen lassen. Die Ansicht, daß das Orts- und Zeitdatum gewisse tatsächliche Verhältnisse wahrheitsgemäß angeben müsse, führt zu einem praktisch unbrauchbaren Ergebnisse, wenn nicht gleichzeitig die Beweisfrage dahin geregelt wird, daß nicht die Richtigkeit des Datums von demjenigen zu beweisen ist, welcher sich auf das Testament beruft, sondern die Unrichtigkeit von demjenigen, welcher es angreift. Eine derartige Verteilung der Beweislast wird allerdings von vielen Seiten vertreten (RG. 12 S. 315, 64 S. 423; KG. 31 S. A 103; Bayer. ObLG. 6 S. 706; Rspr. 10 S. 307, 14 S. 302; Dernburg § 30 Ziffer III; Herzfelder Erl. VC 6; Gößler S. 29ff.; Frommhold Anm. 3; Brock S. 119), sie entbehrt jedoch der inneren Begründung (s. Zimmer a. a. O. S. 25; Hölder a. a. O. 50 S. 278f., 293ff.; Weißler in Z. d. DNotVer. 1907 S. 277; Strohal S. 113f.). Bei dem Charakter des eigenhändigen Testaments als einer Privaturkunde würde sich aus allgemeinen Grundsätzen ergeben, daß, wenn das Orts- und Zeitdatum als eine Erklärung tatsächlichen Inhalts anzusehen und die Übereinstimmung dieser Erklärung mit der Wirklichkeit zur Gültigkeit des Testaments notwendig wäre, letzterer Umstand von demjenigen bewiesen werden müßte, welcher sich auf das Testament beruft. Die Auffassung des eigenhändigen Testaments als eines Willensakts führt nicht dazu, daß die Datierung als eine „bis zum Beweise des Gegenteils maßgebende Erklärung über die Zeit der Errichtung" gelten muß, sondern dazu, daß ein Beweis der tatsächlichen Richtigkeit und folgeweise auch ein Gegenbeweis überhaupt nicht in Frage kommt. Auch der Einwand, daß gegenüber dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung nur ein substantiiertes Bestreiten der Richtigkeit des Datums Beachtung finden werde (Brock S. 120), ist

nicht geeignet, die aus der gegnerischen Theorie folgenden praktischen Unzuträglichkeiten zu beseitigen. Endlich ist es offenbar unzutreffend, wenn Hölder a. a. O. 41 S. 310 (s. auch S. 312) einen Beweis der Richtigkeit des Datums deswegen für entbehrlich erklärt, weil der Erblasser kein Interesse an unrichtiger Datierung habe könne.

Diesen Erwägungen gegenüber können die Gründe, die für das Erfordernis richtiger Datierung zu sprechen scheinen, nicht als ausschlaggebend angesehen werden. Daß die Angabe des Datums eine leere Förmlichkeit sei, wenn nicht zugleich Richtigkeit des Datums gefordert werde, läßt sich mit Grund nicht behaupten (s. hierüber Hölder a. a. O. 50 S. 293ff., 299f.; Weißler in Z. d. DNotVer. 1907 S. 264ff.). Ebensowenig nötigt der Wortlaut des Gesetzes (das Wort „Angabe" und der Gebrauch des bestimmten Artikels: „des Ortes und Tages") zu der gegnerischen Ansicht. Dieselbe Ausdrucksweise findet sich auch in der WO. Art. 4 Nr. 6, obwohl das Wechseldatum anerkanntermaßen nicht dem wirklichen Orte und Tage der Ausstellung zu entsprechen braucht. Endlich kann auch, wo die Frage schon für das bisherige Recht streitig war, nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der Gesetzgeber sie im Sinne der bisher überwiegend vertretenen Ansicht habe entscheiden wollen; die engere Entstehungsgeschichte des § 2231 Nr. 2 aber ergibt über die Absicht der gesetzgebenden Faktoren in dem streitigen Punkte nichts.

Hiernach hat weder eine versehentliche Ungenauigkeit der Orts- oder Zeitangabe noch eine bewußte Abweichung von den tatsächlichen Verhältnissen für sich allein die Nichtigkeit des eigenhändigen Testaments zur Folge. Von einer absichtlichen Unrichtigkeit des Datums kann man strenge genommen überhaupt nicht sprechen, denn es ist dasjenige Datum richtig, welches der Erblasser will (Weißler S. 157). Die unrichtige Angabe des Ortes und des Tages kann aber doch rechtliche Folgen haben und unter Umständen mittelbar die Unwirksamkeit der Verfügung herbeiführen (vgl. dazu Hölder a. a. O. 50 S. 289ff.; Strohal S. 115f.). Für die Beurteilung der Frage, was zur Errichtung eines gültigen Testaments erforderlich ist, kommt lediglich der Zeitpunkt in Betracht, in welchem das Testament wirklich errichtet ist, nicht das Datum, welches darauf angegeben ist. Ein Testament, das in einem Rechtsgebiet, in welchem das holographische Testament nicht zulässig war, vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet wurde, ist also ungültig (s. hierzu Rspr. 8 S. 281, 12 S. 381), auch wenn es vom 1. Januar datiert ist. Ein an einem Tage, an welchem der Erblasser zur Errichtung eines Testaments unfähig war, errichtetes Testament ist ungültig, auch wenn der Erblasser an dem Tage, von welchem das Testament datiert ist, testamentsfähig war. Die Angabe des unrichtigen Tages oder Ortes hat aber insofern Bedeutung, als sie einen Teil des Inhalts der Willenserklärung des Erblassers bildet. Man wird zu unterscheiden haben, ob das Zeitdatum — hiervon als dem praktisch wichtigeren Falle soll in dem folgenden allein gesprochen werden, doch gilt für den Ort prinzipiell dasselbe — absichtlich oder aus Versehen unrichtig angegeben ist. In dem ersteren Falle will der Erblasser, daß seine Willenserklärung so beurteilt werde, wie wenn sie an dem angegebenen Tage errichtet wäre. Ob dieser Wille rechtlich zu beachten ist, hängt davon ab, ob der Erblasser diejenigen rechtlichen Folgen, welche sich aus dem angegebenen Datum ergeben, bestimmen konnte oder nicht. Im ersteren Falle treten sie ein, im letzteren Falle hat die Angabe des unrichtigen Datums die beabsichtigte Wirkung nicht. War also z. B. der Erblasser an dem angegebenen vor dem Tage der wirklichen Errichtung liegenden Tage zur Errichtung eines Testaments unfähig, so muß als sein Wille angenommen werden, daß das Testament nicht gelten soll, und das Testament gilt nicht, weil der Erblasser dies zu bestimmen berechtigt war. Dasselbe gilt, wenn ein späterer Tag als der der wirklichen Errichtung angegeben ist. Das Testament gilt nicht, wenn der Erblasser an diesem Tage zur Errichtung eines Testaments unfähig oder bereits gestorben war; die Verfügung ist so zu beurteilen, wie wenn der Erblasser sie unter der Bedingung getroffen hätte, daß er an dem angegebenen Tage zur Errichtung des Testaments fähig sei und noch lebe. Von Bedeutung kann die unrichtige Datierung ferner in dem Falle sein, daß zwischen dem Tage der wirklichen Errichtung und dem angegebenen Tage von dem Erblasser eine andere letztwillige Verfügung getroffen ist. War eine solche Verfügung zur Zeit der wirklichen Errichtung bereits getroffen, so hat die Angabe eines vorherliegenden Tages die Bedeutung, daß das Testament nur insoweit gelten soll, als es nicht mit der bereits vorher getroffenen Verfügung im Widerspruche steht (§ 2258). Ist aber ein späterer Tag als der der wirklichen Errichtung angegeben, so würde diese Angabe in der hier fraglichen Beziehung den Willen ausdrücken, daß eine Verfügung, welche der Erblasser in der Zwischenzeit treffen würde, insoweit unwirksam sein solle, als sie mit der unrichtig datierten Verfügung im Widerspruche stehe. Eine solche Bestimmung kann aber der Erblasser nicht treffen, weil er sich das Recht, letztwillig zu verfügen, nicht selbst

durch eine letztwillige Verfügung entziehen kann. Die unrichtige Angabe des Datums hat hier also die beabsichtigte Wirkung nicht.

Ist die Angabe des unrichtigen Tages nicht absichtlich, sondern infolge eines Irrtums erfolgt, so ist die Verfügung insoweit nach § 2078 anfechtbar (hiergegen Dernburg § 30 Anm. 7). Erfolgt die Anfechtung nach Maßgabe der §§ 2080 ff., so ist die Angabe des unrichtigen Datums nichtig und die Verfügung wird so beurteilt, wie wenn die unrichtige Datierung nicht erfolgt wäre. Erfolgt die Anfechtung nicht, so treten die oben angegebenen Folgen der unrichtigen Datierung ein.

Die Beweislast anlangend, so ist bereits oben hervorgehoben, daß die Datierung den Tag der wirklichen Errichtung nicht beweist. Soweit daher nach dem obigen die Gültigkeit der Verfügung davon abhängt, an welchem Tage sie errichtet worden, daß also z. B. der Erblasser an diesem Tage zur Errichtung des Testaments bereits fähig gewesen oder daß das BGB. bereits in Kraft getreten sei, hat derjenige, welcher sich auf die Verfügung beruft, den Beweis der Errichtungszeit zu führen. Steht die Gültigkeit der Verfügung in der fraglichen Beziehung fest, so gilt der Inhalt der Verfügung auch in betreff des unrichtigen Datums als gewollt und derjenige, welcher einen die Anfechtbarkeit begründenden Irrtum geltend macht, hat diesen zu beweisen.

5. Gleichwertigkeit der Bestandteile. Reihenfolge der Niederschrift. Nachträgliche Zusätze und Änderungen. Die verschiedenen äußeren Bestandteile des eigenhändigen Testaments — Text, Datum und Unterschrift — stehen hinsichtlich ihrer Bedeutung für das Ganze einander vollständig gleich. Keinem von ihnen kommt im Verhältnisse zu den anderen eine höhere Bedeutung zu. Daraus folgt, daß die Testamentsfähigkeit des Erblassers in jedem Zeitpunkte vorhanden sein muß, in welchem er einen dieser Bestandteile als seinen letzten Willen, nicht etwa nur als den Entwurf eines später erst zu errichtenden Testaments niederschreibt (s. Hölder a. a. O. 41 S. 306, 319; a. M. Dernburg § 30 Ziff. I, der der Urkunde solange nur die Bedeutung eines Entwurfes zuspricht, bis das Testament zum Abschlusse gebracht ist; s. auch KG. 21 S. A 56, 31 S. A 103; Bayer. ObLG. 6 S. 706; Rspr. 8 S. 281, 12 S. 381; Gößler a. a. O. S. 15 ff.). Während aber ein Mangel in der Geschäftsfähigkeit zur Zeit der Datierung oder der Unterschrift das Testament stets gänzlich entkräftet, trifft dies bezüglich der Niederschrift des Textes dann nicht zu, wenn sie zu verschiedenen Zeiten bewirkt wird und der Mangel nur in einem dieser Zeitpunkte besteht. In diesem Falle ist vielmehr zunächst nur der im Zustande mangelnder Geschäftsfähigkeit geschriebene Teil des Textes nichtig und es ist nach Lage der Sache zu entscheiden, ob der übrige Teil aufrecht erhalten werden kann (vgl. § 2085, der freilich nur einen Teil der möglichen Fälle deckt, und dazu RG. 63 S. 23; KG. 29 S. A 57; Rspr. 10 S. 307, 14 S. 302).

Wie im vorstehenden schon vorausgesetzt, ist Herstellung des Testaments in ununterbrochener Schreibtätigkeit (unitas actus) nicht erforderlich (KG. 21 S. A 56; Hölder a. a. O. 41 S. 316; wegen des öffentlichen Testaments s. Erl. 4 zu § 2239). Es ist auch wie bei dem Wechsel ohne Bedeutung, in welcher Reihenfolge die einzelnen Bestandteile niedergeschrieben werden (KG. 26 S. A 48). Das eigenhändige Testament ist mithin — sofern nicht noch nachträgliche Änderungen vorgenommen werden, wovon sogleich zu sprechen ist — abgeschlossen, wenn der letzte noch fehlende wesentliche Bestandteil hinzugefügt ist (Hölder a. a. O. 41 S. 304, 306, 50 S. 280, 288 f.; vgl. RG. 7 S. 292, 43 S. 378; KG. 31 S. A 103; Bayer. ObLG. 6 S. 706; Gößler S. 14 ff.; Herold a. a. O.). Liegt nun eine den Erfordernissen des § 2231 Nr. 2 entsprechende Urkunde vor, so steht, deren Echtheit vorausgesetzt, fest, daß der Erblasser die zur Errichtung eines Testaments erforderliche Willenserklärung in der vorgeschriebenen Form abgegeben hat. Ein besonderer Beweis, daß er den erklärten Willen wirklich gehabt habe, ist nicht erforderlich und selbst der Gegenbeweis ist nur nach Maßgabe der §§ 118, 2078 von Bedeutung. Die Willenserklärung ist nach § 118 nichtig, wenn sie nicht ernstlich gemeint und in der Erwartung abgegeben ist, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden; sie ist nach § 2078 anfechtbar, wenn der Erblasser eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. Ein Fall der letzteren Art liegt vor, wenn die Urkunde von dem Erblasser nicht in der Absicht, eine Willenserklärung abzugeben, sondern nur als Entwurf für eine demnächst abzugebende Willenserklärung aufgesetzt war. In einem solchen Falle erlangt die in der Urkunde enthaltene Erklärung auch nicht dadurch Wirksamkeit, daß der Erblasser sich später entschließt, den Entwurf zu seiner Willenserklärung zu machen und diesen Entschluß kundgibt, sofern nicht diese Kundgebung selbst wieder in der durch § 2231 Nr. 2 vorgeschriebenen Form erfolgt; denn die Vorschrift des § 144, nach welcher die Bestätigung einer anfechtbaren Willens-

erklärung der für diese vorgeschriebenen Form nicht bedarf, findet hier deshalb keine Anwendung, weil die Bestätigung nur durch den Anfechtungsberechtigten erfolgen kann, der Erblasser aber nach § 2080 nicht anfechtungsberechtigt ist (S. 358 Vorbm. 2by zu den §§ 2078—2083). Man wird indessen, wenn feststeht, daß der Erblasser später die Erklärung als eine wirkliche Willenserklärung hat gelten lassen wollen, die Behauptung, daß die Erklärung nur einen Entwurf enthalten habe, regelmäßig deshalb für unbegründet halten dürfen, weil in einem Falle der fraglichen Art im Zweifel anzunehmen ist, daß der Erblasser nicht einen bloßen Entwurf beabsichtigt, sondern, indem er alle Formvorschriften beobachtet hat, bereits eine wirkliche Willenserklärung hat abgeben und sich dabei nur hat vorbehalten wollen, die Erklärung nach näherer Prüfung, z. B. nach Besprechung mit einem Freunde oder Rechtsanwalte zu ändern oder aufzuheben. Hat er von diesem Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht, so bleibt die Willenserklärung wirksam. Ein Fall dieser Art dürfte regelmäßig insbesondere dann vorliegen, wenn der Erblasser seine Erklärung später dem Nachlaßgerichte zur Aufbewahrung übergeben hat.

Nach der Fertigstellung der Schrift sind Zusätze, die nicht durch das Datum und die Unterschrift gedeckt werden, nur in der Weise möglich, daß sie selbständig mit Datum und Unterschrift, also mit allen formellen Erfordernissen eines neuen eigenhändigen Testaments versehen werden (RG. 22 S. A 49, 29 S. A 57, 31 S. A 103; Rspr. 7 S. 361, 10 S. 308, 12 S. 380, 16 S. 50; Mantey a. a. O. S. 653f.; Dernburg § 30 Ziff. I; Eichhorn a. a. O. S. 247). Ist dies nicht der Fall, so ist der Zusatz nichtig; ob damit das ganze Testament unwirksam wird, bestimmt sich gemäß §§ 139, 2085 (RG. 63 S. 23; KG. 29 S. A 57; Rspr. 10 S. 307, 12 S. 380; Gößler S. 28f.; abw. Mantey im Recht 1906 S. 555). Der Erblasser kann aber auch in dem Texte der Schrift noch nachträglich Streichungen, Radierungen, Verbesserungen sowie Einschaltungen am Rande oder zwischen den Zeilen wirksam vornehmen, sofern nur die Änderung durch Datum und Unterschrift des Testaments gedeckt wird (vgl. Recht 1904 S. 284; Hölder a. a. O. 41 S. 314, 321; Weißler S. 158; Dernburg § 30 Ziff. I; Herold a. a. O.; Herzfelder Erl. V D.); Streichungen haben auch ohne Datierung und Unterschrift gemäß § 2255 Widerrufswirkung (Gößler S. 21). Man kann daher im Grunde, solange der Erblasser lebt und testierfähig ist, von einem Abschlusse des eigenhändigen Testaments überhaupt nicht sprechen (vgl. Erl. 2 zu § 2258).

6. **Die Beweiskraft** des eigenhändigen Testaments richtet sich im wesentlichen nach den für Privaturkunden geltenden allgemeinen Grundsätzen. Im Bestreitungsfalle ist daher zunächst die Echtheit zu beweisen (CPO. § 440 Abs. 1). Dies gilt jedoch abweichend von der allgemeinen Regel nicht nur für die Unterschrift, sondern auch für die darüber stehende Schrift, also für den Text und das Datum; der § 440 Abs. 2 der CPO. findet bei dem eigenhändigen Testamente keine Anwendung, weil hier nicht nur die Abgabe, sondern zugleich eine bestimmte Form der Erklärung, nämlich eigenhändige Niederschrift in Frage steht (so auch Endemann III § 27 Anm. 19; Zimmer a. a. O. S. 25; Meyer § 28 Ziff. 3; Herzfelder Erl. V G; a. M. Dernburg § 30 Anm. 8; Wilke Anm. 4f). Steht die Echtheit der ganzen Schrift fest, so begründet sie nach CPO. § 416 vollen Beweis dafür, daß die in ihr enthaltenen Erklärungen vom Erblasser abgegeben sind. Wegen des Beweises des Inhalts ist, soweit es sich um Willenserklärung handelt, das oben in Erl. 5 Gesagte zu vergleichen (Geschäftswille, Testament oder Entwurf). Soweit der Erblasser, etwa zur Begründung seiner Verfügungen, Angaben tatsächlicher Natur in das Testament aufnimmt (s. insbesondere § 2336 Abs. 2), bedürfen diese im Bestreitungsfalle natürlich eines besonderen Beweises.

Die Streitfrage, ob das eigenhändige Testament sein Datum beweist, ist schon oben (Erl. 4f) erörtert worden. Es ist dazu noch auf die Vorschrift des Reichsmilitärgesetzes v. 2. Mai 1874 § 44 Nr. 4 Abs. 2 hinzuweisen, nach der bei Militärtestamenten in eigenhändiger Form (§ 44 Nr. 2a, b) eine Vermutung für die Richtigkeit der etwaigen Angabe der Errichtungszeit besteht. Diese durchaus positive Vorschrift ist nur geeignet, den Mangel einer solchen Vermutung bei dem eigenhändigen Testamente des BGB. zu bestätigen (ebenso Meyer § 28 Anm. 23; a. M. Dernburg § 30 Anm. 9). Den Beweis, daß das Testament an einem bestimmten Tage bereits bestanden hat (aber nicht, daß es an eben diesem Tage errichtet worden ist), kann sich der Erblasser nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften über die Sicherstellung der Zeit von Privaturkunden sichern (s. Preuß. FGG. v. 21. September 1899 Art. 58, 59).

III. Verhältnis der beiden ordentlichen Testamentsformen zueinander.

1. **Hinsichtlich der materiellen Rechtswirkungen** steht das eigenhändige Testament dem öffentlichen vollständig gleich. Dagegen steht es als Privaturkunde ihm nach, soweit die Beweis-

§. 2232. Für die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar gelten die Vorschriften der §§. 2233 bis 2246.

---

kraft in Frage kommt (vgl. CPO. §§ 416, 440 gegenüber §§ 415, 427; s. das Nähere vorstehend unter II 6 und darüber, daß das eigenhändige Testament weder durch die amtliche Verwahrung noch durch die Eröffnung, etwa als Teil des Eröffnungsprotokolls, zur öffentlichen Urkunde wird, vgl. KG. 20 S. A 259, 30 S. A 90; Rspr. 6 S. 182; Eichhorn a. a. O. S. 252; Zimmer a. a. O. S. 25 f.). Auch die GBO. (§ 36) legt ihm eine geringere formelle Bedeutung bei, indem sie eine Eintragung in das Grundbuch, für die der Nachweis der Erbfolge vorausgesetzt wird, auf Grund eines eigenhändigen Testaments nicht gestattet, vielmehr stets die Beibringung eines Erbscheins fordert, während ein öffentliches Testament nach dem Ermessen des Grundbuchamts als genügende Grundlage angesehen werden kann. Für die Glaubhaftmachung der Erbfolge gemäß ZVG. § 17 Abs. 3 genügt dagegen auch ein eigenhändiges Testament.

2. **Aufrechterhaltung eines öffentlichen Testaments als Privattestament.** Errichtet der Erblasser ein Testament in der Weise, daß er zunächst eine allen formellen Erfordernissen eines eigenhändigen Testaments entsprechende Schrift anfertigt und demnächst diese Schrift gemäß § 2238 einem Richter oder Notar übergibt, so entsteht die Frage, ob das Testament als eigenhändiges aufrecht erhalten werden kann, wenn es wegen eines Formfehlers in der Verhandlung vor dem Richter oder Notar als öffentliches Testament ungültig ist. Die Frage ist für die Regel zu bejahen, da anzunehmen ist, daß der Erblasser schon bei der Anfertigung der Schrift des Willens gewesen ist, ein Testament, nicht einen bloßen Entwurf niederzuschreiben, und daß er die öffentliche Testamentsform nur hinzugefügt hat, um seinen letzten Willen nach Möglichkeit gegen die Gefahr von Formfehlern sowie gegen Fälschung und Unterdrückung sicherzustellen (Cosack § 354 Nr. III; Jastrow I Anm. 11 zu § 2231, 5a zu 2235; s. oben Erl. II 5 und Erl. 5 zu § 2256).

§ 2232.

EV. E. 2105.

1. Neben den §§ 2233—2246 gelten auch für die Errichtung eines Testaments in gerichtlicher oder notarieller Form **die allgemeinen Vorschriften über die gerichtliche und die notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften**, die in den §§ 169—182 des FGG. enthalten sind. Jedoch gelten diese Vorschriften nach FGG. § 168 nur „unbeschadet der Vorschriften des BGB. über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen", d. h. sie greifen nur ein, soweit sie einen Punkt regeln, den das BGB. ungeregelt gelassen hat. Da die fraglichen Vorschriften des FGG. denjenigen des BGB. §§ 2233 ff. nachgebildet sind und ihnen größtenteils genau entsprechen, kommt ihre Anwendung nur in wenigen Punkten in Frage; es handelt sich im wesentlichen um die Vorschriften des § 176 Abs. 3 (Feststellung der Persönlichkeit eines Beteiligten) und des § 182 (Ausfertigung des Protokolls über die Beurkundung).

Die Anwendbarkeit der §§ 169 ff. des FGG. bei Testamenten und Erbverträgen wird von manchen Seiten in Abrede gestellt (so Endemann III § 28 Anm. 4, 8; Frommhold Anm. 1 zu § 2232, ferner die Kommentare von Dorner und Schultze-Görlitz zum FGG. § 168). Das Argument von Endemann, daß bei Annahme der hier vertretenen Ansicht der § 168 Satz 1 des FGG. eine überflüssige Wiederholung des § 185 Abs. 2 enthalten würde, insofern an letzter Stelle der Art. 32 des EG. z. BGB. (Inkraftbleiben der Reichsgesetze) für entsprechend anwendbar erklärt wird, ist nicht beweiskräftig. Auch ist aus der von Frommhold angezogenen Stelle der Denkschrift zum FGG. (zu den jetzigen §§ 168 ff., S. 91) nichts für die gegnerische Ansicht zu entnehmen. Das Wort „unbeschadet" bedeutet im § 168 des FGG. wie überall sonst, daß die Vorschriften der angezogenen fremden Paragraphen (BGB. §§ 2233 ff.), den hier gegebenen Vorschriften (FGG. §§ 169 ff.) vorgehen, also durch letztere keine Änderungen erleiden, nicht aber, daß die letztgedachten Vorschriften in dem Geltungsgebiete der ersteren von jeder Anwendung ausgeschlossen sind. Die Begr. des E. zu dem preuß. FGG. Art. 40 geht von der hier vertretenen herrschenden Auffassung aus. Eine Ausnahme muß nur bezüglich der in den §§ 2234—2237 enthaltenen Ausschließungsgründe gemacht werden, die als erschöpfend anzusehen sind (Vorbm. 3 zu §§ 2234—2237).

2. Neben den §§ 2233 ff. des BGB. und den §§ 169 ff. des FGG. kommen an dritter Stelle **die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze** über die Errichtung gerichtlicher und notarieller Urkunden in Betracht. Dies gründet sich auf den Vorbehalt des EG. Art. 151 (vgl. die dortigen Erl.) und des FGG. § 200. An der einen wie an der anderen Stelle ist

§. 2233. Zur Errichtung des Testaments muß der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen.

---

jedoch der Vorbehalt dahin eingeschränkt, daß ein Verstoß gegen eine solche landesgesetzliche Vorschrift auf die Gültigkeit der Beurkundung ohne Einfluß ist. Ausgenommen sind lediglich die Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit. Ein Verstoß gegen eine Vorschrift der letztgedachten Art, z. B. die Aufnahme eines Testaments durch einen Richter in einem Gebiete, wo gemäß EG. Art. 141 ausschließlich die Notare für zuständig erklärt sind, hat, sofern die landesgesetzliche Vorschrift eine zwingende ist, die Nichtigkeit des Testaments zur Folge. Im übrigen haben die landesgesetzlichen Vorschriften kraft Reichsrechts nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften (vgl. den dem EG. Art. 151 entsprechenden § 1924 des E. I und dazu M. I S. 136, V S. 280 f., deren Ausführungen jedoch nicht durchgängig mehr zutreffen, weil inzwischen in dem FGG. § 167, §§ 169 ff. reichsgesetzliche Zuständigkeits- und Verfahrensgrundsätze aufgestellt sind, mit denen die Motive noch nicht rechnen; P. II Bd. 5 S. 431 ff.; Weißler S. 138 f.).

3. Haftung des beurkundenden Beamten für Versehen. Begeht der Richter oder der Notar bei der Testamentserrichtung ein Versehen, das die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat, so haftet er dem Erblasser und dessen Rechtsnachfolger, dem Erben, gemäß § 839 für den daraus entstehenden Schaden. Er hat insbesondere die Kosten der zweiten Testamentserrichtung zu tragen, wenn sich der Erblasser wegen der Nichtigkeit des ersten Testaments zu einer solchen veranlaßt sieht. Auch diejenigen Personen, welche in dem nichtigen Testamente bedacht sind, werden von dem Richter oder Notar den Ersatz desjenigen Schadens verlangen können, welcher ihnen durch die Nichtigkeit der ihnen in dem nichtigen Testamente gemachten Zuwendungen erwachsen ist, denn die Amtspflicht des Richters oder Notars wird nach der Absicht des Gesetzes auch als diesen Personen gegenüber bestehend angesehen werden müssen (Erl. 3 zu § 839; RG. 58 S. 296; Rspr. 7 S. 140; Strohal § 21 Ziff. VII; JW. 1901 S. 815; Dernburg § 31 Ziff. IX; a. M. Endemann III § 29 Anm. 35; Frommhold Anm. 4).

Hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen eine Fahrlässigkeit der Urkundsperson bei Verletzung von streitigen Formvorschriften zu bejahen ist, s. Erl. 4 zu § 839 und Gruch. 48 S. 986. Jastrow in Z. d. DNotVer. 1904 S. 401 geht wohl zu weit, wenn er eine Haftung (z. B. für die von dem Gegner nicht erstatteten Prozeßkosten) selbst für den Fall bejaht, daß das Testament zwar schließlich im Prozesse für gültig erklärt wird, die Urkundsperson aber bei der Abfassung nicht die strengere Meinung in einer bereits hervorgetretenen Streitfrage beachtet und die Urkunde nicht so gefaßt hat, daß sie auch vor dieser bestehen kann.

§ 2233.

E. I § 1915 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2; II § 2099 Abs. 2 verb. § 2207 Abs. 2; III § 2205 Abs. 2. P. I S. 976 ff.; M. V S. 261 ff. P. II Bd. 5 S. 330 ff. D. S. 736. KB. S. 2105.

1. Mitwirkung von Kontrollpersonen. Bei der Errichtung eines Testaments in öffentlicher Form sind außer dem die Verhandlung leitenden Richter oder Notar stets noch eine oder zwei Kontrollpersonen tätig. Neben dem Richter sind dies der Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, neben dem Notar ein zweiter Notar oder gleichfalls zwei Zeugen. Kraft landesgesetzlicher Vorschrift kann bei der Testamentserrichtung vor einem Richter an die Stelle des Gerichtsschreibers oder der zwei Zeugen eine besonders dazu bestellte Urkundsperson treten (EG. Art. 149). Für die Testamentserrichtung vor einem Notar besteht ein solcher Vorbehalt nicht.

Die Mitwirkung der Kontrollpersonen ist wesentliches Erfordernis der Testamentserrichtung.

2. Betreffs der vorstehend genannten Kontrollpersonen ist im einzelnen folgendes zu bemerken:

a) Der im § 2233 vorausgesetzte **Gerichtsschreiber** ist derjenige des GVG. § 154 und des FGG. §§ 11, 21 ꝛc., 169. Es gelten daher die zur Ausführung jener Gesetze seitens der Landesgesetzgebung oder im Verwaltungswege ergangenen Bestimmungen über die Befähigung, Anstellung, Vertretung der Gerichtsschreiber, über die Verwendung von Personen, die bei dem Gerichte zum Zwecke ihrer Ausbildung beschäftigt werden (Referendare bzw. Gerichtsschreiberanwärter), über die einstweilige Wahrnehmung der Gerichtsschreibergeschäfte und über die Beschaffung eines Gerichtsschreibers in Notfällen (vgl. für Preußen Ges. v. 3. März 1879; FGG.

v. 21. September 1899 Art. 131; GerichtsschreiberO. v. 17. Dezember 1899) auch für den § 2233. Soweit diese Bestimmungen zwingenden Charakters sind, hat ihre Nichtbeachtung die Nichtigkeit des Testaments zur Folge, denn es fehlt demselben an dem reichsgesetzlichen Erfordernisse der Zuziehung eines Gerichtsschreibers. Der von Wilke (Anm. 1) für die gegenteilige Ansicht in bezug genommene Art. 151 des EG. ist für diese Frage ohne Bedeutung. Ein Notar als solcher kann die Stelle des Gerichtsschreibers nicht vertreten.

b) Die Zuziehung eines **zweiten Notars** bei dem notariellen Testament entspricht im wesentlichen denjenigen Rechten, welche schon bisher diese Testamentsform kannten. In das BGB. ist die Vorschrift (entsprechend dem E. I) durch Beschluß der Reichstagskommission eingefügt worden, während der E. II und die Reichstagsvorlage nur einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung enthielten. In den folgenden Paragraphen wird teils ausdrücklich zwischen dem „beurkundenden Notar" und dem „zweiten Notar" unterschieden (§ 2236, § 2237 Nr. 4). teils ergibt sich aus dem Zusammenhang, ob eine Vorschrift für beide Notare oder nur für den Notar gilt, der die Verhandlung aufnimmt. Um den letzteren handelt es sich in den §§ 2238, 2243, 2246, während die §§ 2234, 2235 sich auf beide Notare beziehen. Vgl. im übrigen Jastrow I Anm. 10, 11 zu § 169 des FGG.

c) **Die zwei Zeugen**, welche die Stelle des Gerichtsschreibers oder des zweiten Notars vertreten können, sind zwar sog. Solennitätszeugen, haben aber keinerlei Amtscharakter. Insbesondere ist ihre Beeidigung oder sonstige Verpflichtung nicht erforderlich. Besondere Eigenschaften der Zeugen werden, abgesehen von den allgemeinen Ausschließungsgründen der §§ 2234 bis 2236, nur vermöge einer Ordnungsvorschrift und wesentlich nur nach negativer Richtung erfordert (§ 2237, s. jedoch dort Erl. 3).

3. Die Kontrollpersonen müssen zu der Testamentserrichtung **zugezogen** werden. Bloß zufällige Anwesenheit, insbesondere der Zeugen, genügt nicht, vielmehr muß vor dem Beginne des Errichtungsakts eine Aufforderung zur Mitwirkung an sie ergehen, die natürlich jeder besonderen Feierlichkeit entraten kann. Letzteres meint wohl Weißler S. 146, wenn er bemerkt, daß eine „besondere Rogation" der Zeugen nicht vorgeschrieben sei (s. auch M. V S. 270). Die Zuziehung muß durch den Richter oder den beurkundenden Notar erfolgen, nicht etwa durch den Erblasser (Jastrow Anm. 11 zu FGG. § 169).

4. Der die Testamentserrichtung leitende Richter oder Notar und die Kontrollpersonen werden im BGB. unter der technischen Bezeichnung **„mitwirkende Personen"** zusammengefaßt (s. §§ 2234 ff., besonders § 2239; vgl. Rausnitz im Recht 1901 S. 491). Der Erblasser gehört nicht zu den mitwirkenden Personen (vgl. die Gegenüberstellung in § 2241 Nr. 2, § 2242 Abs. 1, 3; RG. in JW. 1905 S. 24; Oertel in CBl. f. FGG. 1 S. 490 ff.), ebensowenig, wer nur zur Feststellung der Persönlichkeit des Erblassers zugezogen wird. Wegen des Dolmetschers s. Erl. 2 zu § 2239.

§§ 2234—2237.

1. In den §§ 2234—2237 sind **die Ausschließungsgründe** enthalten, welche **für die bei** der Testamentserrichtung **mitwirkenden Personen** (Erl. 4 zu § 2233) bestehen. Die §§ 2234, 2235 gelten für alle mitwirkenden Personen, die §§ 2236, 2237 nur für die Kontrollpersonen, und zwar der § 2237 nur für die Zeugen. Die §§ 2234—2236 enthalten zwingende Vorschriften, deren Verletzung das ganze Testament oder doch eine bestimmte letztwillige Verfügung schlechthin entkräften, der § 2237 enthält nur Ordnungsvorschriften. Von den absoluten Ausschließungsgründen beruhen diejenigen des § 2234 auf dem persönlichen Verhältnisse des Ausgeschlossenen zum Erblasser, der Ausschließungsgrund des § 2235 auf dem Verhältnisse der betreffenden Person zu dem Inhalte der letztwilligen Verfügung, der Grund des § 2236 auf dem Verhältnis einer Kontrollperson zu dem die Verhandlung leitenden Richter oder Notar.

2. Die Vorschriften der §§ 2234—2237 finden nach § 2244 Abs. 1 **entsprechende Anwendung** auf den Dolmetscher, die §§ 2234—2236 gelten auch für die nach landesgesetzlicher Vorschrift an Stelle des Gerichtsschreibers oder der zwei Zeugen zugezogene Urkundsperson (EG. Art. 149 Abs. 2). Ferner gelten die hier in Rede stehenden Ausschließungsgründe auch für die Testamentserrichtung in außerordentlicher Form, sei es vor dem Gemeindevorsteher (§ 2249 Abs. 1 Satz 3), sei es durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen (§ 2250 Abs. 2 Satz 2).

3. Die bei der Testamentserrichtung zu beachtenden Ausschließungsgründe sind in den §§ 2234—2237 **erschöpfend** geregelt. Die (übrigens wesentlich gleichartigen) Vorschriften des FGG. §§ 6, 170—172 kommen daneben nicht in Betracht (a. M. Wilke Anm. 4; wie hier Rausnitz S. 552 Anm. 1; vgl. auch Weißler S. 144). Ebensowenig kommen bei der

§. 2234. Als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken:

1. der Ehegatte des Erblassers, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
2. wer mit dem Erblasser in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist.

§. 2235. Als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken, wer in dem Testamente bedacht wird

---

Testamentserrichtung die Bestimmungen zur Anwendung, die etwa in den allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden (EG. Art. 151) betreffs der Ausschließung von Gerichtspersonen oder der Erfordernisse von Instrumentszeugen enthalten sind (abw. Jastrow Anm. 1b zu § 2232).

4. Wie der die Testamentserrichtung beurkundende Richter oder Notar **sich die Gewißheit verschafft, daß** bei den mitwirkenden Personen **keine Ausschließungsgründe vorliegen,** ist seinem Ermessen überlassen. Eine förmliche Versicherung, wie sie manche bisherige Notariatsgesetze forderten, ist weder für die Kontrollpersonen noch für den Richter oder Notar selbst vorgeschrieben. Es braucht auch im Protokoll eine Feststellung dahin, daß keiner der gesetzlichen Ausschließungsgründe vorliege, überhaupt nicht getroffen zu werden, sie kann jedoch unter Umständen, wenn nach einer bestimmten Richtung Zweifel nahe liegen, zweckmäßig sein. Andererseits wird, wenn ein gesetzlicher Ausschließungsgrund der in den §§ 2234—2236 bestimmten Art vorliegt, seine vernichtende Wirkung nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Protokoll die unrichtige Versicherung oder Feststellung des Nichtvorhandenseins enthält. Das in den §§ 2244, 2245 (vgl. auch § 2243, § 2249 Abs. 2) befolgte Prinzip, daß nicht der wirkliche Sachverhalt, sondern die über ihn abgegebene Erklärung oder Versicherung des Erblassers bzw. einer mitwirkenden Person und die Feststellung dieser Erklärung oder Versicherung im Protokolle maßgebend ist, hat hinsichtlich der Ausschließungsgründe nicht Aufnahme gefunden (vgl. Jastrow I Erl. zu FGG. §§ 170—173).

§ 2234.

E. I § 1916 Abs. 1; II § 2100 rev. § 2208; III § 2206. P. I S. 9773 ff., 12250; M. V S. 263 f. P. II Bd. 5 S. 332 ff.

1. Gemäß § 2234 wirkt **das eheliche Verhältnis sowie ein nahes Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis zum Erblasser** als Ausschließungsgrund für alle mitwirkenden Personen (vgl. die entsprechenden Vorschriften der CPO. § 41 Nr. 2, 3, § 49; der StPO. § 22 Nr. 2, 3, § 31; des GVG. § 156 Nr. I 2, 3, II 2, 3; des FGG. § 6 Nr. 2, 3, § 170 Nr. 2, 3). Ein Verstoß gegen diese Vorschrift hat die Nichtigkeit des Testaments zur Folge.

2. **Der Ehegatte** des Erblassers ist wie nach verwandten Vorschriften ausgeschlossen, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht. Verlöbnis steht der Ehe nicht gleich.

3. Betreffs der **Verwandten** ist zu beachten, daß entsprechend dem FGG., aber abweichend von den Prozeßgesetzen die Verwandtschaft in der Seitenlinie nur im zweiten, aber nicht mehr im dritten Grade einen Ausschließungsgrund bildet. Die Begriffe der Verwandtschaft und Schwägerschaft und die Bestimmung des Grades sind aus den §§ 1589, 1590 zu entnehmen; wegen der unehelichen Kinder s. auch § 1705, wegen der legitimierten §§ 1719, 1736 f. Daß der Ausschließungsgrund der Schwägerschaft auch nach der Auflösung der die letztere begründenden Ehe fortbesteht, bedurfte mit Rücksicht auf § 1590 Abs. 2 nicht der Hervorhebung im Gesetz. Ebenso ist — gleichfalls abweichend von den Prozeßgesetzen — die Annahme an Kindesstatt nicht besonders erwähnt, weil sie, soweit ihre Wirkungen reichen, ein Verwandtschaftsverhältnis begründet (§§ 1757, 1762, 1763). Einzelheiten bei Peiser S. 305 ff.

4. Daß **der letztwillig Verfügende** selbst nicht als Aktsperson bei der Errichtung seines Testaments mitwirken kann, versteht sich von selbst.

§ 2235.

E. I § 1916 Abs. 2; II § 2101 rev. § 2209; III § 2207. P. I S. 9774 ff., 9818 ff.; M. V S. 265 f. P. II Bd. 5 S. 332 ff. RB. S. 2105.

1. **Zweck der Vorschrift.** Die für alle mitwirkende Personen geltende, zwingende Vorschrift des § 2235 beruht nicht auf einer besonderen Erb- oder Erwerbsunfähigkeit dieser Personen,

oder wer zu einem Bedachten in einem Verhältnisse der im §. 2234 bezeichneten Art steht.

Die Mitwirkung einer hiernach ausgeschlossenen Person hat nur zur Folge, daß die Zuwendung an den Bedachten nichtig ist.

---

sie verfolgt vielmehr, wie ihre Stellung und Fassung ergibt, gleich den §§ 2234, 2236 den Zweck, die volle Lauterkeit des Herganges bei der Testamentserrichtung zu gewährleisten (s. die Erl. 4b a. E. zu § 1922). Abweichend vom preuß. ALR. I 12 §§ 133ff. besteht der Ausschließungsgrund des § 2235 bei jeder Art der Testamentserrichtung in öffentlicher Form, also namentlich auch dann, wenn der Erblasser seinen letzten Willen in einer verschlossenen Schrift übergibt (§ 2338). Dies bringt allerdings die Gefahr mit sich, daß mitunter eine einzelne letztwillige Verfügung eines rechtsunkundigen Erblassers nichtig wird, es war jedoch die Erwägung ausschlaggebend, daß die bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen in einem späteren Rechtsstreit über die Gültigkeit des Testaments leicht in die Lage kommen könnten, als Zeugen vernommen zu werden, und daß dem Ansehen der Rechtspflege besser gedient sei, wenn jede Erörterung über den möglichen Einfluß eines Vermögensvorteils auf das Zeugnis der Gerichtspersonen von vornherein abgeschnitten werde (P. II Bd. 5 S. 333).

2. Ausgeschlossen ist nur, wer in dem Testamente **mit einer Zuwendung** (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) **bedacht ist** (s. S. 336 Vorbm. 2; Werner in Z. d. DNotVer. 1901 S. 258ff.). Die E. I und II stellten der Bedenkung mit einer Zuwendung die Ernennung zum Testamentsvollstrecker gleich. Dies ist vom Bundesrate gestrichen worden. Es kann danach insbesondere der Notar, vor dem das Testament errichtet wird, wirksam zum TV. ernannt werden, wie dies in einzelnen Rechtsgebieten schon bisher zulässig und üblich war. Ist dem Vollstrecker in dem Testament eine Vergütung ausgesetzt, so liegt darin, soweit sich die Vergütung in den Grenzen des Üblichen und der Leistung Angemessenen hält, keine Zuwendung im technischen Sinne. Wird dieses Maß überschritten, so ist der Mehrbetrag als Vermächtnis anzusehen und nach § 2235 Abs. 2 als unwirksam abzusetzen, die Ernennung zum TV. aber aufrecht zu erhalten (s. Erl. 2, 3 zu § 2221). So, entsprechend der bei den Beratungen der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 334) von der Minderheit vertretenen Auffassung, die gemeine Meinung; etwas abweichend, aber doch im Endergebnis übereinstimmend Jastrow Erl. 3b. Ebensowenig wie die Ernennung zum TV. steht die Benennung zu einem vormundschaftlichen Amte (§§ 1777, 1792, 1915, 1917, 1694, 1861) oder die Einräumung von Befreiungen bei Führung eines solchen Amtes (§§ 1856, 1917) der Mitwirkung des Benannten bei der Testamentserrichtung entgegen.

Dem Bedachten ist gleichgestellt, **wer zu einem Bedachten im ehelichen oder in einem der im § 2234 bezeichneten Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse steht.** Entscheidend ist hierbei die Zeit der Errichtung des Testaments; wird erst nach dieser vor dem Erbfall ein solches Verhältnis begründet, so steht dies — trotz der in Erl. 1 mitgeteilten Begründung der Vorschrift — der Gültigkeit der Zuwendung nicht entgegen (Herzfelder Erl. 2).

3. Wirkung des Verstoßes. Wenn es im Abs. 2 heißt, daß die Mitwirkung einer nach Abs. 1 ausgeschlossenen Person „nur" die Nichtigkeit der Zuwendung an den betreffenden Bedachten zur Folge habe, so wird damit nur der Gegensatz zu der Nichtigkeit des ganzen Testaments ausgedrückt, die in den Fällen der §§ 2234, 2236 eintritt. Ob die Nichtigkeit der Zuwendung an den Bedachten die Unwirksamkeit anderer Verfügungen des Testaments nach sich zieht, ist nach § 2085 zu beurteilen. Vorschriften, nach denen unter Beobachtung besonderer erschwerter Formen eine Zuwendung an eine mitwirkende Person dennoch wirksam erfolgen könnte (vgl. preuß. ALR. I 12 §§ 135, 136), sind nicht aufgenommen worden. Zu beachten ist jedoch, daß die Nichtigkeit der Zuwendung nur zufolge eines Formmangels eintritt, der dem Errichtungsakte, soweit es sich um die fragliche Zuwendung handelt, die Bedeutung eines gültigen gerichtlichen oder notariellen Testaments nimmt. Hat der Erblasser eine Schrift überreicht (§ 2338), die allen formellen Erfordernissen eines eigenhändigen Testaments entspricht und von ihm nicht lediglich als Testamentsentwurf angesehen wurde, so ist die Zuwendung trotz des Verstoßes gegen die notwendigen Formen der öffentlichen Testamentserrichtung wirksam (s. Erl. III 2 zu § 2231; Peiser § 7 Anm. 31).

4. Für den Fall, daß die Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift erfolgt, die von einem anderen als dem Erblasser geschrieben ist (§ 2238 Abs. 1 Satz 3), enthält das BGB. nicht die Vorschrift, daß eine **Zuwendung an den Schreiber der Testamentsurkunde** unwirksam

§. 2236. Als Gerichtsschreiber oder zweiter Notar oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken, wer zu dem Richter oder dem beurkundenden Notar in einem Verhältnisse der im §. 2234 bezeichneten Art steht.

§. 2237. Als Zeuge soll bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken:
1. ein Minderjähriger;
2. wer der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt ist, während der Zeit, für welche die Aberkennung der Ehrenrechte erfolgt ist;
3. wer nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig ist, als Zeuge eidlich vernommen zu werden;
4. wer als Gesinde oder Gehülfe im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars steht.

---

sei. Die entsprechenden gemeinrechtlichen Vorschriften des S. C. Libonianum (vgl. Dernburg III § 81; Windscheid-Kipp § 546 Ziff. 2; s. auch sächs. GB. § 2077; bad. LR. Satz 909a) sind wie von anderen neueren Rechten auch vom BGB. abgelehnt worden (M. V S. 275).

§ 2236.

E. I § 1917 Abs. 1; II § 2102 rev. § 2210; III § 2208. P. I S. 9780 f.; M. V S. 266. P. II Bd. 5 S. 334 f. RB. S. 2105.

1. **Der Ausschließungsgrund des § 2236,** der sich in ähnlicher Gestalt schon im bisherigen Rechte (preuß. ALR. I 12 § 120) vorfindet, **beruht darauf,** daß die neben dem Richter oder dem beurkundenden Notar mitwirkenden Personen wesentlich zur Kontrolle des die Verhandlung leitenden Beamten dienen und daher zu ihm nicht in einem Verhältnisse stehen dürfen, das ihre Unbefangenheit ihm gegenüber zu beeinträchtigen geeignet ist.

2. **Ausgeschlossen sind** daher Personen, die mit dem Richter oder Notar in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind (Erl. 3 zu § 2234), von der Mitwirkung als Gerichtsschreiber, zweiter Notar oder Zeuge, ingleichen die Ehefrau oder frühere Ehefrau des Richters oder Notars von der Mitwirkung als Zeugin. Ehe, Verwandtschaft oder Schwägerschaft der Kontrollpersonen untereinander ist unerheblich, was freilich nur für den Fall der Zuziehung zweier Zeugen und für den Fall der Beteiligung eines Dolmetschers (§ 2244 Abs. 1 Satz 2) in Betracht kommt, da in allen anderen Fällen immer nur eine Person neben dem Richter oder Notar mitwirkt.

3. **Ein Verstoß** gegen diese Vorschriften hat die Nichtigkeit des Testaments zur Folge.

4. Wegen der Schließung eines Erbvertrags s. § 2276 Abs. 1, wegen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung anderer Rechtsgeschäfte FGG. § 172.

§ 2237.

E. I § 1917 Abs. 2, 3; II § 2103 rev. § 2211; III § 2209. P. I S. 9780 ff., 11366; M. V S. 266 ff. P. II Bd. 5 S. 334 ff. RB. S. 2105.

1. Der § 2237 enthält **besondere Ausschließungsgründe für die bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Zeugen,** die neben den Gründen der §§ 2234—2236 zu beachten sind, deren Außerachtlassung aber das Testament **nicht nichtig** macht.

2. Zu den einzelnen Nummern ist folgendes zu bemerken:

a) Der Ausschließungsgrund der **Minderjährigkeit** trifft denjenigen nicht, welcher für volljährig erklärt ist (§ 3). Bei dem positiven Charakter und dem Grunde der Vorschrift ist es nicht zulässig, sie auf andere Personen zu erstrecken, die einem Minderjährigen in der Geschäftsfähigkeit gleichstehen (§ 114). Insbesondere darf ein entmündigter Verschwender als Zeuge zugezogen werden (M. V S. 269). Ebenso schließt die Entmündigung wegen Trunksucht oder Geistesschwäche und selbst wegen Geisteskrankheit die Zuziehung als Testamentszeuge nicht aus (a. M. Endemann III § 28 Anm. 21; Frommhold Anm. 2), sofern nicht gerade zur Zeit der Testamentserrichtung der Geisteszustand des Zeugen durch den geistigen Defekt oder durch Trunkenheit gestört ist (in welchem Falle Nichtigkeit des Testaments eintritt, s. Erl. 3). Als angemessen wird freilich die Zuziehung aller solcher Personen in der Regel nicht anzusehen sein.

Nach dem Ges., betr. die freiw. Gerichtsbarkeit ꝛc. in Heer und Marine § 2 (Vorbm. III 1 b) soll bei einer Testamentserrichtung „im Felde" vor einem Kriegsgerichtsrat oder Oberkriegsgerichtsrat die Vorschrift der Ziffer 1 bei Zeugen, die dem aktiven Heere angehören, außer Anwendung bleiben.

b) Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte tritt durch strafrichterliche Aberkennung gemäß StGB. §§ 32, 34, 36 ein. Die Wirkung beginnt mit der Rechtskraft des Urteils, die Zeitdauer wird jedoch erst von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe, neben der die Aberkennung ausgesprochen wurde, verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Dadurch, daß die Berücksichtigung des Ehrverlustes nur als Ordnungsvorschrift aufgestellt wird, ist eine Ausnahme von dem Grundsatze des StGB. § 34 Nr. 5 geschaffen, nach welchem die Aberkennung der Ehrenrechte die Unfähigkeit bewirkt, Zeuge bei der Aufnahme von Urkunden zu sein, sofern diese Vorschrift, was nicht unzweifelhaft ist, die Bedeutung hat, daß ihre Verletzung die Nichtigkeit der Beurkundung nach sich zieht. Die Motive zum E. I, der den Besitz der Ehrenrechte auch seinerseits als unbedingt notwendige Eigenschaft eines Testamentszeugen erforderte, gehen von der letztgedachten Annahme aus (M. V S. 267). Dagegen war die zweite Kommission, die das Erfordernis der Nr. 2 zu einer bloßen Ordnungsvorschrift herabgemildert hat, der Ansicht, daß damit das StGB. nicht geändert werde, weil in dem dortigen § 34 Nr. 5 das Wort „Unfähigkeit" nur als Ausdruck eines Verbots anzusehen sei, bei welchem die Folgen des Zuwiderhandelns anderen Vorschriften überlassen blieben (P. II Bd. 6 S. 570 f.; s. jedoch auch Bd. 5 S. 335). Ob die eine oder die andere Ansicht den Vorzug verdient, kann hier unentschieden bleiben, da für die Wirkung des Mangels bei der Testamentserrichtung ausschließlich die Vorschrift des BGB. maßgebend ist (EG. Art. 32 Satz 2, s. dort Erl. 2c).

c) Auf dauernde Unfähigkeit, als Zeuge eidlich vernommen zu werden, ist nach StGB. § 161 Abs. 1 mit Ausnahme gewisser leichterer Fälle bei jeder Verurteilung wegen Meineids zu erkennen (vgl. CPO. § 393 Nr. 2; StPO. § 56 Nr. 2). Ein derartig Bestrafter soll nach BGB. § 2237 Nr. 3 nicht als Zeuge bei der Testamentserrichtung mitwirken, ohne daß jedoch seine Mitwirkung das Testament entkräftet. Inwiefern diese Vorschrift eine Abänderung des StGB. § 161 enthalten soll (Strohal § 21 Anm. 21; Endemann III § 28 Anm. 23), ist nicht ersichtlich, da sie das für den Prozeß und für sonstige Fälle einer Beweiserhebung geltende Verbot gänzlich unberührt läßt und nur an den gleichen Tatbestand eine für einen Formalakt geltende Ordnungsvorschrift anknüpft. Übrigens spricht die Nr. 3 nicht von dem StGB., sondern (wie die angezogenen Vorschriften der CPO. und der StPO.) allgemein von den „Strafgesetzen". Es ist daher auch diejenige Unfähigkeit zum Zeugeneide zu berücksichtigen, welche vor dem Inkrafttreten des StGB. auf Grund einer Verurteilung nach den früheren landesrechtlichen Strafgesetzen eingetreten ist (s. Struckmann-Koch Anm. 3 zu CPO. § 393).

d) Wer als Gesinde oder Gehilfe im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars steht, ist wegen seines Abhängigkeitsverhältnisses von dem die Verhandlung leitenden Beamten nicht als Kontrollperson geeignet. Auf Gesinde oder Gehilfen des Erblassers bezieht sich die Vorschrift nicht, auch können die beiden Zeugen untereinander im Verhältnisse von Dienstherr und Gesinde oder Gehilfe stehen. Der Begriff des Gesindes ist den bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften (EG. Art. 95) zu entnehmen. Wegen des Begriffs Gehilfe vgl. die zu CPO. § 183 Abs. 2 ergangene Entscheidung des RG. 4 S. 427, wonach ein dauerndes Dienstverhältnis vorausgesetzt wird. Dies gilt auch für den § 2237 Nr. 4. Im übrigen ist jedoch der Begriff hier etwas weiter zu bestimmen, indem Dienstleistungen jeder Art, mithin sowohl juristische Arbeit als auch bloße Schreiber- und Botendienste getroffen werden. Andererseits ist auch hier daran festzuhalten, daß die Dienste des Gehilfen dem Notar in seiner Berufstätigkeit geleistet werden müssen. (Für den Richter kommt aus diesem Grunde der „Gehilfe" überhaupt nicht in Betracht, da die ihm untergeordneten bzw. beigegebenen Gerichtsbeamten nicht in seinem Dienste stehen.) Wollte man das Wort „Gehilfe" auch auf sonstige Privatangestellte, z. B. Hausverwalter oder Gutsinspektoren, erstrecken, so würde dies nicht nur gegen den Sprachgebrauch verstoßen, sondern es würden auch in der Nr. 4 die Worte „als Gesinde oder Gehilfe" überflüssig sein (vgl. Jastrow Anm. 7 zu § 173 FGG.; Rausnitz S. 555).

3. Weitere selbstverständliche Unfähigkeitsgründe. Neben den Erfordernissen, die aus den §§ 2234—2237 hervorgehen, ist an den Testamentszeugen noch eine andere wesentliche Anforderung zu stellen, die das Gesetz deswegen nicht besonders hervorhebt, weil sie sich aus dem Begriffe des Zeugen oder wenigstens des Solennitätszeugen von selbst ergibt. Der Testamentszeuge muß die für seine Aufgabe notwendige Wahrnehmungsfähigkeit besitzen. Die erste

§. 2238. Die Errichtung des Testaments erfolgt in der Weise, daß der Erblasser dem Richter oder dem Notar seinen letzten Willen mündlich erklärt oder eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergiebt, daß die Schrift seinen letzten

---

und die zweite Kommission (M. V S. 269; P. II Bd. 5 S. 335) haben es für entbehrlich gehalten, hierüber besondere Vorschriften aufzunehmen. Die Aufgabe des Testamentszeugen bedingt, daß er zur Wahrnehmung des Herganges bei der Testamentserrichtung und zur Mitteilung seiner Wahrnehmungen körperlich und geistig befähigt ist. Er muß daher die nötige Verstandesreife besitzen, mithin ein entsprechendes Lebensalter erreicht haben, das sich allgemein freilich nicht bestimmen läßt, und er darf auch nicht vorübergehend des Vernunftsgebrauchs beraubt sein. Taube Personen sind mit Rücksicht auf die regelmäßig notwendige mündliche Erklärung des Erblassers (§ 2238) und die unerläßliche Vorlesung des Protokolls (§ 2242) zu Testamentszeugen nicht befähigt, ebensowenig (abgesehen von dem Falle des § 2245) der deutschen Sprache Unkundige. Stumme Personen können, sofern sie nur ihre Wahrnehmungen auf irgendeine zuverlässige Art mitzuteilen imstande sind, Testamentszeugen sein. Dagegen sind Blinde deswegen ausgeschlossen, weil sie, auch wenn sie den Erblasser und die übrigen mitwirkenden Personen kennen und zu unterscheiden vermögen, doch nicht wahrnehmen können, ob tatsächlich ein Protokoll aufgenommen, ob es von dem Erblasser und von den übrigen mitwirkenden Personen unterschrieben wird und ob das Papier, das ihnen selbst zur Unterschrift vorgelegt wird, wirklich das vorgelesene Protokoll ist (§§ 2240, 2242). Aus der eben erwähnten Notwendigkeit der Unterschreibung des Protokolls (§ 2242 Abs. 3, s. dort Erl. 4b) ergibt sich als besonderes positives Erfordernis, daß der Zeuge wenigstens seinen Namen muß schreiben können. Nicht notwendig ist, daß der Zeuge tatsächlich alles, was bei der Testamentserrichtung gesprochen wird, versteht; auch nicht, daß er nach seinem Bildungsgrad überhaupt imstande ist, den Inhalt des Erklärten im einzelnen geistig zu erfassen (vgl. Weißler S. 119 Anm. 14). Dagegen ist die im vorstehenden näher bezeichnete Wahrnehmungsfähigkeit des Zeugen derart wesentlich, daß ein Mangel der fraglichen Art die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat. Mit den hier vertretenen Ansichten stimmen im wesentlichen überein Strohal S. 95; Endemann III § 29 bei Anm. 21; Herzfelder Erl. 5 zu § 2233, Erl. 4 zu § 2237; Dernburg § 31 Ziff. VIII u. a.; a. M. Weißler S. 146, der sogar ein unter Zuziehung von trunkenen oder geisteskranken Zeugen errichtetes Testament für gültig hält, und Windscheid-Kipp Zus. I 1 zu § 545, der nur schreibensunkundige und schreibensunfähige für untauglich erklärt. Auch Jastrow Anm. 9 zu § 173 FGG., Rausnitz S. 556 und Josef Anm. 2 zu § 173 nehmen für das FGG. § 173 an, daß Mängel der in Rede stehenden Art, von der Schreibensunfähigkeit abgesehen, die Beurkundung nicht nichtig machen, weil die Nichtigkeitsgründe im Gesetze (§§ 170—172, entsprechend BGB. §§ 2234—2236) erschöpfend angegeben seien; dies ist jedoch, wie jedenfalls betreffs des BGB. die Materialien unzweideutig ergeben, in dem von jenen Schriftstellern angenommenen Sinne nicht zutreffend, vielmehr folgt aus der Natur der Sache, daß durch die Verwendung einer Person, der es an den begrifflich wesentlichen Eigenschaften eines Zeugen fehlt, dem gesetzlichen Erfordernisse der Zeugenzuziehung nicht genügt wird. Wo die Zuziehung von Zeugen, wie bei der Eheschließung, überhaupt nur auf einer Ordnungsvorschrift beruht, können natürlich Mängel der Wahrnehmungsfähigkeit die Gültigkeit des Rechtsakts nicht beeinträchtigen (s. Erl. II 1 zu § 1318).

4. **Nicht unfähig** zum Testamentszeugnis sind **Frauen** (M. V S. 268, s. § 2234 Nr. 1, § 2236) und Ausländer.

5. Über die **Anwendbarkeit** der Vorschriften des § 2237 auf den Dolmetscher s. § 2244 Abs. 1 Satz 2, auf die Testamentserrichtung vor dem Gemeindevorsteher § 2249 Abs. 1 Satz 3 und der Ziff. 1 bis 3 auf das außerordentliche Testament vor drei Zeugen § 2250 Abs. 2 Satz 2. Wegen des Erbvertrags s. § 2276.

§ 2238.

E. I §§ 1918, 1922; II § 2104 rev. § 2212; III § 2210. P. I E. 9741 f., 9744 ff., 9797 ff., 9815 f., 11427; M. V E. 270 ff., 277. P. II Bd. 5 E. 336, 339. D. E. 736. RB. E. 2105.

1. **Für die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar** stellt das BGB. im Anschluß an das bisherige Recht **zwei Formen** zur Verfügung, durch die den verschiedenen Wünschen des Erblassers entweder nach rechtsverständiger Beratung oder nach schnellerer Erledigung des Testieraktes und Geheimhaltung des Inhalts der Verfügung Rechnung getragen wird. Der Erblasser hat die Wahl zwischen

Willen enthalte. Die Schrift kann offen oder verschlossen übergeben werden. Sie kann von dem Erblasser oder von einer anderen Person geschrieben sein.

Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten.

---

a) der mündlichen Erklärung des Inhalts seines letzten Willens und

b) der Übergabe einer Schrift mit der mündlichen Erklärung, daß diese seinen letzten Willen enthalte.

Wegen der Ausnahmefälle, in denen dem Erblasser nur die eine oder die andere dieser beiden Formen offen steht, s. Erl. 5, 6.

Gemeinsam ist beiden Formen, daß die Erklärung bzw. die Übergabe an den Richter oder Notar erfolgen muß (Erl. 2, 3; s. Erl. 3 zu § 2239). Ferner müssen beide Handlungen, wie überhaupt jeder Testierakt, durch den Erblasser persönlich vorgenommen werden (s. Erl. 1 zu § 2064). Die Erklärungen des Erblassers und die Übergabe der Schrift müssen im Protokolle festgestellt werden (§ 2241 Nr. 3).

Die Vorschriften des § 2238 sind streng **zwingender Natur.**

2. **Die mündliche Erklärung** des letzten Willens muß, wenngleich sie vor allen mitwirkenden Personen abzugeben ist, an den Richter oder Notar gerichtet sein. Sie ist aber deswegen nicht eine empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. Hellmann, Vorträge S. 59 ff. und Krit. VJSchr. 40 S. 190; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 653; s. auch RG. 34 S. 162).

Der Erblasser muß, abgesehen von den Fällen der §§ 2244, 2245, sich der deutschen Sprache bedienen, da diese die Gerichtssprache ist (FGG. § 8 in Verbindung mit GVG. § 186). Die Vorschrift ist zwingender Natur; es genügt nicht, daß das Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen und vorgelesen wird (§§ 2240, 2242), vielmehr muß auch die Erklärung des Erblassers selbst in deutscher Sprache (wenn auch nicht gerade in Hochdeutsch, s. Erl. 2 zu § 2244) erfolgen. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß der die Verhandlung leitende Beamte, wenn dem Erblasser eine andere Sprache geläufiger ist, zwecks Erforschung des Willens des Erblassers sich mit diesem zunächst in der fremden Sprache verständigt.

Eine Erklärung durch Zeichen oder Gebärden (vgl. Erl. 1 zu § 2243) ist nicht zulässig, insbesondere kann auch das bloße Kopfnicken als Bejahung auf vorgelegte Fragen nicht als ausreichende Erklärung angesehen werden (Rspr. 2 S. 448; a. M. Weißler S. 148 unter Berufung auf die für preuß. Recht ergangene Entscheidung des RG. 31 S. 225, die jedoch auf dem Wortlaute des ALR. und der AGO. fußt und für das BGB. nicht als maßgeblich angesehen werden kann). Dagegen ist es nicht erforderlich, daß die Erklärung in ausführlicher oder zusammenhängender Rede erfolgt, sie kann vielmehr auch im Wege der Rede und Gegenrede, Frage und Antwort zum Ausdrucke gelangen; insbesondere genügt es, wenn der Erblasser ihm vorgelegte Fragen mündlich bejaht, also seinen Willen nur durch die Bezugnahme auf den Inhalt der Frage kundgibt. Auch die Benutzung von Niederschriften ist hierbei nicht ausgeschlossen, sofern nur die mitwirkenden Personen, insbesondere die Zeugen, aus dem Verlaufe der sich vor ihnen abspielenden Verhandlung und der hierbei vom Erblasser abgegebenen mündlichen Erklärung klar zu erkennen vermögen, worauf der wirkliche Wille des Erblassers gerichtet ist (RG. 63 S. 83; Bayer. ObLG. 8 S. 28). So hat das RG. in Gruch. 50 S. 118, 1010 auch die Verlesung eines Entwurfes des Testaments in Verbindung mit den während der Verlesung mehrfach gestellten Fragen, ob der Erblasser damit einverstanden sei, und dessen bejahenden Antworten für genügend erklärt.

3. Wählt der Erblasser die Form der **Übergabe einer Schrift** unter der im Gesetzestexte bezeichneten Erklärung, deren Wortlaut natürlich nicht an die Worte des Gesetzes gebunden ist, so gilt für diese Erklärung dasselbe wie für die mündliche Erklärung des letzten Willens (Erl. 2; s. Rspr. 2 S. 448). Betreffs der Schrift ist zu bemerken:

a) Die Schrift kann **offen oder verschlossen** übergeben werden (Abs. 1 Satz 2). Überreicht der Erblasser einen offenen Aufsatz, so muß sich der Richter natürlich zunächst vergewissern, ob der Erblasser damit nicht nur einen Entwurf für die abzugebende mündliche Erklärung vorlegen will (vgl. preuß. ALR. I 12 §§ 107 ff.). Soll die Schrift den letzten Willen selbst enthalten, so ist der Richter ohne Zustimmung des Erblassers nicht befugt, von dem Inhalte Kenntnis zu nehmen; sie ist auch bei der Vorlesung des Protokolls nicht mit vorzulesen (Erl. 4 a. E. zu § 2241; s. Bayer. ObLG. im Recht 1907 S. 1140; Pfirstinger in Bl. f. RAnw. 1901 S. 436).

b) Die Schrift kann von dem Erblasser oder von einem anderen **geschrieben** sein (Abs. 1 Satz 3). Auch der Bedachte kann sie geschrieben haben (Erl. 4 zu § 2235), nicht minder der Notar, vor dem die Testamentserrichtung erfolgt (Jastrow I Anm. 10a zu § 2238). **Datum und Unterschrift des Erblassers sind nicht erforderlich** (s. Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1902 S. 480; Pfirstinger a. a. O. S. 435). Hinsichtlich der Unterschrift weicht das BGB., übereinstimmend mit dem sächs. GB. § 2096 und mit der herrschenden Ansicht des gem. Rechtes (s. RG. 34 S. 161), absichtlich von dem preuß. ALR. I 12 §§ 101, 102, 108 und dem code civ. art. 976 ab, weil in den Gebieten der letztgedachten Rechte die Erfahrung gemacht worden ist, daß unter der verschlossen überreichten Schrift häufig trotz der gegenteiligen Versicherung des Erblassers die Unterschrift gefehlt hat und dadurch die Nichtigkeit des Testaments verursacht worden ist. Die M. V S. 272 heben die Entbehrlichkeit der Unterschrift ausdrücklich hervor; der von Cosack II § 354 Anm. 9 aus § 126 hergeleitete Zweifel ist unbegründet, weil es sich bei der Schrift des § 2238 nicht um die technische „schriftliche Form" des BGB. handelt, vielmehr die Schrift nur einen Teil einer besonderen Geschäftsform bildet (vgl. RG. 34 S. 162).

c) Hinsichtlich des **Stoffes**, der zu der Schrift verwendet wird, der **Schreibmittel**, der **Schriftzeichen** und der **Sprache** der Schrift gilt hier dasselbe wie bei dem eigenhändigen Testamente (Erl. II 2c-e zu § 2231; vgl. Bollenbeck a. a. O. S. 481). Eine Abweichung besteht darin, daß die Schrift des § 2238 auch durch Druck oder mittels der Schreibmaschine hergestellt sein kann (Märcker S. 97). Daß der Stoff von solcher Beschaffenheit ist, daß er die im § 2246 vorgeschriebene Versiegelung und amtliche Aufbewahrung ermöglicht, ist nicht wesentlich, da die Vorschrift des § 2246 nur eine Ordnungsvorschrift ist.

Nicht ausgeschlossen ist, daß der Erblasser **mehrere** (offene oder einzeln verschlossene) **Schriften** überreicht (Jastrow I Erl. 6). Widersprüche unter den mehreren Schriften sind so zu behandeln, wie wenn sie sich in einer und derselben Schrift befänden. Die widersprechenden Verfügungen heben sich daher auf, wenn nicht klar ersichtlich ist, daß die eine Schrift nur mit den sich aus der anderen ergebenden Änderungen zum letzten Willen hat erhoben werden sollen, wozu auch die verschiedene Datierung der beiden Schriften genügen kann.

d) **Inhaltlich** muß die Schrift den letzten Willen selbst enthalten; es ist nicht zulässig, daß sie auf eine andere, ihr nicht beigefügte Urkunde verweist (mystisches Testament, s. die Vorbm. II a. E.).

e) Die übergebene Schrift bildet mit dem über die Übergabe aufgenommenen **Protokolle** zusammen das Testament (KG. 23 S. B 19; Rspr. 12 S. 384) und, anders als das eigenhändige Testament, eine **öffentliche Urkunde**, insbesondere auch im Sinne der GBO. § 36 Abs. 1 Satz 2 (KG. 24 S. A 221; Rspr. 3 S. 221; Bayer. ObLG. 3 S. 578; vgl. Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1902 S. 479; Breit das. 1904 S. 185ff.; Kockerols im Recht 1902 S. 97; s. Erl. 4b zu § 2241).

4. **Eine Verbindung der beiden** im vorstehenden besprochenen **Errichtungsarten** ist in doppelter Weise denkbar:

a) **Der Erblasser übergibt eine Schrift** als seinen letzten Willen **und erklärt außerdem noch weitere letztwillige Verfügungen mündlich** zu Protokoll. Das Testament besteht alsdann aus zwei Bestandteilen, die als gleichzeitig errichtet und daher als gleichwertig anzusehen sind. Etwaige Widersprüche sind so zu behandeln, wie wenn sie sich in einer einheitlichen Testamentsurkunde befänden. Nur wenn der Erblasser durch die mündlich erklärten Anordnungen die niedergeschriebenen Verfügungen ersichtlich hat abändern wollen, gehen erstere unbedingt vor, da alsdann die Erklärung, daß die Schrift den letzten Willen enthalte, als nur mit der fraglichen Einschränkung abgegeben oder als insoweit zurückgenommen anzusehen ist.

b) Ob es zulässig ist, daß der Erblasser in der mündlichen Erklärung seines letzten Willens **auf eine gleichzeitig überreichte Schrift zur Ergänzung seiner mündlichen Erklärung Bezug nimmt**, insbesondere auf ein Verzeichnis, eine Berechnung oder dgl., um weitschweifige Aufzählungen oder Auseinandersetzungen zu vermeiden, mag zweifelhaft erscheinen, dürfte aber zu verneinen sein, weil die mündliche Erklärung bzw. das darüber aufgenommene Protokoll den letzten Willen vollständig enthalten soll (Jastrow Erl. 8b; Frommhold Anm. 4; Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1902 S. 479ff.; a. M. Werner das. S. 249f.). Protokollanlagen sind nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig (§§ 2243—2246). Es empfiehlt sich daher, in Fällen der vorgedachten Art von der Form der mündlichen Testamentserrichtung ganz abzusehen.

5. Im Abs. 2 wird die Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift für **Minderjährige und für solche Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen**, ausgeschlossen.

Da denselben Personen im § 2247 die Errichtung eines eigenhändigen Testaments verwehrt wird, so sind sie auf die mündliche Erklärung ihres letzten Willens beschränkt. Sind die in Rede stehenden Personen auch stumm oder sonst am Sprechen verhindert, so führt die Vorschrift des § 2243, die für die letztgedachten Fälle nur die Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift zuläßt (s. Erl. 1 zu § 2243), dahin, daß sie ein Testament tatsächlich nicht errichten können (s. Erl. 3a zu § 2229).

Der Abs. 2 gilt auch für das außerordentliche Testament vor dem Gemeindevorsteher (s. Erl. 4 zu § 2249).

Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Die Beschränkung der **Minderjährigen** (§§ 2, 3; § 2229 Abs. 2) ist entsprechend einer verwandten Vorschrift des preuß. ALR. I 12 § 17 von der zweiten Kommission aufgenommen worden. Die Vorschrift des BGB. ist jedoch, abweichend von der des preuß. Rechtes, nach ihrer Stellung und ihrem Zusammenhange nicht als eine Beschränkung der Testierfähigkeit, sondern als eine bloße Formvorschrift aufzufassen. Der Minderjährige kann daher im Ausland auch durch Übergabe einer Schrift, sofern diese Form dort zugelassen ist, gültig testieren (EG. Art. 11 Abs. 1 Satz 2).

b) **Unvermögen, Geschriebenes zu lesen.** Für die zweite Beschränkung ist die Erwägung bestimmend gewesen, daß der Erblasser wenigstens imstande sein muß, sich durch eigenes Lesen Kenntnis von dem Inhalte der Schrift zu verschaffen, die er als seinen letzten Willen übergibt (M. V S. 277). Es kommen folgende Fälle in Betracht:

α) **Unkenntnis des Lesens.** Hierbei ist zu beachten, daß nach dem Grunde der Vorschrift nicht nur der überhaupt des Lesens Unkundige getroffen wird, vielmehr die Beschränkung auch dann Platz greift, wenn der Erblasser derjenigen Schriftzeichen nicht kundig ist, mit welchen die konkrete zu übergebende Urkunde geschrieben ist (vgl. RG. 38 S. 244; Endemann III § 29 Anm. 6; Böhm S. 81 Anm. 2; Peiser S. 317; Jastrow Erl. 13a). Der Erblasser muß z. B., wenn Stenographie angewendet worden ist (Erl. II 2d zu § 2231), das betreffende System beherrschen. Ist die Schrift mittels Druckes oder mittels der Schreibmaschine hergestellt, so ist erforderlich und ausreichend, daß der Erblasser die verwendeten Typen zu lesen vermag. Nach dem Sinne der Vorschrift, der freilich in dem Wortlaute nicht ganz zum Ausdrucke kommt, ist nämlich unter dem „Geschriebenen" im allgemeinen jede Art von Schriftzeichen, im einzelnen Falle aber diejenige Art zu verstehen, welche zur Herstellung der überreichten Urkunde verwendet worden ist. Der Erblasser kann daher, wenn er irgendeine Form von Schriftzeichen (z. B. die Blindenschrift, s. unten zu β) zu lesen vermag, eine mit diesen Schriftzeichen hergestellte Urkunde als sein Testament übergeben (so jetzt auch Jastrow Erl. 13b).

β) **Unfähigkeit wegen Blindheit oder vorübergehender Störung des Sehvermögens** (Augenkrankheit, Operation, vgl. RG. in Gruch. 47 S. 1075). Das BGB. enthält, abweichend von den meisten bisherigen Rechten, keine besonderen Formvorschriften für die Testamentserrichtung seitens eines Blinden; es bewendet bei der sich aus § 2238 Abs. 2 ergebenden Beschränkung. Die Beherrschung der sog. Blindenschrift (mittels des Tastsinns abzulesende erhabene oder vertiefte Schriftzeichen, vgl. auch Wilke Anm. 3 zu § 2247) schließt an sich die Voraussetzung des Abs. 2 aus, kommt aber für die Testamentserrichtung praktisch kaum in Betracht (vgl. Endemann III § 29 Anm. 6; a. M. Peiser S. 316 Anm. 44 und Weißler S. 151, welche die Kenntnis der Blindenschrift für ganz unerheblich halten, weil sie nicht gelesen, sondern getastet würde).

Der Abs. 2 erfordert subjektives Unvermögen, Geschriebenes zu lesen; Personen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung wegen objektiver Umstände am Lesen verhindert sind, wie Verschüttete, fallen nicht unter die Vorschrift (Weyl in DJZ. 1901 S. 501; a. M. Boschan das. S. 476; s. auch Erl. 3 zu § 2239).

Um die Errichtung eines nichtigen Testaments zu verhüten, muß der Richter oder Notar sich nach Möglichkeit vergewissern, ob der Erblasser Geschriebenes von der Beschaffenheit der überreichten Urkunde zu lesen vermag. Wenn jedoch die (offen übergebene) Urkunde in gewöhnlicher Schrift hergestellt ist, wird bei der heutigen allgemeinen Volksbildung in der Regel kein Anlaß zu besonderen Ermittelungen bestehen.

Bloße Schreibunkunde oder Behinderung am Schreiben schließt die Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift nicht aus (unzutreffend Meischeider S. 40 Anm. 8). Dagegen muß nach dem Sinne des Abs. 2 gefordert werden, daß der Erblasser auch die Sprache

§. 2239. Die bei der Errichtung des Testaments mitwirkenden Personen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein.

---

beherrscht, in der die übergebene Schrift abgefaßt ist, da ihm mit der Kenntnis der Lettern bei Unkenntnis der Sprache nicht gedient ist (vgl. Erl. II 2c zu § 2231; Peiser S. 317 Anm. 48; a. M. Jastrow Anm. 13e; Dernburg § 33 Anm. 5).

6. Wegen des Falles der Schreibensunfähigkeit des Erblassers s. § 2242 Abs. 2, wegen des Testaments eines Stummen § 2243, wegen des Einflusses sonstiger körperlicher Gebrechen Erl. 4 zu § 2243.

§ 2239.

E. I § 1915 Abs. 3; II § 2105 rev. § 2213; III § 2211. P. I S. 9768 ff., 9772 f.; M. V S. 263. P. II Bd. 5 S. 331 f.

1. **Anwesenheit der mitwirkenden Personen während der ganzen Verhandlung.** In wesentlicher Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte bestimmt der § 2239, daß die bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen während der ganzen Verhandlung zugegen sein müssen. Die Vorschrift gilt auch für die Schließung eines Erbvertrags (§ 2276 Abs. 1), während für die Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden im FGG. § 174 die Anwesenheit der mitwirkenden Personen unbedingt nur bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde erfordert wird. Bei der Testamentserrichtung muß der Richter oder Notar die ganze Verhandlung leiten, die Kontrollpersonen aber müssen zugegen sein, um nötigenfalls später über jeden einzelnen Teil des Errichtungsakts, insbesondere über die Übereinstimmung des Protokollierten mit dem Erklärten, Zeugnis ablegen zu können (M. V S. 263).

a) **Mitwirkende Personen** sind der beurkundende Richter oder Notar und die gemäß § 2233 (oder EG. Art. 149) zuzuziehenden Kontrollpersonen (s. Erl. 4 zu § 2233). Hinsichtlich des Dolmetschers s. Erl. 2, bezüglich des Erblassers Erl. 3. Die zur Feststellung der Identität des Erblassers oder eines Mitwirkenden zugezogenen sog. Rekognitionszeugen gehören nicht hierher.

b) Jene müssen **während der ganzen Verhandlung** zugegen sein, d. h. sowohl bei der im § 2238 vorgeschriebenen mündlichen Erklärung des Erblassers als auch bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls durch den Erblasser und die Mitwirkenden (§ 2242). Die Anwesenheit allein bei diesem letzten Teile der Testamentsverhandlung genügt nicht, wie nach dem mitgeteilten Zwecke der Bestimmung und der bewußten Abweichung von FGG. § 174 keinem Zweifel unterliegt (RG. 63 S. 86; Gruch. 50 S. 115; Bayer. ObLG. 8 S. 28). Andererseits ist es nicht erforderlich, daß bei einer Testamentserrichtung durch mündliche Erklärung (Erl. 2 zu § 2238) der Richter oder Notar erst in Gegenwart der Kontrollpersonen erfährt, welche Verfügungen der Erblasser treffen will; der Erblasser kann seinen letzten Willen auch in der Weise erklären, daß die Urkundsperson in Gegenwart der Zeugen die ihr vorher mitgeteilten Verfügungen wiederholt und der Erblasser darauf erklärt, daß diese sein letzter Wille seien (Bayer. ObLG. a. a. O.; Gruch. 50 S. 118; abw. Werner in Z. d. DNotVer. 1901 S. 420 ff.). Zu der Verhandlung im Sinne des § 2239 gehören auch nicht die Vorgänge, die sich auf die Feststellung der Persönlichkeit und Geschäftsfähigkeit des Erblassers beziehen — sie dienen nur zur Vorbereitung der Verhandlung (Peiser im Recht 1902 S. 584) — sowie die Niederschrift des Protokolls (anders die frühere Auflage); insbesondere ist die Benutzung eines formularmäßigen oder eines vorher in Abwesenheit der Kontrollpersonen niedergeschriebenen Entwurfs zulässig (s. Anm. 2 zu § 2238; KG. 29 S. A 49; RSpr. 10 S. 309; Lauff im Recht 1901 S. 302 und in Z. d. DNotVer. 1901 S. 308; Loeffler das. S. 417; Peiser S. 319). Die Versiegelung des Testaments bildet ebenfalls keinen Teil der Verhandlung im Sinne des § 2239 (s. § 2246).

Die Vorschrift des § 2239 steht einer kurzen durch notwendige Bedürfnisse veranlaßten Entfernung einer der mitwirkenden Personen nicht entgegen, sofern während dieser ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung nicht stattfindet (P. II Bd. 5 S. 332; s. Oertel im GBl. f. FG. 1 S. 487). Hat sich eine mitwirkende Person unbemerkt von dem leitenden Beamten entfernt und ist sie während eines Teiles der eigentlichen Verhandlung nicht zugegen gewesen, so kann der Nichtigkeit des Testaments durch Wiederholung des in ihrer Abwesenheit Geschehenen vorgebeugt werden. In Fällen dieser Art wird sich eine genaue Feststellung des Herganges im Protokoll empfehlen.

c) Die Vorschrift des § 2239 ist **zwingenden Charakters**, während die Anwesenheit der Kontrollpersonen bei der Versiegelung des Testaments durch § 2246 nur instruktionell vorgeschrieben ist. Daß die Beobachtung des § 2239 im Protokolle besonders festgestellt wird, verlangt das Gesetz nicht (Oertel a. a. O.).

d) **Ein Wechsel in den Personen der Mitwirkenden** während der Testamentserrichtung ist nicht zulässig. Tritt z. B. an Stelle eines Zeugen ein anderer ein, so muß die Verhandlung von neuem beginnen (Jastrow in Z. f. CP. 34 S. 508ff.; Strohal § 21 Anm. 26; a. M. Dernburg § 32 Ziff. VII).

2. Zweifelhaft ist, ob die Vorschrift des § 2239 auch auf den nach § 2244 zugezogenen **Dolmetscher** zu beziehen ist. Aus der Stellung des § 2244 hinter dem § 2239 und daraus, daß der § 2239 im § 2244 nicht für anwendbar erklärt wird, ist die Verneinung der Frage zu folgern. Der E. I rechnete den Dolmetscher nicht zu den „mitwirkenden Personen" (§ 1916 Abs. 1) und übertrug das für letztere aufgestellte Erfordernis der Anwesenheit während der ganzen Verhandlung (§ 1915 Abs. 3) erst kraft besonderer Vorschrift auf den Dolmetscher (§ 1923 Abs. 2), was freilich die M. V S. 278 als ohne weiteres gerechtfertigt ansehen. In der zweiten Kommission war ein Antrag gestellt (P. II Bd. 5 S. 339f.), der das Zitat des § 1915 Abs. 3 (jetzt § 2239) bei den Vorschriften über den Dolmetscher streichen wollte. Eine ausdrückliche Beschlußfassung über diesen Punkt ist nicht erfolgt, es heißt vielmehr in den P. II Bd. 5 S. 341, der Entwurf sei in den fraglichen Bestimmungen (§ 1923 Abs. 1, 2) unbeanstandet geblieben. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß eine positive Vorschrift, die den § 2239 auf den Dolmetscher überträgt, im BGB. fehlt. Positiv ist nur bestimmt, daß der Dolmetscher das Protokoll unterschreiben muß (§ 2244 Abs. 3 Satz 2). Dies wird gleich der Unterzeichnung durch den Richter bzw. Notar und die Kontrollpersonen in Gegenwart des Erblassers und aller mitwirkenden Personen geschehen müssen. Im übrigen ist die Anwesenheit des Dolmetschers nur soweit erforderlich, als sie durch seine Aufgabe geboten ist. Er kann sich während der Verhandlung entfernen, solange seine Tätigkeit nicht in Anspruch genommen wird, z. B. wenn bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nur der eine Ehegatte eines Dolmetschers bedarf, während der Erklärung des anderen Teiles. Der Dolmetscher wirkt eben nicht bei dem ganzen Akte mit, sondern wird nur zu einem besonderen Zwecke zugezogen. Seine Unterschrift unter dem Protokolle (§ 2244 Abs. 3 Satz 2) hat nicht wie die der eigentlichen Aktspersonen (§ 2233) die Bedeutung einer Beglaubigung des ganzen Herganges, sondern sie deckt nur die auf ihn bezüglichen Teile des Protokolls. Eine sprachliche Andeutung dieses Unterschieds kann man darin erblicken, daß die im § 2233 genannten Kontrollpersonen „zur" Errichtung des Testaments zugezogen werden, der Dolmetscher aber nach § 2244 Abs. 1 Satz 1 „bei" der Errichtung zuzuziehen ist. Wie hier mit ausführlicher Begründung Jastrow I Anm. 4 zu § 2244; Frommhold Anm. 1 zu § 2244; vgl. auch Rausnitz Anm. 1, 3 zu § 174 des FGG.; a. M. Märcker S. 103; Oertel in CBl. f. FG. 1 S. 490ff.; Peiser S. 320 und anscheinend auch KG. 22 S. A 19 und Weißler S. 143, da diese den Dolmetscher zu den „mitwirkenden Personen" rechnen.

3. **Der Erblasser** gehört nicht zu den mitwirkenden Personen im technischen Sinne (Erl. 4 zu § 2233), auf ihn bezieht sich daher der § 2239 nicht (a. M. Wilke Anm. 4 zu § 2242); aus dieser Bestimmung kann also nicht die Notwendigkeit der Gegenwart des Erblassers bei der Vollziehung des Testamentsprotokolls durch die Urkundsperson und die Kontrollpersonen entnommen werden (s. Erl. 4d zu § 2242; RG. in JW. 1905 S. 24; Oertel a. a. O.). Wieweit es seiner Anwesenheit bei der Verhandlung bedarf, ergibt sich aus den einzelnen Vorschriften der §§ 2238, 2242—2245 (vgl. auch die Ordnungsvorschrift des § 2246) von selbst. Danach ist es durchaus zulässig, daß sich der kranke Erblasser zeitweilig entfernt oder daß sämtliche mitwirkenden Personen, etwa während der Niederschrift des Protokolls, zeitweilig das Krankenzimmer verlassen (Weißler S. 149). Anderseits ist es für erforderlich zu erachten, daß der Erblasser bei seiner mündlichen Erklärung (§ 2238) und bei der Vorlesung des Protokolls und dessen Genehmigung und Unterzeichnung durch ihn (§ 2242 Satz 1) in Gegenwart aller mitwirkenden Personen sich befinden muß, so daß diese ihn sehen und hören können, denn sonst sind die Mitwirkenden nicht bei der Verhandlung im Sinne des § 2239 zugegen (Dernburg § 32 Ziffer III). Ein in einem Brunnen Verschütteter kann also ein gerichtliches oder notarielles Testament nicht errichten (Jastrow Erl. 4 zu § 2239; Windscheid-Kipp Zus. I 3a zu § 545; a. M. Peiser § 7 Anm. 49; Boschan in DJZ. 1901 S. 476; s. auch Weyl das. S. 501).

§. 2240. Ueber die Errichtung des Testaments muß ein Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen werden.

---

4. Das gemeinrechtliche Erfordernis der **unitas actus** (Einheit der Verhandlung nach Ort und Zeit, vgl. Windscheid-Kipp III § 541 Anm. 7) ist in dem § 2239 nicht enthalten. Es sind vielmehr wie schon nach preuß. Rechte (ALR. I 12 § 150) Unterbrechungen der Verhandlung für sich allein unschädlich (Oertel in CBl. f. FG. 1 S. 488 ff.; Dernburg § 32 Ziffer V; Strohal § 21 Anm. 26). Natürlich hat der leitende Beamte dafür zu sorgen, daß das Geschäft, wenn nicht dringende Gründe eine Unterbrechung rechtfertigen, im Zusammenhang erledigt wird und daß, wenn sich eine Unterbrechung nicht vermeiden läßt, die Fortsetzung baldigst erfolgt. Ein Verstoß gegen diese sich aus der Natur der Sache ergebenden Ordnungsregeln beeinträchtigt jedoch die Gültigkeit des Testaments nicht, es sei denn, daß eine bloße Fortsetzung (nicht eine Wiederholung) der Verhandlung erst nach so langer Zeit erfolgt, daß der Erblasser und die mitwirkenden Personen keine klare Erinnerung an das früher Verhandelte mehr haben (Strohal a. a. O.; a. M. in dem letzten Punkte Dernburg § 32 Anm. 6). Daß vor dem Eintritte der Unterbrechung das Protokoll über den betreffenden Teil der Verhandlung abgeschlossen wird oder daß über diesen Teil der Verhandlung auch nur sogleich ein Protokoll aufgenommen wird, ist nicht notwendig. Die Aufstellung dieses Erfordernisses würde dazu führen, daß die Errichtung des Testaments in manchen Fällen, z. B. wenn der dem Tode nahe Erblasser wiederholt von langen Ohnmachtsanfällen betroffen wird, überhaupt nicht mehr möglich wäre. Dagegen wird es ratsam sein, den tatsächlichen Hergang im Protokolle möglichst genau festzustellen.

§ 2240.

E. I § 1919 Abs. 1; II § 2106 rev. § 2214; III § 2212. P. I S. 9797, 9800 ff.; M. V S. 271. P. II Bd. 5 S. 336 ff.

1. Die §§ 2240—2242 enthalten die allgemeinen Vorschriften über **das bei der Testamentserrichtung aufzunehmende Protokoll.** Der § 2240 bestimmt die Notwendigkeit und die Sprache des Protokolls, der § 2241 handelt von dem Inhalte (s. auch § 2242 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 2243 Abs. 2 Satz 1, § 2244 Abs. 3 Satz 1, § 2245 Abs. 2 Satz 1), der § 2242 von der Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls. Betreffs der außerordentlichen Testamentsformen s. § 2249 Abs. 1 Satz 2, § 2250 Abs. 2 Satz 1, 2; vgl. auch FGG. §§ 175 ff.; CPO. §§ 159 ff.; StPO. §§ 271 ff.

2. Die Aufnahme des Protokolls ist ein **wesentlicher Bestandteil** der Testamentserrichtung. Auch im Falle der Übergabe einer Schrift bedarf es eines förmlichen Protokolls und kann dieses nicht durch einen auf die Schrift gesetzten Beglaubigungsvermerk ersetzt werden (M. V S. 271). Die spätere Vernichtung des Protokolls steht, abgesehen von dem Falle des § 2255, der Fortgeltung des Testaments nicht entgegen (Erl. 5 zu § 2255).

Historisches über das Protokoll im allgemeinen s. bei Endemann III § 29 Anm. 16. Die allgemeinen Grundsätze über die Beurkundung von Erklärungen sind bei Jastrow I S. 28 ff. und bei Rausnitz S. 559 ff. zu § 176 des FGG. in eingehender Erörterung behandelt.

3. Gemäß der Vorschrift des FGG. § 8 und des GVG. § 186, wonach die **deutsche Sprache** die Gerichtssprache ist (vgl. Erl. 2 zu § 2238), ist vorgeschrieben, daß das Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen werden muß. Auch dieser Satz ist zwingenden Rechtes. Er gilt auch für die Testamentserrichtung eines der deutschen Sprache nicht mächtigen Erblassers (§ 2244 Abs. 2), ausgenommen den Fall des § 2245.

4. Über die **Herstellung des Protokolls** sind keine reichsgesetzlichen Vorschriften gegeben (M. V S. 262). Es kann von dem Gerichtsschreiber (zweiten Notar) selbständig aufgenommen oder aber ihm von dem Richter (beurkundenden Notar) diktiert werden, es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der die Verhandlung leitende Beamte selbst das Protokoll niederschreibt oder sich der Schreibhilfe eines nicht zu den mitwirkenden Personen gehörigen Dritten bedient; immer muß er aber das Protokoll verfassen und daher der deutschen Sprache mächtig sein (s. RG. 23 S. A 66). Sofern die allgemeinen Bestimmungen der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden eine einschlägige Vorschrift enthalten, bleibt sie nach EG. Art. 151 als Ordnungsvorschrift bestehen. Dieselben Bestimmungen sind auch maßgebend betreffs der Zulässigkeit der Benutzung gedruckter Formulare, die wohl überall gestattet sein wird (vgl. Erl. 1b zu § 2239).

§. 2241. Das Protokoll muß enthalten:

1. Ort und Tag der Verhandlung;
2. die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen;
3. die nach §. 2238 erforderlichen Erklärungen des Erblassers und im Falle der Uebergabe einer Schrift die Feststellung der Uebergabe.

---

§ 2241.

E. I § 1919 Abs. 2; II § 2107 verb. § 2215; III § 2213. P. I S. 9901 ff.; M. V S. 271 f. P. II Bd. 5 S 336 ff.

1. Der § 2241 bezeichnet denjenigen **Inhalt des Protokolls, welcher in allen Fällen** einer Testamentserrichtung in ordentlich öffentlicher Form **schlechthin notwendig ist.** Die Aufzählung ist jedoch nicht erschöpfend, insofern als auch der § 2242 im Abs. 1 Satz 2 eine Vorschrift von gleicher Bedeutung enthält. Notwendige Bestandteile des Protokolls, die nur in besonderen Fällen in Betracht kommen, sind im § 2242 Abs. 2, § 2243 Abs. 2 Satz 1, § 2244 Abs. 3 Satz 1, § 2245 Abs. 2 Satz 1 enthalten. Wegen der Geltung des § 2241 bei den außerordentlichen Testamentsformen s. § 2249 Abs. 1 Satz 3, § 2250 Abs. 2 Satz 2; betreffs des Erbvertrags vgl. § 2276 Abs. 1. Für die Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden gelten die wesentlich gleichartigen Vorschriften des FGG. § 176 Abs. 1.

2. **Die Angabe des Orts- und Zeitdatums** (Nr. 1) ist wie bei dem eigenhändigen Testamente wesentliches Erfordernis (RG. 50 S. 215). Der Errichtungsort kann für die Gültigkeit des Testaments von entscheidender Bedeutung sein wegen der Frage, ob der Richter oder Notar für die Aufnahme von Testamenten sachlich zuständig ist (EG. Art. 141, 151, vgl. Erl. I 4 zu § 2231; betreffs der örtlichen Zuständigkeit s. ebendort Erl. I 3a). Die Zeit der Testamentserrichtung ist von wesentlicher Bedeutung für die Geschäftsfähigkeit des Erblassers, für die Auslegung des Testaments, für das Verhältnis mehrerer Testamente zueinander und bei den außerordentlichen Testamentsformen auch für die Dauer der Gültigkeit (§ 2252).

a) An welcher Stelle das Datum angegeben ist, ob im Eingang, im Texte oder am Schlusse des Protokolls, ist unerheblich (s. Erl. II 4a zu § 2231).

b) Betreffs der **Art, wie das Orts- und Zeitdatum ausgedrückt sein kann,** gilt das gleiche wie für das eigenhändige Testament (s. Erl. II 4b zu § 2231), doch bringt der äußere Hergang bei der Errichtung öffentlicher Urkunden und der dabei übliche Stil es mit sich, daß die dort möglichen ungewöhnlichen Formen hier praktisch nicht in Betracht kommen.

c) **Daß Ort und Zeit richtig anzugeben ist,** versteht sich hier, wo es sich um die öffentliche Beurkundung eines tatsächlichen Herganges handelt, von selbst (wegen des eigenhändigen Testaments s. Erl. II 4f zu § 2231); eine irrige Angabe hat jedoch die Nichtigkeit des Testaments noch nicht zur Folge, denn die sachliche Richtigkeit der Beurkundung hat mit der Frage ihrer formellen Gültigkeit nichts zu tun (s. Weißler in Z. d. DNotVer. 1907 S. 264 ff.; das. 1901 S. 316 f., 1904 S. 115 f.; Hölder in Iherings Jahrb. 50 S. 286 f.; Strohal § 21 Anm. 35; Meyer § 27 Anm. 35; Josef Erl. 2 zu § 176 FGG. und in Bl. f. RAnw. 1906 S. 700; a. M. KG. 31 S. A 103; Rspr. 2 S. 119; Mantey in Gruch. 43 S. 646; Jastrow Erl. 9 zu § 176 FGG.; Herzfelder Erl. II 1; Windscheid-Kipp Zus. I 2c zu § 545; Gößler a. a. O. (oben S. 620) S. 9; a. M. auch Dernburg § 33 Ziffer III 1 und in DJZ. 1904 S. 5 f., sofern es sich nicht um Schreibfehler handelt, die aus der Testamentsverhandlung selbst berichtigt werden können).

3. **Bezeichnung des Erblassers und der mitwirkenden Personen** (Nr. 2). Daß die Person des Erblassers aus dem Protokoll ersichtlich sein muß, folgt aus dem Zwecke des Geschäfts, aber auch die individuelle Bezeichnung der mitwirkenden Personen (Erl. 4 zu § 2233) entspricht dem Wesen der öffentlichen Beurkundung.

a) Die Bezeichnung dieser Personen muß **im Texte des Protokolls** erfolgen, wenn auch lediglich an der Seite desselben, sofern nur ein solcher räumlicher Zusammenhang mit dem übrigen Teile des Textes besteht, daß die Zusammengehörigkeit außer Zweifel ist und die Bezeichnung von der Feststellung der Vorlesung und Genehmigung und von den Unterschriften gedeckt wird (Rspr. 10 S. 319). Die bloße Unterschrift genügt dagegen nicht. Die Unterschrift der mitwirkenden Personen kann aber zur Erläuterung der Bezeichnung im Texte herangezogen werden; so genügt z. B. die Fassung „die unterzeichneten Gerichtspersonen" im Texte im

Zusammenhange mit den Unterschriften (RG. 50 S. 16; KG. 23 S. A 168; Rspr. 2 S. 139, 6 S. 347; Strohal § 21 Anm. 37; s. auch Josef in JW. 1904 S. 444, 532, 534f.; a. M. Jastrow Erl. 7c zu § 176 FGG.; Josef Erl. 3 das.).

b) Art der Bezeichnung. Der E. I verlangte die Angabe des Namens, obwohl die M. V S. 272 sagen, daß es genüge, wenn die Persönlichkeit in irgend einer Weise festgestellt werden könne. Die zweite Kommission hat es für bedenklich gehalten, die Angabe des Namens als einziges und notwendiges Mittel zur Feststellung der Persönlichkeit hinzustellen, weil es im Leben aus mancherlei Gründen, z. B. bei unehelichen Kindern, bei Besitzern eines Hofes, bei Schriftstellern und Künstlern, nicht selten vorkomme, daß jemand einen anderen als den ihm rechtlich zustehenden Familiennamen führe und daher ein unrichtiger Name auch bei einer öffentlichen Beurkundung leicht einmal unterlaufen könne (P. II Bd. 5 S. 337; vgl. RJA. 6 S. 261). Nach dieser Begründung hat zwar zunächst nur ausgeschlossen werden sollen, daß aus der Anführung eines unrichtigen Namens die Nichtigkeit des Testaments hergeleitet werden könnte. Wenn aber die Anführung eines unrichtigen Namens die Nichtigkeit nicht zur Folge haben soll, kann diese auch nicht daraus hergeleitet werden, daß ein Name überhaupt nicht genannt ist, sofern nur die Persönlichkeit in anderer Weise so genügend bezeichnet ist, daß die Identität festgestellt werden kann. Für diese Auffassung spricht der Wortlaut des Gesetzes und es dürfte daher nicht zulässig sein, die Anführung irgendeines wenn auch unrichtigen Namens als wesentlich zu erfordern (s. Erl. 3a; Dernburg § 33 Ziff. III 2; a. M. Jastrow Erl. 6a, 9 zu § 176 FGG.; Josef Erl. 3 zu § 176 und in JW. 1904 S. 443, 532). Gegen die Zulässigkeit des Gebrauchs eines Pseudonyms v. Staudinger Bl. f. RAnw. 62 S 165, 63 S. 203; s. dagegen Strohal § 21 Anm. 36; Frommhold Anm. b. Richtig ist, daß der Gebrauch eines solchen Namens in einer öffentlichen Urkunde ordnungshalber unterbleiben oder doch nur neben dem wirklichen Namen erfolgen soll, die Gültigkeit des Testaments wird jedoch durch die mißbräuchliche Verwendung des Pseudonyms nicht berührt. Vgl. im übrigen noch Jastrow a. a. O. Erl. 6, 7, 9.

Nicht notwendig, aber zur Unterscheidung des Bezeichneten häufig zweckdienlich ist die Angabe des Wohnorts (in größeren Städten auch Straße und Hausnummer). Auch der Amtssitz und die Staatszugehörigkeit der beurkundenden Beamten braucht nicht notwendig aus dem Protokoll ersichtlich zu sein (s. M. V S. 272).

Was die Eigenschaft anbetrifft, in der die mitwirkenden Personen tätig sind, so ist abweichend vom E. I eine ausdrückliche Angabe darüber nicht für wesentlich erklärt, weil sich die Art der Mitwirkung in der Regel schon aus der Bezeichnung der Personen (Beruf, Titel), aus der Stellung der Unterschriften und aus etwaigen Zusätzen zu denselben sowie aus dem Zusammenhange des ganzen Protokolls wird entnehmen lassen (a. M. RG. 50 S. 16). Natürlich verdient eine ausdrückliche Angabe, insbesondere im Falle der Mitwirkung zweier Notare eine deutliche Unterscheidung zwischen dem beurkundenden und dem zweiten Notar, den Vorzug.

Wegen des Vermerkes über die Feststellung der Persönlichkeit des Erblassers s. FGG. § 176 Abs. 3 (Erl. 1 zu § 2232). In welcher Weise der die Verhandlung leitende Beamte sich über die Persönlichkeit der zugezogenen Personen, insbesondere der Zeugen, Gewißheit verschafft hat, braucht im Protokolle nicht angegeben zu werden (Jastrow Erl. 10 zu § 173 FGG.; vgl. auch Vorbm. 4 zu den §§ 2234—2237).

4. Der Hergang bei der Testamentserrichtung muß im Protokoll insoweit festgestellt werden (Nr. 3), als es sich um die nach § 2238 wesentlichen Akte handelt.

a) Es ist daher im Falle der Testamentserrichtung durch mündliche Erklärung der Inhalt des mündlich erklärten letzten Willens aufzuzeichnen. Wortgetreue Wiedergabe ist natürlich nicht notwendig, doch wird es oft zweckmäßig sein, die Ausdrucksweise des Erblassers möglichst beizubehalten.

b) Im Falle der Übergabe einer Schrift muß einmal die Tatsache der Übergabe (s. Jastrow Erl. 6a zu § 2241) und sodann die Abgabe der Erklärung festgestellt werden, daß die Schrift den letzten Willen des Erblassers enthalte; der Gebrauch bestimmter Worte wird hierbei aber nicht gefordert (Rspr. 10 S. 309). Diese Feststellungen sind um so wichtiger, als die Schrift von dem Erblasser nicht unterschrieben zu sein braucht (Erl. 3b zu § 2238). Einer Feststellung darüber, ob die Schrift offen oder verschlossen übergeben worden ist, bedarf es nicht (vgl. P. II Bd. 5 S. 333; a. M. anscheinend Frommhold Anm. c), ebensowenig eines Vermerkes auf der Schrift (Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1902 S. 480). Beides ist jedoch zweckmäßig (Jastrow Erl. 6b zu § 2241). Daß die übergebene Schrift dem Protokoll als

§. 2242. Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden. Im Protokolle muß festgestellt werden, daß dies geschehen ist. Das Protokoll soll dem Erblasser auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden.

Erklärt der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt.

Das Protokoll muß von den mitwirkenden Personen unterschrieben werden.

Anlage beizufügen ist, versteht sich von selbst und ergibt sich auch aus § 2246. Die Schrift bildet jedoch nicht einen Teil des Protokolls im Sinne des § 176 Abs. 2 FGG., sie ist daher, auch wenn sie offen überreicht wird, nicht mit zu verlesen (vgl. Erl. 3a, 3e zu § 2238; RG. 54 S. 195, 61 S. 145; Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1902 S. 479; Weißler S. 149; Jastrow Erl. 8b zu § 2238). Sie nimmt aber teil an dem Charakter des Testaments als einer öffentlichen Urkunde (s. Erl. 3e zu § 2238) und ist selbstverständlich in die nach § 2264 zu erteilende Abschrift des Testaments einzubeziehen.

§ 2242.

E. I § 1919 Abs. 3, 4, § 1920; II § 2108 rev. § 2216; III § 2214. M. I S. 9801 ff., 9811 f., 9816, 9820; M. V S. 272 ff. P. II Bd. 5 S. 336 ff.

1. Der § 2242, zu welchem der § 177 des FGG. zu vergleichen ist, enthält die Vorschriften über die **Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls.** Abgesehen von dem Abs. 1 Satz 3, der sich als bloße Ordnungsvorschrift darstellt, sind alle einzelnen Sätze des § 2242 **zwingender Natur.**

2. **Zum Abs. 1** ist zu bemerken:

a) **Die Vorlesung** des Protokolls erfolgt gegenüber dem Erblasser und den mitwirkenden Personen (M. V S. 273), mithin auch dann, wenn der Erblasser taub ist (s. Erl. 4b zu § 2243). Verzicht auf das Vorlesen ist unstatthaft; auch der Umstand, daß das Protokoll in Gegenwart des Erblassers laut diktiert ist, macht das Vorlesen nicht entbehrlich. Wer vorliest, ist gleichgültig (vgl. Erl. 4 zu § 2240; Jastrow Erl. 4 zu FGG. § 177).

Vorzulesen ist nicht nur die Erklärung des Erblassers, sondern, wie sich aus dem Zusammenhange der Vorschriften des § 2242 mit denen des § 2241 ergibt, der gesamte im § 2241 bezeichnete Inhalt des Protokolls, also insbesondere auch die Angaben über Ort und Tag (RG. 50 S. 215; RJA. 5 S. 45; CBl. f. FG. 2 S. 480; Josef in JW. 1904 S. 534 f.; a. M. Güthe in CBl. f. FG. 2 S. 614 ff.). Feststellungen, die nicht zu diesem Inhalte gehören, z. B. im Falle des § 2245 die Bemerkung, daß sofort eine Übersetzung des Testaments angeordnet und dem Protokoll als Anlage beigefügt worden sei, sowie Vermerke über die Art der Identitätsfeststellung oder über die Geschäftsfähigkeit des Erblassers, bedürfen keiner Vorlesung (RJA. a. a. O.). Über die Frage, ob die im § 2242 Abs. 2 und im § 2249 Abs. 2 vorgeschriebenen Feststellungen verlesen werden müssen, s. Erl. 3c zu § 2242, Erl. 4 zu § 2249. Vgl. ferner Erl. 6 zu § 2244.

b) **Die Genehmigung** des Protokolls durch den Erblasser, in der insbesondere auch die Versicherung liegt, daß der Erblasser dem Erklärten nichts weiter hinzuzufügen habe, ist an keine besondere Form gebunden. Aus § 2243 Abs. 2 Satz 2 ist allerdings zu entnehmen, daß sie als eine mündliche Erklärung gedacht ist. In Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift kann aber die mündliche Erklärung nicht als zur Gültigkeit des Testaments unerläßlich angesehen werden, vielmehr wird sich der Richter unter Umständen, z. B. bei schon weit vorgeschrittener Schwäche, auch mit einem bloßen Kopfnicken begnügen können (s. Jastrow Erl. 2 zu 2242; Rausnitz S. 568). Die Unterschrift des Erblassers allein genügt dagegen nicht, die Genehmigung ist neben ihr vorgeschrieben (CBl. f. FG. 2 S. 480; s. Erl. 2d).

c) **Die Unterschrift des Erblassers,** die nach der Auffassung des Lebens die endgültige Bestätigung der Genehmigung bildet, muß eine *eigenhändige* d. h. durch eigene Schreibtätigkeit des Erblassers (sei es mit der Hand, sei es mit anderen Gliedmaßen, Rausnitz S. 569) hergestellte sein (vgl. Erl. II 2a zu § 2231).

Erforderlich ist die Unterschrift mit dem *Namen*; das in Erl. II 3a, b zu § 2231 über die Unterschrift des eigenhändigen Testaments Gesagte gilt auch hier (s. auch Erl. 3 zu § 2241). Als *Schriftzeichen* für die Unterschrift sind jedoch, anders als bei dem eigenhändigen Testamente, gemäß § 2240 nur deutsche oder lateinische zuzulassen (Jastrow Erl. 7d zu § 177 FGG.; a. M.

Peiser S. 328). Vgl. auch Bayer. ObLG. 7 S. 400, wonach weder die Abkürzung des Vornamens noch die Undeutlichkeit eines Teiles der Unterschrift diese unwirksam macht. Daß der zur Unterschrift verwendete Name mit der Bezeichnung des Erblassers im Texte des Protokolls übereinstimmt, ist nicht vorgeschrieben; es muß genügen, wenn sich die Identität des Unterzeichners mit dem im Texte bezeichneten aus dem Protokoll ergibt (vgl. Josef Erl. 7 zu FGG. § 177 und im Arch. f. civ. Pr. 100 S. 439ff.; anders die frühere Aufl.; Jastrow Erl. 7b zu FGG. § 177).

Hinsichtlich der Stelle der Unterschrift des Erblassers vgl. Erl. 2d und 4a.

Auch ein blinder Erblasser, der schreiben kann, muß unterschreiben (M. I S. 188; Josef in Z. d. DNotVer. 1905 S. 345ff.; Jastrow Erl. 7e a. a. O.; a. M. weil die Unterschrift eines Blinden den Funktionen der Unterschrift nicht gerecht werden könne, Schultze-Görlitz in CBl. f. FG. 7 S. 468ff.; Pignol in DJZ. 1904 S. 737).

d) Die im Satz 2 vorgeschriebene Feststellung der zu a—c bezeichneten Tatsachen ist von ebenso zwingender Natur wie die Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls selbst (RG. 50 S. 215; CBl. f. FG. 2 S. 480; Rspr. 11 S. 247). Sie kann daher nicht durch einen anderweitigen Beweis jener Tatsachen ersetzt werden (P. II Bd. 5 S. 345; JW. 1904 S. 208; Rspr. 6 S. 315). Selbst das Vorhandensein der unbestrittenen echten Unterschrift des Erblassers unter dem Protokolle macht die Feststellung, daß das Protokoll vom Erblasser unterschrieben ist, nicht entbehrlich (vgl. Eichhorn S. 122) und das Fehlen der ausdrücklichen Feststellung der Genehmigung macht das Testament selbst dann nichtig, wenn sich aus der Feststellung der Vorlesung und der eigenhändigen Unterzeichnung die Genehmigung folgern läßt (JW. 1904 S. 208; Rspr. 6 S. 315; CBl. f. FG. 2 S. 480).

Die Fassung des Feststellungsvermerkes anlangend, so muß, wenn es auch ratsam und angemessen ist, die Feststellung mit voll ausgeschriebenen und jeden Zweifel ausschließenden Worten zu treffen, die abgekürzte Form „v. g. u." zur Gültigkeit des Testaments für ausreichend erachtet werden, da sie bei ihrer häufigen Anwendung im Publikum allgemein verstanden wird und, wo dies einmal nicht der Fall sein sollte, unschwer die nötige Aufklärung erlangt werden kann (RG. 53 S. 150; KG. 25 S. A 53; Güthe in CBl. f. FG. 2 S. 611; Fuchs das. 4 S. 815). Daß die Unterschrift des Erblassers eine eigenhändige ist, braucht nicht besonders erwähnt zu werden (KG. 20 S. A 128; Rspr. 11 S. 247; Güthe a. a. O. S. 606ff.; Fuchs a. a. O.; a. M. Jastrow Erl. 9 zu FGG. § 177). Da der Gebrauch bestimmter Worte nicht vorgeschrieben ist, genügt ein Vermerk, daß „das Testament" oder „die Verhandlung" (statt: das Protokoll) vorgelesen ist, und auch die Feststellung, daß das Testament „dem Erblasser" vorgelesen sei, ist von der Praxis mit Recht für ausreichend erklärt, denn mit dieser Vorlesung vollzog sich von selbst auch die für die mitwirkenden Personen (RG. 50 S. 23; RG. im Recht 1907 S. 1324; Rspr. 10 S. 309; a. M. Jastrow a. a. O.).

Die Stellung des Feststellungsvermerkes muß eine derartige sein, daß aus ihr die Vorlesnng und Genehmigung des gesamten, der Vorlesung bedürftigen Protokollinhalts (s. Erl. 2a) erhellt; sie muß daher ebenso wie die Unterschrift (s. Erl. II 3c zu § 2231) diesem Protokollinhalte räumlich nachfolgen, da sich die Genehmigung nur auf das Vorausgegangene erstreckt. Daher ist ein Testament nichtig, in dem die Angabe von Ort und Zeit der Feststellung der Vorlesung und Genehmigung nachfolgt (CBl. f. FG. 2 S. 480; vgl. RG. 50 S. 215, 63 S. 33; Güthe in CBl. f. FG. 2 S. 617ff.; a. M. Josef das. 5 S. 483ff., weil die Urkunde ein Ganzes sei und daher nicht in Betracht komme, wann die einzelnen Teile geschrieben und wie sie räumlich gestellt seien, und Jastrow in Z. d. DNotVer. 1904 S. 397ff.). Was ferner die Stellung der Feststellung zu der Unterschrift des Erblassers anlangt, so war in der früheren Auflage aus dem Wortlaute des Gesetzes, wonach die Feststellung „im Protokolle" erfolgen muß und „das Protokoll" vorzulesen, zu genehmigen und zu unterschreiben ist, gefolgert worden, daß auch der Feststellungsvermerk mit vorzulesen, zu genehmigen und zu unterschreiben sei, daß also die Unterschrift des Erblassers der Feststellung nachfolgen müsse sowie daß zwischen dieser Unterschrift und derjenigen der Urkundspersonen, die nach Abs. 3 ebenfalls „das Protokoll" zu unterschreiben haben, nichts oder nur rechtlich unerhebliche Vermerke stehen dürften (ebenso früher das RG. in JW. 1905 S. 541; Peiser in Z. d. DNotVer. 1904 S. 617; Jastrow Erl. 8 zu FGG. § 177; Josef Erl. 9b das.). Diese Ansicht ist aber von dem RG. 62 S. 1, 63 S. 31 mißbilligt worden. Das RG. ist der Meinung, daß die Unterschrift des Erblassers dem Feststellungsvermerke zwar nachfolgen dürfe, aber nicht nachfolgen müsse; daß die amtliche, vorzugsweise das Verhalten des Erblassers mit öffentlichem Glauben

bestätigende Feststellung wiederum ihrerseits einer Bestätigung durch den Erblasser bedürfe und diese Bestätigung denselben Formerfordernissen der Verhandlung und Beurkundung unterliegen solle, erscheine schon aus dem Grunde nicht annehmbar, weil ein Abschluß der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sich streng genommen dann überhaupt nicht erreichen ließe; unter dem Protokoll im Sinne des § 2242 sei nicht die fertige, sondern die in der fortschreitenden Entwicklung begriffene Urkunde zu verstehen und der Abs. 1 Satz 1 sei nur auf den in der unmittelbar vorangehenden Vorschrift des § 2241 bezeichneten Inhalt des Protokolls zu beziehen, der Feststellungsvermerk bilde daher sowie nach dem Zwecke der Vorschrift nicht einen Teil des nach Satz 1 zu verlesenden und von dem Erblasser zu genehmigenden und zu unterzeichnenden Protokolls (ebenso SeuffA. 57 S. 253; Rspr. 7 S. 138; s. auch Güthe in CBl. f. FG. 2 S. 612ff., 617ff.). Diesen Ausführungen gegenüber wird die früher vertretene abweichende Ansicht nicht aufrechterhalten.

c) Die Vorschrift des Satz 3, daß das Protokoll dem Erblasser **auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden soll**, beruht auf der Erwägung, daß nicht jeder imstande ist, der Vorlesung einer Urkunde derartig zu folgen, um sich über die Bedeutung und Tragweite des Gehörten völlig klar zu werden. Die Vorlegung, die einer Feststellung im Protokolle nicht bedarf, kann das Vorlesen (oben zu a) nicht ersetzen. Der Charakter des Satz 3 als einer bloßen Ordnungsvorschrift und das Erfordernis eines besonderen Verlangens des Erblassers ist im BGB. auch für den Fall festgehalten, daß der Erblasser taub ist (M. V S. 275 f.). Für Preußen ist jedoch die auf Grund des EG. Art. 151 und des FGG. § 200 betreffs der gerichtlichen und notariellen Beurkundung von Rechtsgeschäften allgemein aufgestellte Ordnungsvorschrift zu beachten, daß das Protokoll einem tauben Beteiligten auch ohne besonderes Verlangen zur Durchsicht vorgelegt, im Falle der Lesensunkunde eine Vertrauensperson zugezogen und die Befolgung dieser Bestimmungen im Protokolle festgestellt werden soll (preuß. FGG. Art. 41). Für Bayern s. GeschäftsO. für die Notariate v. 24. Dezember 1899 § 233.

3. Für den Fall der **Schreibunfähigkeit des Erblassers** ist im Abs. 2 eine Bestimmung getroffen, die mit dem FGG. § 177 Abs. 2 in Übereinstimmung steht, aber von den für die schriftliche Form und die öffentliche Beglaubigung geltenden Vorschriften (§§ 126, 129) sowie auch von der bisher bei der öffentlichen Beurkundung zumeist bestehenden Übung abweicht. Danach ist ein Handzeichen des Erblassers weder erforderlich noch ausreichend, vielmehr wird die Unterschrift durch die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, und durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt.

a) **Auf welchem Grunde die Schreibunfähigkeit beruht**, ob der Erblasser das Schreiben nicht erlernt oder wieder verlernt hat oder ob er infolge einer Verstümmelung, Verletzung, von Krankheit oder Schwäche nicht zu schreiben vermag, begründet keinen Unterschied; erforderlich ist aber subjektives Unvermögen, objektive Hinderungsgründe kommen nicht in Betracht (s. Windscheid-Kipp Zus. I 3a zu § 545; Weyl in DJZ. 1901 S. 501; a. M. bezüglich Verschütteter Boschan das. S. 476; Peiser § 7 Anm. 49). Wer seinen Namen, wenngleich nichts anderes, zu schreiben versteht, fällt nicht unter die Vorschrift (vgl. Rausnitz S. 569).

b) **Die Erklärung des Erblassers** muß dahin lauten, daß er nicht schreiben oder auch daß er nicht unterschreiben (Rspr. 14 S. 305) könne; bloßes Nichtwollen reicht nicht aus, auch wenn es nicht auf Laune, sondern (wie z. B. bei einem Juden am Sabbat) auf bestimmten Gründen beruht. Ob die Erklärung der Wahrheit entspricht, ist für die Gültigkeit des Testaments unerheblich; der Beweis, daß der Erblasser tatsächlich habe schreiben können, ist ausgeschlossen (M. V S. 273). Andererseits reicht die objektive Feststellung, daß der Erblasser nicht schreiben könne, ohne eine dahin gehende Erklärung des Erblassers nicht aus (KG. 20 S. A 130, 26 S. A 42; Bayer. ObLG. 7 S. 400; SeuffA. 60 S. 27; CBl. f. FG. 3 S. 721; Fuchs das. 4 S. 811; a. M. Schwarz im Recht 1903 S. 572; Leschinsky in DJZ. 1904 S. 241; Dernburg § 33 Ziff. IV 5) und eine nachträgliche dienstliche Äußerung der Urkundsperson, daß diese Feststellung auf einer Erklärung des Erblassers beruhe, oder ein sonstiger Beweis dieser Tatsache heilt diesen Mangel der Urkunde nicht (KG. 26 S. A 42). Es ist daher nur die Abgabe der Erklärung, nicht die Richtigkeit ihres Inhalts, auch nicht notwendig der wahre oder angebliche Grund der Behinderung festzustellen. Die neuere Rechtsprechung verlangt aber nicht eine ausdrückliche Feststellung der Erklärung des Erblassers, sondern hält es für genügend, wenn seine Erklärung, nicht schreiben zu können, überhaupt aus dem Protokolle zu entnehmen ist, z. B. durch die Feststellung der Genehmigung des die objektive Feststellung des Unvermögens enthaltenden Textes des Testaments oder durch die Feststellung, daß der Erblasser, weil des Schreibens

unkundig, das Protokoll mit seinem Handzeichen versehen habe, oder durch den Vermerk: „Der Erblasser hat nicht unterschrieben, weil er des Schreibens unkundig sei" (RG. 56 S. 366, 65 S. 372; RJA. 5 S. 48; CBl. f. FG. 6 S. 418; Bayer. ObLG. 8 S. 28; abw. KG. 20 S. A 130; CBl. f. FG. 3 S. 721; SeuffA. 60 S. 27).

c) **Die Vorlesung und Genehmigung** dieser Feststellung wird von der Rechtsprechung (RG. 63 S. 31; RSpr. 7 S. 138; SeuffA. 61 S. 200; Z. d. DNotVer. 1904 S. 279, 1906 S. 279; ebenso Weißler das. 1904 S. 282f.) nicht für erforderlich gehalten, weil sie ein Zeugnis ist, dessen Aussteller die mitwirkenden Personen allein sind und dessen Vollwirksamkeit das Gesetz an die Bedingung einer hinzukommenden Bestätigung durch den Erblasser nicht gebunden hat. Es gilt von dieser Feststellung dasselbe wie von der im Abs. 1 vorgeschriebenen Feststellung der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Erblassers (s. Erl. 2d; a. M. die frühere Aufl., Fuchs in CBl. f. FG. 5 S. 123ff.; Jastrow Erl. 15f. zu FGG. § 177; s. auch Josef in CBl. f. FG. 5 S. 483ff.; Jastrow in Z. d. DNotVer. 1904 S. 397ff.).

4. **Die Unterschrift der mitwirkenden Personen** (Abs. 3) bildet den Abschluß der wesentlichen Förmlichkeiten des Errichtungsakts und die urkundliche Bezeugung des protokollierten Herganges. Daraus folgt:

a) Die Unterschrift muß **den Schluß des Protokolls** bilden, also räumlich so zu dem Protokollinhalte stehen, daß dieser dadurch gedeckt wird (s. Erl. II 3c zu § 2231). Dies war im E. I besonders ausgesprochen, im BGB. ist es äußerlich nur aus der Stellung des Abs. 3 zu entnehmen. Zu dem zu unterschreibenden Protokollinhalte gehört auch die Unterschrift des Erblassers; denn deren Vollziehung in Gegenwart der Mitwirkenden wird durch die Unterschrift der letzteren bezeugt. Die Unterschrift der mitwirkenden Personen muß daher, wenn auch nicht notwendig räumlich tiefer, so doch derartig zu der des Erblassers stehen, daß auch diese nach der Verkehrsauffassung durch jene gedeckt wird (Cordes in DJZ. 1906 S. 476; Jastrow Erl. 22a zu FGG. § 177; Windscheid-Kipp Zus. I 2c zu § 545; a. M. KG. 32 S. A 94; RSpr. 10 S. 311, wonach unter dem Protokoll im Abs. 3 nur der Text der Urkunde, nicht die Unterschrift des Erblassers zu verstehen ist; ebenso Josef Erl. 20 zu FGG. § 177; Dernburg § 33 Anm. 21). In welcher Reihenfolge untereinander die mitwirkenden Personen unterschreiben, ist unerheblich (s. Jastrow a. a. O.).

b) Die Unterschrift der mitwirkenden Personen muß wie die des Erblassers (oben Erl. 2c) eine **eigenhändige** sein. Stellt sich heraus, daß ein Mitwirkender (Zeuge) soweit schreibensunkundig oder schreibensunfähig ist, daß er nicht einmal seinen Namen schreiben kann, so bleibt nichts übrig, als den ganzen Akt unter Zuziehung einer anderen Person zu wiederholen (s. § 2239 und Erl. 3 zu § 2233). Die Unterschrift der mitwirkenden Personen kann weder durch eine Feststellung nach Abs. 2 noch durch ein Handzeichen ersetzt werden (M. V S. 273f.; Weißler S. 146). Unlesbarkeit der Unterschrift schadet nicht (s. Erl. II 3b zu § 2231, 2c zu § 2242).

c) Hinsichtlich des **Namens**, mit dem die Mitwirkenden unterschreiben müssen, und der **Schriftzeichen** gilt dasselbe wie von der Unterschrift des Erblassers (Erl. 2c). Die Beifügung des Amtscharakters ist nicht notwendig (s. Erl. 3 zu § 2241). Daß die Unterschrift eines Notars der von ihm auf Grund landesgesetzlicher Vorschrift (preuß. FGG. Art. 81 Abs. 2) der vorgesetzten Behörde eingereichten Unterschrift völlig entspricht, ist nicht wesentlich (s. Jastrow a. a. O. Erl. 23).

d) Zweifelhaft ist, ob die Gültigkeit des Testaments dadurch bedingt ist, daß **der Erblasser die Unterzeichnung des Protokolls seitens aller mitwirkenden Personen noch in geschäftsfähigem Zustand erlebt.** Die M. V S. 274 bejahen die Frage, indem sie aus allgemeinen Grundsätzen ableiten, daß der Erblasser die Vornahme der sämtlichen erforderlichen Förmlichkeiten erlebt haben müssen. In dem gleichen Sinne entscheiden sich Cosack II § 354 Ziff. II 3: Märcker S. 98; Meyer § 27 Anm. 44; Peiser § 7 Anm. 72; Herzfelder Erl. IV. Die Frage dürfte jedoch zu verneinen sein. Wenn die Testamentserrichtung auch ein Rechtsgeschäft des Erblassers ist und ihren Abschluß erst in der Unterschrift der mitwirkenden Personen findet, so läßt sich doch aus allgemeinen Grundsätzen nicht ableiten, daß der Erblasser einen Akt erlebt haben müsse, der sich nur als eine nicht ihm gegenüber vorgenommene und lediglich die Feststellung des gewonnenen Ergebnisses bezweckende Handlung der Urkundspersonen darstellt. Die Vollziehung des Protokolls durch die Urkundspersonen gehört zwar noch zur Verhandlung im Sinne des § 2239. Da aber diese Vorschrift für den Erblasser überhaupt nicht gilt (Erl. 3 zu § 2239), so schadet der frühere Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit eben-

§. 2243. Wer nach der Ueberzeugung des Richters oder des Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist, kann das Testament nur durch Uebergabe einer Schrift errichten. Er muß die Erklärung, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte, bei der Verhandlung eigenhändig in das Protokoll oder auf ein besonderes Blatt schreiben, das dem Protokoll als Anlage beigefügt werden muß.

Das eigenhändige Niederschreiben der Erklärung sowie die Ueberzeugung des Richters oder des Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, muß im Protokolle festgestellt werden. Das Protokoll braucht von dem Erblasser nicht besonders genehmigt zu werden.

---

sowenig wie die bloße Entfernung des Erblassers aus dem Raume, in welchem die Verhandlung stattfindet. Die gegenteilige Ansicht würde auch praktisch zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, da nicht allein in einzelnen Fällen einer theoretischen Folgerung zuliebe ein der Sache nach vollständiges Testament hinfällig werden, sondern auch die nicht selten vorhandene Schwierigkeit, den Augenblick, in welchem der Tod eingetreten oder das Bewußtsein geschwunden ist, genau zu bestimmen, eine unerwünschte Rechtsunsicherheit zur Folge haben würde (ebenso Jastrow Erl. 9 zu § 2242; Windscheid-Kipp Zus. I 2c zu § 545; Dernburg § 33 Anm. 22; Strohal § 21 Anm. 43).

§ 2243.

E. I § 1921; II § 2109 rev. § 2217; III § 2215. P. I S. 9741 f., 9744 ff., 9800 ff., 9812 ff.; M. V S. 276 f. P. II Bd. 5 S. 339. D. S. 736. RG. S. 2105.

1. Testamente stummer oder sonst am Sprechen verhinderter Erblasser. Der § 2243 beschränkt einen Erblasser, der nicht sprechen kann, auf eine der beiden im § 2238 bestimmten Formen der Testamentserrichtung, nämlich auf die Übergabe einer Schrift, und paßt diese Form den Verhältnissen des Erblassers an, indem er die mündliche Erklärung, daß die Schrift den letzten Willen enthalte, durch eine schriftliche Erklärung dieses Inhalts ersetzt. Wer sich der Testamentsform der Übergabe einer Schrift nicht zu bedienen vermag, kann auch nicht nach § 2243 testieren. Insbesondere gilt dies für einen Minderjährigen. Testamentserrichtung durch Zeichen, auch in einer besonders ausgebildeten Zeichensprache und unter Zuziehung eines sachverständigen Dolmetschers, ist unzulässig (M. V S. 251, 276, vgl. Erl. 2 zu § 2238; Frommhold Anm. 2 zu § 2238 und wegen des bisherigen Rechtes Meischeider S. 40 Anm. 10). Die einschlägigen Vorschriften des GVG. § 188 und des FGG. § 178 bleiben bei der Testamentserrichtung außer Anwendung. Dieser Grundsatz führt in Verbindung mit den Vorschriften des § 2238 Abs. 2 und des § 2247 zu dem Ergebnisse, daß Personen, die minderjährig sind oder Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, bei hinzutretender Behinderung am Sprechen ein Testament überhaupt nicht errichten können. In der gleichen Lage befindet sich der am Sprechen Verhinderte, wenn er (gleichviel aus welchem Grunde) nicht schreiben kann, da ihm dieser Mangel sowohl die eigenhändige Testamentsform als auch die Form nach § 2243 verschließt (Rspr. 2 S. 448; vgl. hierzu Erl. 3a zu § 2229).

Der § 2243 findet auch Anwendung auf die Errichtung eines Testaments in der außerordentlichen Form vor dem Gemeindevorsteher (§§ 2249, 2250). In dem Falle der Errichtung durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen (§§ 2250, 2251) gilt er nur insoweit, als er den negativen Satz enthält, daß die Zeichensprache ausgeschlossen ist.

2. Voraussetzung für die Form des § 2243 ist, daß der Erblasser stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist. Stummheit liegt vor, wenn sich der Erblasser zufolge eines natürlichen Fehlers durch die Sprache überhaupt nicht verständlich machen kann. Die Verhinderung am Sprechen kann eine dauernde sein (infolge eines operativen Eingriffs) oder eine nur zeitweilige (starke Heiserkeit, Lähmung, Erkrankung der Sprachorgane). Ein ärztliches Verbot, zu sprechen, ist als ausreichend anzusehen (M. V S. 277; Böhm S. 81). Um peinliche Ermittelungen und spätere Streitigkeiten über die Gültigkeit des Testaments abzuschneiden, ist die Voraussetzung des § 2243 dahin abgefaßt, daß es nur auf die Überzeugung des Richters oder des (beurkundenden) Notars von dem Vorhandensein des Mangels ankommt, welche Überzeugung im Protokolle festzustellen ist (RG. 56 S. 366). Wie sich der Richter (Notar) die Überzeugung verschafft, bleibt ihm überlassen; es liegt jedoch im Sinne der Vorschrift, daß ein umständliches Ermittelungsverfahren, insbesondere die Anhörung von Sachverständigen, nicht

stattfinden soll. Hat der Richter (Notar) die Überzeugung nachweisbar nicht gehabt, so ist das in der Form des § 2243 errichtete Testament nichtig (Windscheid-Kipp Zus. I 3b zu § 545).

3. Der Akt der Testamentserrichtung nach § 2243 weicht in folgenden Punkten von der Regel der §§ 2238—2242 ab.

a) Der Erblasser muß die nach § 2238 erforderliche **Erklärung**, daß die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, **bei der Verhandlung eigenhändig niederschreiben.** Die Überreichung einer schon vorher geschriebenen Erklärung des fraglichen Inhalts ist unzulässig, weil ungewiß sein würde, ob sie tatsächlich vom Erblasser herrührt (R. V S. 277). Aus den Worten „bei der Verhandlung" folgt ferner, daß die Niederschrift in Gegenwart aller mitwirkenden Personen erfolgen muß (§ 2239). Über die Bedeutung des Wortes „eigenhändig" s. Erl. 2c zu § 2242. Der Wortlaut der Erklärung braucht wie bei der mündlichen Erklärung nach § 2238 nicht genau den Gesetzesworten zu entsprechen.

Die Niederschrift kann, wie ausdrücklich bestimmt ist, entweder im Protokolle selbst oder auf einem besonderen Blatte erfolgen, das dem Protokoll als Anlage beigefügt werden muß; Niederschrift der Erklärung auf dem Umschlage der übergebenen Schrift ist unzulässig (Jastrow Erl. 9 zu § 2243). Mechanische Verbindung des Anlageblatts mit dem Protokoll ist reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben (s. Erl. 5 zu § 2244; für Preußen vgl. betreffs der notariellen Urkunden das FGG. Art. 63). Ebensowenig ist notwendig, daß das Blatt im Protokoll ausdrücklich als Anlage bezeichnet wird (wie dies der E. I verlangte), natürlich aber muß es im Protokoll erwähnt werden.

Bei der Vorlesung des Protokolls ist die Erklärung, auch wenn sie auf einem Anlageblatte niedergeschrieben, mitvorzulesen, da sie als ein Teil des Protokolls anzusehen ist, wenngleich sich der § 176 Abs. 2 des FGG. auf sie nicht bezieht (so auch Jastrow a. a. O. Erl. 11b, 15).

Die Erklärung braucht vom Erblasser nicht besonders unterschrieben zu werden, da sie durch die Unterschrift unter dem Protokolle gedeckt wird (Weißler S. 152; Jastrow a. a. O. Erl. 10).

b) Im Protokolle sind

α) neben der im § 2241 Nr. 3 vorgeschriebenen Feststellung der Übergabe der Schrift noch zwei weitere Umstände festzustellen, nämlich einmal die Tatsache, daß der Erblasser die fragliche Erklärung im Protokoll oder auf dem besonderen Blatte eigenhändig niedergeschrieben hat, und sodann die Überzeugung des die Verhandlung leitenden Beamten, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist. Eine Begründung dieser Überzeugung ist nicht notwendig.

β) Von dem Erfordernisse der Genehmigung des Protokolls ist abgesehen (Abs. 3 Satz 2), weil diese Genehmigung nur durch eine zweite schriftliche Erklärung erfolgen könnte, eine solche aber entbehrlich erscheint, wo die Haupterklärung von dem Erblasser vollinhaltlich niedergeschrieben ist (R. V S. 277). An der Notwendigkeit der Vorlesung des Protokolls und seiner Unterzeichnung durch den Erblasser wird durch jene Sondervorschrift nichts geändert (Weißler S. 152; Jastrow a. a. O. Erl. 15; Strohal § 21 Ziff. IV a. E.).

4. Was die Testamentserrichtung von Personen anbetrifft, **die mit anderen körperlichen Gebrechen behaftet sind**, so ist

a) der **Blinden** schon in der Erl. 5b β zu § 2238, Erl. 2c zu § 2242 gedacht worden.

b) Bezüglich der **Tauben** enthält das BGB. keine besonderen Vorschriften. Die M. V S. 275f. (vgl. auch die D. z. FGG. S. 93) halten die Testierfähigkeit tauber Personen für zweifellos. Sie führen aus, daß in der Regel die Ordnungsvorschrift des 2242 Abs. 1 Satz 3 (Vorlegung des Protokolls zur Durchsicht) genügen werde, um dem Verfügenden die Gewißheit von der Richtigkeit des Herganges zu verschaffen; vermöge aber der Erblasser nicht zu lesen, so könne er doch im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit der Urkundspersonen oder einer etwa besonders zugezogenen Person sich darauf verlassen, daß das Niedergeschriebene seine Erklärung wiedergebe. Dagegen nehmen Endemann III § 25 Anm. 22 und Frommhold Anm. 3b zu § 2229 an, daß der Taube ein Testament in öffentlicher Form nicht errichten könne, weil bei ihm das Erfordernis der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls undurchführbar sei. Dies ist unrichtig, denn das Vorlesen geschieht auch für die mitwirkenden Personen, die Genehmigung aber setzt, wie die Motive zutreffend ausführen, die Aufnahme des Vorgelesenen durch das Ohr nicht notwendig voraus. Es wäre auch höchst auffällig, wenn das BGB. einen so wichtigen Ausnahmesatz nicht ausdrücklich ausspräche und wenn die Entwürfe, die das eigenhändige Testament nicht kannten, dem Tauben die Möglichkeit zu testieren gänzlich entzogen hätten, während sie dem Stummen und dem Blinden diese Möglichkeit gewährten (so die herrschende Meinung,

§. 2244. Erklärt der Erblasser, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, so muß bei der Errichtung des Testaments ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden. Auf den Dolmetscher finden die nach den §§. 2234 bis 2237 für einen Zeugen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Das Protokoll muß in die Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, übersetzt werden. Die Uebersetzung muß von dem Dolmetscher angefertigt oder beglaubigt und vorgelesen werden; die Uebersetzung muß dem Protokoll als Anlage beigefügt werden.

Das Protokoll muß die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie den Namen des Dolmetschers und die Feststellung enthalten, daß der Dolmetscher die Uebersetzung angefertigt oder beglaubigt und sie vorgelesen hat. Der Dolmetscher muß das Protokoll unterschreiben.

---

z. B. Windscheid-Kipp Zus. 5 zu § 539; Jastrow Erl. 5c zu §§ 2237f.; Strohal § 21 Anm. 40).

c) Ebensowenig ist betreffs der **Taubstummen** etwas Besonderes bestimmt. Die M. V S. 251 erklären einen Taubstummen für unfähig zur Testamentserrichtung, sofern er nicht das Schreiben erlernt hat. Auf demselben Standpunkte steht Böhm S. 80, der dem Taubstummen nur das eigenhändige Testament und die Form nach § 2243 gestatten will. Frommhold (Anm. 3b zu § 2229, s. vorstehend zu b) hält nur das eigenhändige Testament für zulässig. Es ist jedoch mit Wilke Anm. 2 zu § 2243 und Jastrow Erl. 4 zu FGG. § 178 davon auszugehen, daß es immer auf die Befähigung des Erblassers im einzelnen Falle ankommt. Ist der taubstumme Erblasser in der Lautsprache soweit ausgebildet, daß der Richter (nötigenfalls mit Unterstützung eines Taubstummenlehrers, der jedoch nicht als amtlich mitwirkende Person in Betracht kommt) sich mit ihm mündlich verständigen kann, so ist der Erblasser nicht am Sprechen verhindert und kann daher in der allgemeinen Form des § 2238 testieren. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so steht dem schreibensfähigen Taubstummen das eigenhändige Testament und die Form des § 2243 offen, dem schreibensunfähigen Taubstummen aber ist die Testamentserrichtung nicht möglich. Daß der Taubstumme, wenn er ein lautrichtiges Sprechen erlernt hat, auch mündlich testieren kann, ist bereits für das gem. und das preuß. Recht von namhaften Schriftstellern angenommen worden (vgl. Windscheid-Kipp III § 539 Anm. 7; Dernburg preuß. PrivR. III § 104 Anm. 18); s. im übrigen wegen des bisherigen Rechtes Meischeider S. 15f. und RG. 18 S. 301.

d) **Für sonstige Fälle, in denen bei dem Erblasser mehrere Mängel oder Gebrechen zusammentreffen,** bewendet es bei den Folgen, die sich aus den verschiedenen einschlägigen Vorschriften ergeben (M. V S. 278; s. o. Erl. 1; Märcker S. 101f.; Boschan I S. 189ff.).

§ 2244.

E. I § 1923 Abs. 1—3; II § 2110 rev. § 2218; III § 2216. P. I S. 9796f., 9820ff.; M. V S. 278f. P. II Bd. 5 S. 339ff.

1. Die in den §§ 2244, 2245 enthaltenen Vorschriften über die **Testamentserrichtung sprachfremder Personen** weichen sowohl von dem GVG. §§ 187ff. als auch von dem FGG. §§ 179, 180 in manchen Punkten ab. In einigen Beziehungen ist das preuß. Gesetz, betr. die Geschäftssprache der Behörden ꝛc., v. 28. August 1876 vorbildlich gewesen. Die §§ 2244, 2245 kommen auch bei der Testamentserrichtung vor dem Gemeindevorsteher (§§ 2249, 2250), der § 2245 kommt auch bei der Testamentserrichtung vor drei Zeugen (§§ 2250, 2251) zur Anwendung. Bei der Schließung eines Erbvertrags finden die §§ 2244, 2245 mit der Maßgabe Anwendung, daß dasjenige, was nach ihnen für den Erblasser gilt, für jeden der Vertragschließenden Geltung hat (§ 2276).

2. **Die Voraussetzung** für die Anwendung der §§ 2244, 2245, insbesondere für die Zuziehung eines Dolmetschers bildet die **Erklärung des Erblassers, er sei der deutschen Sprache nicht mächtig.** Diese Erklärung ist also einerseits erforderlich (RG. 56 S. 366; abw. Rspr. 9 S. 410; vgl. Peiser-§ 7 Anm. 75) und andererseits, soweit es sich um die Gültigkeit des Testaments handelt, ausreichend. (So schon der E. I, M. V S. 278; vgl. auch § 179 FGG.) Gegenüber den klaren Worten des Gesetzes wird sich nicht festhalten lassen, daß der

Satz, daß ein Erblasser, der deutsch sprechen kann, sich vor einem deutschen Richter oder Notar der Staatssprache bedienen muß (Küntzel in Gruch. 41 S. 589), im § 2244 Ausdruck gefunden habe (vgl. Endemann III § 29 Anm. 30; Weißler S. 152f.; Fuchs in CBl. f. FG. 1 S. 685; aber auch Rausnitz S. 577 und Eccius in Gruch. 45 S. 178). Wegen der in Preußen eintretenden Erhöhung der Gebühren des Gerichts und des Notars s. das AG. z. BGB. Art. 86 Nr. XX (§ 55 des preuß. GKG. in der neuen Fassung) und die Gebührenordnung für Notare v. 25. Juni 1895 § 5 Abs. 2.

Der Umstand, daß der Erblasser nicht die deutsche Schriftsprache (hochdeutsch) sprechen kann, macht ihn nicht zum Sprachfremden. Jede deutsche Mundart, insbesondere auch das Plattdeutsch, ist als deutsche Sprache im Sinne des § 2244 anzusehen. Vermag sich der Richter oder der Notar nicht allein mit dem Erblasser zu verständigen, so kann er andere Personen zu Hilfe nehmen, denen jedoch eine amtliche Mitwirkung nicht zufällt (vgl. Jastrow Erl. 3 zu FGG. § 179).

Beherrscht der des Deutschen unkundige Erblasser mehrere fremde Sprachen, so steht es bei ihm, in welcher derselben er sich erklären will.

Die Erklärung, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, kann der Erblasser in jeder beliebigen Form, auch durch bloße Gebärden abgeben (Rspr. 9 S. 410; Jastrow Erl. 2c zu FGG. § 179, Erl. 2 zu § 2244).

3. Betreffs des Dolmetschers gilt folgendes:

a) Die im Abs. 1 Satz 2 angezogenen §§ 2234—2237 ergeben die **Ausschließungsgründe**, die der Zuziehung einer bestimmten Person als Dolmetscher bei der Testamentserrichtung entgegenstehen. Ehe und nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft des Dolmetschers mit dem Erblasser (§ 2234) oder mit dem Richter bzw. dem beurkundenden Notar (§ 2236) machen das Testament nichtig. Die Mitwirkung eines in dem Testamente Bedachten oder des Ehegatten oder eines nahen Verwandten oder Verschwägerten eines Bedachten als Dolmetscher hat die Nichtigkeit der Zuwendung zur Folge (§ 2235). Als Dolmetscher soll endlich nicht mitwirken, ohne daß die Verletzung dieser Vorschrift schadet, wer minderjährig, wer der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt oder zum Zeugeneid unfähig ist und wer als Gesinde oder Gehilfe im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars steht (§ 2237). Eine Frau kann wie Testamentszeugin so auch Dolmetscher sein.

b) Betreffs der **Beeidigung** des Dolmetschers sind die Landesgesetze maßgebend. Sie entscheiden darüber, ob die Beeidigung im allgemeinen oder nur für den einzelnen Akt erfolgt, ob sie im ersteren Falle eine gerichtliche sein muß oder auch durch eine Verwaltungsbehörde erfolgt sein kann und ob im zweiten Falle nur das Gericht oder auch der Notar und zutreffenden Falles der Gemeindevorsteher die Beeidigung vornehmen kann (M. V S. 278; vgl. für Preußen § 5 des in Erl. 1 genannten Gesetzes v. 28. August 1876; DolmetscherO. v. 18. Dezember 1899 im JMBl. S. 856ff.; Allg. Vf. v. 5. Februar 1900 § 10 im JMBl. S. 48 und v. 5. März 1901 im JMBl. S. 51 und dazu KG. 21 S. A 7, 12; bezüglich der Notare das FGG. Art. 86; bezüglich des Gemeindevorstehers das AG. z. BGB. Art. 80 Abs. 3; für Bayern NotGeschO. §§ 97, 233; Anw. für Dorftestamente § 12). Ist die Beeidigung im allgemeinen erfolgt, so bedarf es, abweichend von GVG. § 191 Abs. 2, keiner Berufung auf den geleisteten Eid. Ein Verzicht des Erblassers auf die Beeidigung des Dolmetschers (vgl. §§ 9, 179 des FGG.; § 6 des preuß. Gesetzes v. 28. August 1876) ist unzulässig.

Eine Feststellung im Protokolle darüber, ob und wie die Beeidigung des Dolmetschers erfolgt ist, erscheint zweckmäßig, ist aber nicht wesentliche Formvorschrift (KG. 21 S. A 7).

c) **Der Dolmetscher gehört nicht zu den mitwirkenden Personen** im technischen Sinne, der § 2239 gilt für ihn nicht, vielmehr bedarf es seiner Anwesenheit bei der Verhandlung nur, solange er gebraucht wird (Erl. 2 zu § 2239).

d) Bestritten ist, **ob der Dienst des Dolmetschers von einer bei der Verhandlung amtlich mitwirkenden Person**, insbesondere von dem Gerichtsschreiber, **wahrgenommen werden kann.** Die Frage ist zu verneinen, denn der im § 8 des FGG. für entsprechend anwendbar erklärte § 192 des GVG., der die Verbindung der beiden Tätigkeiten gestattet, hat für die Testamentserrichtung keine Geltung. In Ermangelung einer solchen positiven Vorschrift aber ist aus der Aufgabe des Dolmetschers, der für den Erblasser zu den mitwirkenden Personen spricht, abzuleiten, daß er eine von diesen verschiedene Person sein muß (so Allg. Vf. des Pr. JMin. v. 14. März 1900, JMBl. S. 80; Jastrow I Erl. 8b zu § 179 FGG., Erl. 5 zu § 2244; Rausnitz S. 850 u. a.; a. M. Weißler S. 153f., Z. d. DNotVer. 1901 S. 349).

4. Über die Art und Weise, wie unter Zuziehung des Dolmetschers zu verhandeln ist, bedarf es keiner besonderen Vorschriften. Aus der Aufgabe des Dolmetschers, den die M. V S. 278 als das Organ bezeichnen, durch das der Verfügende zu den mitwirkenden Personen redet, ergibt sich, daß die nach § 2238 von dem Erblasser abzugebenden mündlichen Erklärungen von dem Dolmetscher aus der fremden Sprache in die deutsche zu übertragen sind. Andererseits hat der Dolmetscher die von dem Richter bzw. Notar an den Erblasser zu richtenden Fragen und Vorstellungen in die Sprache des Erblassers zu übertragen und überhaupt jede Erklärung zu vermitteln, die zur gegenseitigen Verständigung notwendig ist. Ist der Erblasser auch am Sprechen verhindert, so muß die von ihm nach § 2243 abzugebende schriftliche Erklärung durch den Dolmetscher verdeutscht werden, was aber nicht notwendig schriftlich zu geschehen braucht (s. das Muster Nr. 155 bei Jastrow II S. 243 f.).

5. Übersetzung des Protokolls. Das Protokoll über die Testamentserrichtung wird auch dann, wenn sich der Erblasser in einer fremden Sprache erklärt, grundsätzlich in deutscher Sprache (§ 2240) aufgenommen. Es findet auch die Führung eines Nebenprotokolls in der fremden Sprache nicht statt. Beides entspricht den Grundsätzen des preuß. Geschäftssprachengesetzes v. 28. August 1876 § 4 und des GVG. § 187; vgl. auch das FGG. §§ 8, 9, 179. Ausnahmsweise findet die Aufnahme des Protokolls in der fremden Sprache statt, wenn gemäß § 2245 die Zuziehung eines Dolmetschers unterbleibt. Für die Regel ist dagegen nur vorgeschrieben, daß das deutsche Protokoll in die Sprache übersetzt werden muß, in der sich der Erblasser erklärt (Abs. 2 Satz 1).

Die Übersetzung muß, wie aus Satz 2 hervorgeht, eine schriftliche sein.

Die Anfertigung der Übersetzung kann durch den Dolmetscher oder durch einen anderen geschehen, welches letztere nach dem Vorgange des GVG. § 187 zugelassen ist, um die Nutzbarmachung einer etwa vorhandenen gewandteren Kraft zu ermöglichen. Geschieht dies, so muß der Dolmetscher die Übersetzung beglaubigen; außerdem muß in allen Fällen der Dolmetscher (nicht der etwaige andere Verfertiger) die Übersetzung vorlesen.

Die Unterzeichnung der Übersetzung durch den Dolmetscher ist, abgesehen von dem Falle der Beglaubigung, nicht vorgeschrieben. Ebensowenig bedarf es der Unterschrift des Erblassers unter der Übersetzung (Wilke Anm. 2; Jastrow Erl. 9, 15c); die Genehmigung der Übersetzung seitens des Erblassers liegt in der Genehmigung des Protokolls (s. Erl. 6; vgl. Jastrow Erl. 15b).

Die Übersetzung muß, wie der Schlußsatz des Abs. 2 mit zwingender Kraft vorschreibt, dem Protokoll als Anlage beigefügt werden. Hierin liegt aber nicht, wie Eichhorn S. 124 und anscheinend auch die P. II Bd. 5 S. 341 annehmen, daß eine mechanische Verbindung wesentlich wäre. Der Begriff der Anlage setzt eine solche Verbindung nicht voraus, überdies würde auch bei Annahme des Gegenteils der § 2246 etwas Überflüssiges bestimmen, indem er vorschreibt, daß das Protokoll „nebst Anlagen" einzusiegeln ist. An Stelle der Verwendung eines besonderen Blattes ist es auch zulässig, den zur Niederschrift des Protokolls dienenden Bogen zu brechen und links das Protokoll, rechts die Übersetzung niederzuschreiben (Jastrow Erl. 11).

Der Erblasser kann auf die Anfertigung der schriftlichen Übersetzung des Protokolls nicht verzichten. Trotz dieser zwingenden Vorschriften hat aber die schriftliche Übersetzung nur die Bedeutung einer Vorsichtsmaßregel zur Kontrolle des Dolmetschers; den allein maßgebenden Text der Beurkundung enthält das deutsche Protokoll.

6. Der besondere Inhalt des Protokolls, der im Falle des § 2244 den im § 2241 vorgeschriebenen Angaben hinzutritt, ist im Abs. 3 Satz 1 aufgeführt. Notwendig ist danach

a) die Beurkundung der nach Abs. 1 Satz 1 maßgebenden Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei (s. oben Erl. 2),

b) die Angabe, daß ein Dolmetscher zugezogen ist, und die Angabe seines Namens, welches letztere Erfordernis jedoch nur im Sinne einer Bezeichnung gemäß § 2241 Nr. 2 zu verstehen sein wird (Jastrow Erl. 13),

c) die Feststellung, daß der Dolmetscher die anliegende schriftliche Übersetzung angefertigt oder beglaubigt und daß er sie vorgelesen hat.

Es wird daher in der Weise zu verfahren sein, daß nach der Niederschrift des Protokolls zunächst die schriftliche Übersetzung angefertigt und vorgelesen, demnächst aber das Protokoll selbst vorgelesen wird. Letzteres muß, wenngleich es dem Erblasser nichts hilft, mit Rücksicht auf die mitwirkenden Personen geschehen. Die Mitvorlesung der unter a und c erwähnten Angaben wird

§. 2245. Sind sämmtliche mitwirkende Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig, so ist die Zuziehung eines Dolmetschers nicht erforderlich.

Unterbleibt die Zuziehung eines Dolmetschers, so muß das Protokoll in der fremden Sprache aufgenommen werden und die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, enthalten. Eine deutsche Uebersetzung soll als Anlage beigefügt werden.

---

von dem in Erl. 2d und 3c zu § 2242 erwähnten Standpunkte der Rechtsprechung aus nicht erforderlich sein (abw. die frühere Aufl.).

7. Die nach Abs. 3 Satz 2 notwendige **Unterschrift des Dolmetschers** unter dem Protokoll ist zwischen die Unterschrift des Erblassers und die Unterschriften der mitwirkenden Personen (Erl. 2c, 4a zu § 2242) zu setzen. Sie muß nach § 2239 in Gegenwart aller mitwirkenden Personen abgegeben werden, Anwesenheit des Erblassers ist dagegen nicht erforderlich (Erl. 4d zu § 2242).

§ 2245.

E. I § 1923 Abs. 4; II § 2111 rev. § 2219; III § 2217. P. I S. 9821, 9825, 11367 f.; M. V S. 279 f. P. II Bd. 5 S. 339 ff.

1. **Testament eines Sprachfremden ohne Zuziehung eines Dolmetschers. Voraussetzungen.** Der § 2245 enthält einen Unterfall des § 2244, indem er für den Fall, daß sämtliche mitwirkenden Personen der Sprache des Erblassers mächtig sind, die Zuziehung eines Dolmetschers für entbehrlich erklärt. *Die allgemeine Voraussetzung ist auch hier, daß der Erblasser die Erklärung abgibt, er sei der deutschen Sprache nicht mächtig.* Gibt der Erblasser diese Erklärung nicht ab, weil er deutsch sprechen kann und nur aus anderen an sich beachtenswerten Gründen sich der fremden Sprache bedienen möchte, insbesondere, weil bei einem gemeinschaftlichen Testament oder bei einem Erbvertrage (§ 2276) der andere Teil lediglich die fremde Sprache versteht, so findet der § 2245 keine Anwendung, auch wenn alle mitwirkenden Personen der fremden Sprache mächtig sind (vgl. Strohal § 21 Ziff. V a. E.; Tränkner im Sächs. Arch. 7 S. 353; Jastrow Erl. 4; Küntzel in Gruch. 41 S. 588 ff.; Weißler S. 155).

Die besondere Voraussetzung des § 2245 besteht darin, daß sämtliche mitwirkenden Personen (§ 2233) ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig sind. Dadurch, daß die Abgabe der Versicherung als das Entscheidende hingestellt, die objektive Unrichtigkeit derselben also als unerheblich behandelt wird, werden umständliche Prüfungen unnötig gemacht und spätere Anzweifelungen abgeschnitten. Natürlich ist es Amtspflicht des die Verhandlung leitenden Beamten, sich davon zu überzeugen, ob die Versicherung wenigstens glaubhaft ist, und sie im Falle offenbarer Unrichtigkeit zurückzuweisen (M. V S. 279; Weißler S. 152). Überdies wird dabei unter den mitwirkenden Personen in der Weise zu unterscheiden sein, daß bei den Zeugen die mündliche Beherrschung der fremden Sprache genügt, während der leitende Beamte und der Protokollführer (Erl. 4 zu § 2240) auch des Lesens und Schreibens in der fremden Sprache kundig sein müssen (vgl. Jastrow Erl. 2).

Der Gebrauch sakramentaler Worte ist für die Abgabe der im § 2245 bezeichneten Erklärungen und Versicherungen nicht vorgeschrieben; die Genehmigung des die Feststellung dieser Erklärungen enthaltenden Protokollinhalts genügt (RG. in JW. 1903 Beil. S. 30).

2. **Sprache und Inhalt des Protokolls.** Unterbleibt nach Abs. 1 die Zuziehung eines Dolmetschers, so muß nach der zwingenden Vorschrift des Abs. 2 *das Protokoll in der fremden Sprache aufgenommen werden.* Diese Abweichung von dem Grundsatze, daß die deutsche Sprache die Gerichtssprache ist, beruht auf einem Beschlusse der zweiten Kommission. Der E. I hatte die Aufnahme des Protokolls in der deutschen und in der fremden Sprache vorgeschrieben. In der zweiten Kommission war die Mehrheit der Ansicht, daß gegenüber den Erwägungen der M. V S. 279, die sich wesentlich auf das Nationalbewußtsein und die Übereinstimmung mit den sonstigen reichsgesetzlichen Vorschriften stützen, geschäftliche Rücksichten den Ausschlag geben müßten (P. II Bd. 5 S. 342). Es komme, so wurde ausgeführt, bei der Beurkundung des letzten Willens vor allem darauf an, daß der wirkliche Wille des Verfügenden

§. 2246. Das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll soll nebst Anlagen, insbesondere im Falle der Errichtung durch Uebergabe einer Schrift nebst dieser Schrift, von dem Richter oder dem Notar in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen und des Erblassers mit dem Amtssiegel verschlossen, mit einer das Testament näher bezeichnenden Aufschrift, die von dem Richter oder dem Notar zu unterschreiben ist, versehen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden.

Dem Erblasser soll über das in amtliche Verwahrung genommene Testament ein Hinterlegungsschein ertheilt werden.

---

beurkundet werde; hierfür aber biete die Niederschrift in der eigenen Sprache des Erblassers größere Sicherheit als eine Übersetzung. Außerdem werde die Gefahr von Widersprüchen vermieden, die bei der zweisprachigen Aufnahme des Protokolls nach dem E. I nicht ausgeschlossen sei. Einen Vorgang für die Regelung des BGB. enthält übrigens das preuß. Geschäftssprachengesetz v. 28. August 1876 § 7.

Das Protokoll muß wie im Falle des § 2244 die Erklärung des Erblassers enthalten, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, außerdem aber die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie die fremde Sprache beherrschen (RG. 56 S. 366).

3. Beifügung einer deutschen Übersetzung. Mittels einer bloßen Ordnungsvorschrift ist im Abs. 2 Satz 2 bestimmt, daß dem Protokoll eine deutsche Übersetzung als Anlage beigefügt werden soll. Wer die Übersetzung anfertigt, ist gleichgültig; sie bedarf keiner Beglaubigung, auch ist ihre Vorlesung unnötig. Im Protokolle braucht die Übersetzung nicht erwähnt zu werden, sie kann daher auch angefertigt werden, nachdem das Protokoll vorgelesen und abgeschlossen ist. Da sie jedoch als Protokollanlage nach § 2246 miteinzusiegeln ist, muß die Anfertigung wenigstens im unmittelbaren Anschluß an das Protokoll bewirkt werden.

4. Da der Abs. 1 die Zuziehung des Dolmetschers in dem vorausgesetzten Falle nur für nicht erforderlich erklärt, so ist es dem **Ermessen des die Verhandlung leitenden Beamten** überlassen, ob er einen Dolmetscher zuziehen und ein deutsches Protokoll aufnehmen oder ob er ohne Dolmetscher verhandeln und das Protokoll in fremder Sprache herstellen will. Dies folgt übrigens auch schon daraus, daß der Richter oder Notar, auch wenn er die fremde Sprache beherrscht, nicht verpflichtet ist, für seine Person die bezügliche Versicherung abzugeben (s. Jastrow Erl. 5); a. M Frommhold Anm. 1, weil der Erblasser wegen der durch den Dolmetscher verursachten höheren Kosten ein Interesse an dem Verfahren nach § 2245 habe. Dieser Grund kann nicht als entscheidend angesehen werden, er ist auch nur in beschränktem Maße zutreffend, weil der Dolmetscher eine Entschädigung nur dann erhält, wenn er nicht als solcher angestellt ist (§ 13 Abs. 2 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige in Verbindung mit § 15 FGG. und § 401 CPO.), die nach preuß. Rechte eintretende Gebührenerhöhung (Erl. 2 zu § 2244) aber von der Zuziehung eines Dolmetschers unabhängig ist.

§ 2246.

E. I § 1932 Abs. 1, 2; II § 2112 rev. § 2220; III § 2218. P. I S. 9887 ff., 9903 ff., 11455; M. V S. 295 f. P. II Bd. 5 S. 351. D. S. 736. SB. S. 2105.

Ude, Die amtliche Verwahrung letztwilliger Verfügungen, in CBl. f. FG. 2 S. 405.

1. Die Vorschriften des § 2246 über die **Verschließung und Verwahrung des Testaments** entsprechen im wesentlichen den meisten bisherigen Rechten, sie haben aber nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften, so daß ihre Verletzung die Gültigkeit des Testaments nicht beeinträchtigt (RG. 24 S. A 83; RJA. 8 S. 257; Ude a. a. O.). Einen dispositiven Inhalt (wie Endemann III § 29 Anm. 31 sagt) haben dagegen die Normen des § 2246 nicht, sie sind als dienstliche Anweisungen auch dann zu befolgen, wenn etwa der Erblasser das Gegenteil verlangen sollte; insbesondere ist die sofortige Aushändigung des Testamentsprotokolls an den Erblasser schlechthin unzulässig und dieser ist auch nicht befugt, eine andere Art der Aufbewahrung als die besondere amtliche Verwahrung anzuordnen (M. V S. 296; RJA. 8 S. 257; Greiff in DJZ. 1900 S. 522; Z. d. DNotVer. 1903 S. 119; a. M. Benkard das. S. 116 ff.; Bödiker in DJZ. 1900 S. 500; s. auch Erl. 5 zu § 2264).

Betreffs der Voraussetzungen und der Wirkung einer späteren Rücknahme aus der Verwahrung s. § 2256 Abs. 1, 2.

Der § 2246 findet auch Anwendung auf die Testamentserrichtung vor dem Gemeindevorsteher (§ 2249); Erbverträge dagegen sind nur dann gemäß § 2246 zu verschließen und amtlich zu verwahren, wenn nicht die Parteien das Gegenteil verlangen (§ 2277). Wegen der amtlichen Verwahrung eigenhändiger Testamente s. § 2248.

2. **Gegenstand der Verschließung und Verwahrung** ist das über die Testamentserrichtung aufgenommene Protokoll nebst Anlagen. Das Protokoll wird verschlossen ohne Unterschied, ob es den mündlich erklärten letzten Willen enthält oder nur die Feststellung der Übergabe einer Schrift nebst der Erklärung, daß diese Schrift den letzten Willen des Erblassers enthalte. In letzterem Punkte weicht das BGB. von der preuß. Praxis ab, nach der im Falle der Übergabe einer Schrift nur diese versiegelt und in besondere Verwahrung genommen, das Protokoll aber bei den Testamentsakten aufgehoben wurde. Um zu verhüten, daß das Testament in Vergessenheit gerät, wird nunmehr außer dem Protokolle noch ein besonderer kurzer Vermerk über die Testamentserrichtung anzufertigen sein, der zu den Testamentsakten zu nehmen bzw. mit welchem solche Akten anzulegen sind (vgl. für Preußen das amtliche Formular bei Weißsäcker-Lorenz S. 114f.). Als Protokollanlagen kommen nur die in den §§ 2243—2245 erwähnten Schriftstücke (die eigenhändige Niederschrift des Stummen und die Übersetzung des Protokolls in die fremde bzw. in die deutsche Sprache) in Betracht. Andere Anlagen sind nicht zulässig (s. Erl. 4b zu § 2238).

3. Über die **Herstellung des Verschlusses** ist folgendes zu sagen:

a) Nach der Fassung des § 2246 ist der Verschluß **von dem Richter oder dem Notar** selbst zu bewirken. Nun kann der leitende Beamte zwar unbedenklich die rein mechanische Tätigkeit unter seiner Aufsicht von einer der Kontrollpersonen oder auch von einem Dritten bewirken lassen; für den Fall des Zusammenwirkens zweier Notare folgt aber aus den Gesetzesworten, daß das zu verwendende Amtssiegel (s. zu b) dasjenige des beurkundenden, nicht das des zweiten Notars ist.

b) Der Verschluß ist mittels des **Amtssiegels** zu bewirken. Hierin liegt implicite die reichsgesetzliche Vorschrift, daß jedes Gericht und jeder Notar, soweit sie zur Testamentserrichtung zuständig sind (EG. Art. 141), ein Amtssiegel führen soll. Das FGG. (§§ 120, 182, 183, 184) und die GBO. (§§ 56, 62) unterscheiden zwischen Siegel und Stempel. Siegel ist der Eindruck einer Type in einen besonderen mit der Urkunde zu verbindenden Stoff, der vermöge seiner Weichheit geeignet ist, den Eindruck des Siegelzeichens aufzunehmen (Wachs, Lack, Oblate mit aufgelegtem Papierstücke). Stempel ist der Aufdruck oder Eindruck der Type auf bzw. in das bloße Papier (Farbstempel oder Trockenstempel). Wo gesetzlich ein Siegel gefordert wird, ist die Verwendung eines Stempels nicht ausreichend (D. z. GBO. § 56). Vgl. über den Unterschied die Allg. Vf. des preuß. Justizministers v. 24. Januar und v. 6. April 1900 (JMBl. S. 45, 297); KG. 20 S. A 14; Klein im Recht 1901 S. 113 (Übersicht der landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen); andererseits Keyßner das. 1900 S. 258. Da die allgemeinen Grundsätze des FGG. auch für die Testamentserrichtung gelten, so ist das Wort „Amtssiegel" im § 2246 in dem oben entwickelten Sinne zu verstehen. Dies entspricht auch dem Umstande, daß hier mittels des Amtssiegels ein Verschluß hergestellt werden soll, was mittels eines bloßen Stempels nicht angängig ist (KG. 24 S. A 88). Eine sog. Siegelmarke, d. h. ein vorrätig hergestellter Abdruck oder eine bloße farbige Nachbildung des Siegelzeichens auf einem Papierstück, ist nicht genügend, da sie weder als Siegel noch als Stempel in dem entwickelten Sinne angesehen werden kann.

Dem Zwecke der Vorschrift, Sicherheit dafür zu schaffen, daß das Testament auch wirklich und mit unverändertem Inhalte zur amtlichen Verwahrung und demnächst zur Verkündung gelangt, kann das Siegel nur genügen, wenn es deutlich als das Amtssiegel des beurkundenden Beamten erkennbar ist. Die zur besonderen amtlichen Verwahrung zuständige Behörde hat daher nach KG. in RJA. 8 S. 257, wenn bei Eingang des Testaments das Siegel bereits so beschädigt ist, daß der Name der Urkundsperson nicht mehr zu erkennen ist, darauf hinzuwirken, daß ein ordnungsmäßiger Verschluß nachträglich durch die Urkundsperson beschafft wird, wenn sie auch bei der Weigerung der letzteren die Annahme zur Verwahrung nicht ablehnen darf. Zu der nachträglichen Herstellung des Verschlusses bedarf es der Zuziehung der mitwirkenden Personen nicht.

c) Daß der Erblasser dem Amtssiegel ein **Privatsiegel** beidrückt, ist unbedingt zulässig, und zwar auch ohne eine dahin gehende Verwaltungsvorschrift, die Jastrow Erl. 8c als notwendig und wünschenswert bezeichnet.

4. **Die Aufschrift**, die auf die Außenseite des verschlossenen Testaments, also auf die Rückseite des Protokollbogens oder auf den Briefumschlag zu setzen ist, braucht nur von dem Richter

oder dem beurkundenden Notar, nicht auch von den Kontrollpersonen unterschrieben zu werden. Wer den Vermerk selbst schreibt, ist gleichgültig. Zu der erforderten näheren Bezeichnung des Testaments genügt die Angabe der Person des Erblassers und das Datum der Testamentserrichtung. Der Unterschrift wird der Amtscharakter des Richters oder Notars beizufügen sein, damit die Eigenschaft des Testaments als eines gerichtlichen oder notariellen noch aus einem anderen Kennzeichen als dem mitunter schlecht ausgeprägten Siegel äußerlich erkennbar ist. Der Notar hat, wo in den Landesgesetzen diesbezügliche allgemeine Bestimmungen bestehen, auf dem Testament auch die Nummer seines Notariatsregisters zu vermerken (preuß. FGG. Art. 95; Märcker S. 99).

5. **In Gegenwart aller mitwirkenden Personen und des Erblassers** sollen der Verschluß des Testaments und die Aufschrift ausgeführt werden. Die Vorschrift will sicherstellen, daß die Versiegelung sofort vorgenommen und damit der Inhalt des Testaments geheimgehalten wird (KB. S. 2105; vgl. Erl. 5 a. E. zu § 2264). Der Anwesenheit des etwa zugezogenen Dolmetschers bedarf es nicht (Erl. 2 zu § 2239). Stirbt der Erblasser nach dem Abschlusse des Protokolls oder auch nur, nachdem er das Protokoll unterschrieben hat (vgl. Erl. 3 zu § 2239; Erl. 4d zu § 2242), so ist die Versiegelung des Testaments und die Abgabe zur Verwahrung gleichwohl zu bewirken.

6. Betreffs der **amtlichen Verwahrung** der Testamente wird reichsgesetzlich nur gefordert, daß sie im Gegensatze zu der gewöhnlichen Aktenverwahrung eine „besondere", d. h. eine strengere sein soll, welche die größtmögliche Sicherheit bietet (M. V S. 296). Die anzuwendenden Maßregeln werden sich auf den Schutz gegen Entwendung, Fälschung und zufälligen Untergang erstrecken und einerseits in äußeren Schutzvorkehrungen, andererseits in einer verschärften Kontrolle bestehen müssen. Die nähere Regelung der Verwahrung ist den Landesgesetzen überlassen (FGG. § 200; vgl. Ude a. a. O.). Diese entscheiden daher sowohl darüber, welche Behörde für die Verwahrung zuständig ist, als auch über die Einzelheiten der Ausführung (Annahme, Nachrichten, Art der Verwahrung und, vorbehaltlich des § 2256 Abs. 2, Herausgabe).

Zuständig sind in Preußen ausschließlich die Amtsgerichte (AG. z. BGB. Art. 81; vgl. die GeschäftsO. f. d. Gerichtsschr. der Amtsgerichte v. 11. Oktober 1906 § 54 und KG. 21 S. A 225), in Bayern die Notare (Notariatsgesetz Art. 1), in Sachsen die Amtsgerichte (AV. v. 6. Juli 1899 §§ 49, 50), in Württemberg die Amtsgerichte und die Bezirksnotare (AG. z. BGB. Art. 79), in Baden die Amtsgerichte (Rechtspolizeigesetz § 52), in Hessen die Amtsgerichte (AG. z. BGB. Art. 132), in Elsaß-Lothringen die Amtsgerichte und die Notare (AG. z. FGG. § 28).

Soweit der Notar hiernach nicht zur Verwahrung zuständig ist, muß er ein vor ihm errichtetes Testament dem Amtsgericht einreichen. In Ermangelung entgegenstehender landesgesetzlicher Vorschriften ist persönliche Übergabe nicht erforderlich, vielmehr Zusendung durch einen Boten oder durch die Post in gewöhnlicher oder eingeschriebener Sendung zulässig (Rspr. 1 S. 294; Ude a. a. O. S. 410ff.; Benkard in Z. d. DNotVer. 1903 S. 118). Über das Recht des Notars und des Erblassers zur Beschwerde gegen eine Verfügung des Amtsgerichts, durch die die Annahme eines von dem Notar zur gerichtlichen Verwahrung angebotenen Testaments abgelehnt wird, vgl. KG. 23 S. A 195, RJA. 8 S. 257.

Auch die Frage, wann die amtliche Verwahrung eintreten soll, ist reichsgesetzlich nicht entschieden. Die Worte „in Gegenwart ꝛc." sind auf die Einbringung des Testaments in die Verwahrung nicht zu beziehen (vgl. Jastrow Erl. 10a), es liegt aber im Sinne der Vorschrift, daß die Einbringung unverzüglich geschehen soll (so ausdrücklich der E. I, s. auch M. V S. 296).

Über die Frage, ob der Erblasser ein Recht auf Einsicht in das amtlich verwahrte Testament hat, s. Erl. 5 zu § 2264.

7. Der im Abs. 2 vorgeschriebene **Hinterlegungsschein** ist von der zweiten Kommission zu einer reichsgesetzlichen Einrichtung erhoben worden. Er ist von der Verwahrungsstelle (Erl. 6) auch ohne Antrag zu erteilen, und zwar, wenn das Testament durch einen Notar eingeliefert wird, nicht diesem, welcher nur nach Maßgabe landesrechtlicher Bestimmungen einen besonderen Empfangsschein beanspruchen kann (s. z. B. preuß. GeschäftsO. f. d. Gerichtsschr. § 54 Abs. 11), sondern unmittelbar dem Erblasser. Die näheren Bestimmungen sind auch hier den Landesgesetzen überlassen. In Preußen ist der Hinterlegungsschein von dem Amtsrichter und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen (AG. z. BGB. Art. 81 § 3 Abs. 3; GeschäftsO. a. a. O.; vgl. Weizsäcker-Lorenz S. 119).

§. 2247. Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann ein Testament nicht nach §. 2231 Nr. 2 errichten.

§. 2248. Ein nach §. 2231 Nr. 2 errichtetes Testament ist auf Verlangen des Erblassers in amtliche Verwahrung zu nehmen. Die Vorschrift des §. 2246 Abs. 2 findet Anwendung.

---

§ 2247.

RV. G. 2105.

1. **Zweck der Vorschriften der §§ 2247, 2248.** Die von der Reichstagskommission eingestellten §§ 2247, 2248 beziehen sich auf das **eigenhändige Testament** (§ 2231 Nr. 2) und sollen den Bedenken begegnen, die gegen diese Testamentsform vorzugsweise geltend gemacht worden sind. Der § 2247 verschließt das eigenhändige Testament solchen Personen, bei denen die Gefahr ungehöriger Beeinflussung durch Dritte besonders nahe liegt oder die wegen beschränkter Wahrnehmungsfähigkeit nicht imstande sind, die Niederschrift ihres letzten Willens selbst dauernd zu überwachen. Der § 2248 will durch die Möglichkeit einer amtlichen Verwahrung auch der eigenhändigen Testamente die Gefahr der Fälschung und Unterdrückung sowie des zufälligen Untergangs oder Abhandenkommens der Urkunde vermindern.

2. Die im § 2247 enthaltene Beschränkung der **Minderjährigen und solcher Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen** (s. schon P. II Bd. 5 S. 361) entspricht derjenigen des § 2238 Abs. 2. Es ist daher auf die dortigen Ausführungen (Erl. 5), wegen der Frage, wer Geschriebenes nicht zu lesen vermag, auch auf die Ausführungen über die Schrift des eigenhändigen Testaments zu § 2231 (Erl. II 2a, c, d) zu verweisen; s. auch Meischeider S. 31; Brock S. 78, 88ff. Die Vorschrift ist hier wie zu § 2238 als eine Beschränkung der Testamentsform, nicht als eine Minderung der Testierfähigkeit aufzufassen; es kann daher ein minderjähriger Deutscher in einem fremden Lande, dessen Recht das eigenhändige Testament, aber nicht eine dem § 2247 entsprechende Beschränkung kennt (vgl. code civ. art. 904), ein den dortigen Gesetzen entsprechendes eigenhändiges Testament auch mit Wirkung für das Inland errichten (s. Erl. 5a zu § 2238). Soweit es sich um Lesensunfähigkeit handelt, hat die Vorschrift, da zum eigenhändigen Testamente Schreibkunde notwendig, solche aber ohne Lesenskunde nicht denkbar ist, eigentlich nur für solche Personen Bedeutung, die im späteren Alter das Sehvermögen verloren haben oder die vorübergehend am Sehen verhindert sind. Wegen der Kenntnis der sog. Blindenschrift s. die Erl. 5b β zu § 2238.

§ 2248.

RV. G. 2105.

Behrend im Arch. f. Bürg. R. 31 S. 195ff.

1. Über die **Entstehung und den Zweck** des § 2248, der für **eigenhändige Testamente eine fakultative amtliche Verwahrung** gewährleistet, ist in Erl. 1 zu § 2247 gesprochen worden.

2. Im einzelnen gilt folgendes:

a) **Das Verlangen des Erblassers** ist an keine besondere Form gebunden. Es genügt ein mündlicher oder schriftlicher Antrag ohne Beglaubigung der Unterschrift. Persönliche Übergabe des Testaments, das, wie Erl III 1 zu § 2231 bereits erwähnt, durch die amtliche Verwahrung nicht zu einer öffentlichen Urkunde wird, kann mithin nicht gefordert werden, es genügt Zusendung durch einen Boten oder durch die Post (Ripr. 1 S. 294) Unter Umständen wird sogar die Übergabe durch einen Dritten auf Grund eines nur mündlich erteilten Auftrags als ausreichend angesehen werden können. Bestehen jedoch Bedenken, erscheint insbesondere der Verdacht einer Unterschiebung begründet, so kann stets das persönliche Erscheinen des Erblassers oder ein beglaubigter schriftlicher Antrag gefordert werden, welcher letztere auch die Identität des übersendeten Testaments ersichtlich macht (vgl. RG. 20 S. A 259; Ude in CBl. f. FG. 2 S. 411).

Dem Verlangen des Erblassers ist grundsätzlich zu entsprechen, ohne daß die amtliche Verwahrungsstelle die Zulässigkeit des eigenhändigen Testaments nach §§ 2229, 2247 und dessen formelle Gültigkeit zu prüfen hat; es gilt hier dasselbe wie für die Eröffnung, s. Erl. 2 zu § 2260 (a. M. Ude a. a. O.).

§. 2249. Ist zu besorgen, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar möglich ist, so kann er das Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält, oder, falls er sich in dem Bereich eines durch Landesgesetz einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes aufhält, vor dem Vorsteher dieses Verbandes oder Bezirkes errichten. Der Vorsteher muß zwei Zeugen zuziehen. Die Vorschriften der §§. 2234 bis 2246 finden Anwendung; der Vorsteher tritt an die Stelle des Richters oder des Notars.

Die Besorgniß, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar nicht mehr möglich sein werde, muß im Protokolle festgestellt werden. Der Gültigkeit des Testaments steht nicht entgegen, daß die Besorgniß nicht begründet war.

---

b) **Die amtliche Verwahrung** ist auch hier als eine „besondere" Verwahrung im Sinne des § 2246 gedacht (Behrend a. a. O. S. 198ff.); s. wegen des Näheren, insbesondere wegen der maßgebenden landesgesetzlichen Vorschriften, die dortige Erl. 6. Landesgesetzlich oder im Verwaltungswege kann auch ein amtlicher Verschluß (Versiegelung) der Testamentsurkunde vorgeschrieben werden (vgl. für Preußen die GeschäftsO. für die Gerichtsschr. der Amtsgerichte v. 11. Oktober 1906 § 54 Abs. 7, auch § 5 Abs. 7; Weizsäcker-Lorenz S. 116ff.).

c) Dem Erblasser ist nach Satz 2, § 2246 Abs. 2 ein **Hinterlegungsschein** zu erteilen (Erl. 7 zu § 2246).

d) **Die Rückgabe** des Testaments kann von dem Erblasser jederzeit verlangt werden; sie darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen. Da die amtliche Verwahrung bei dem eigenhändigen Testamente rein fakultativ ist, hat die Rückgabe hier abweichend von dem öffentlichen Testamente nicht die Wirkung des Widerrufs (§ 2256 Abs. 2, 3). Über das Recht des Erblassers auf **Einsicht** des in Verwahrung befindlichen Testaments s. Erl. 5 zu § 2264.

3. **Sonstige Aufbewahrung.** Macht der Erblasser von der amtlichen Verwahrung keinen Gebrauch, so kann er das eigenhändige Testament bei sich oder bei einer Vertrauensperson aufbewahren (s. Behrend a. a. O.). Er kann das Testament auch zum Zwecke solcher anderweitigen Aufbewahrung aus der amtlichen Verwahrung zurückfordern (Zimmer im Arch. f. Bürg. R. 24 S. 22f.). Nach dem Tode des Erblassers ist jeder, der das Testament im Besitze hat, nach § 2259 verpflichtet, es an das Nachlaßgericht abzuliefern (vgl. auch Brock S. 98).

§ 2249.

E. I § 1925, § 1932 Abs. 1, 2; II § 2113 vrv. § 2221; III § 2219. P. I S. 9833 ff., 9887 ff., 11445 f., 12250 ff.; M. V S. 281 f. P. II Bd. 5 S. 342 ff., 351. D. S. 736. KB. S. 2105.

Marcus, Das deutsche Testament, insbes. das Privat- und Nottestament, 3. Aufl. 1908; Albanus, Das Nottestament 7. Aufl. 1902; Oertel, Das Gemeindetestament 1900; Dennler, Das Dorftestament 1904; Kurtz, Das magistratualische oder Dorftestament 1901; Kurtz, Aufnahme von Nottestamenten durch die bestellten besonderen Urkundspersonen 1904. Für Preußen s. die Anweisung des Justizministers und des Ministers des Innern v. 23. Juni 1900, betr. die Errichtung von Testamenten vor dem Gemeinde- oder Gutsvorsteher (Beilage zum JMBl. Nr. 32) sowie die Anweisung für die zur Aufnahme von Nottestamenten bestellten besonderen Urkundspersonen v. 15. März 1904 (JMBl. S. 90), für Bayern die Anweisung v. 19. Dezember 1900 (JMBl. 1901 S. 25).

1. Der § 2249 behandelt die erste der beiden **außerordentlichen Testamentsformen** (s. die Übersicht in den Vorbm. I, II), **das Testament vor dem Gemeindevorsteher**, das man (im Anschluß an den bisherigen Sprachgebrauch) auch als „Dorftestament" oder (nach dem Vorgange des preuß. AG. z. BGB., Überschrift des Art. 80) als „Nottestament" bezeichnen kann. Die in Rede stehende Testamentsform hat in dem gemeinrechtlichen testamentum ruri conditum (Windscheid-Kipp § 544 Nr. 3) und in dem preuß. dorfgerichtlichen Testamente (ALR. I 12 §§ 93—99, vgl. übrigens auch cod. civ. art. 974) einen Vorgang; sie entspricht auch nach der Einführung des eigenhändigen Testaments einem praktischen Bedürfnisse. Das Besondere der Form liegt nur in den mitwirkenden Personen, das Verfahren bei

der Testamentserrichtung ist, abgesehen von der nach Abs. 2 notwendigen Feststellung im Protokolle, dasselbe wie vor dem Richter oder Notar. Auch in der Wirkung steht das Testament vor dem Gemeindevorsteher dem vor einem Richter oder Notar errichteten im wesentlichen gleich; es hat die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde (ZPO. §§ 415, 437) und ist insbesondere auch im Grundbuchverkehr als solche zu behandeln (GBO. § 36; KG. 24 S. A 88). Eine wesentliche Minderung der Wirkung liegt aber darin, daß die Gültigkeit des Testaments regelmäßig auf die Dauer von drei Monaten beschränkt ist (§ 2252).

2. Was die **Voraussetzungen** für die Zulässigkeit der besonderen Form anbelangt, so genügt es nicht, wie teilweise nach bisherigem Rechte, daß zu der Zeit, wo der Erblasser ein Testament errichten will, ein Richter oder Notar am Orte nicht vorhanden oder daß der vorhandene verhindert ist, vielmehr muß die Besorgnis bestehen, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments in der öffentlichen ordentlichen Form möglich ist. Der drohende Eintritt bloßer Geschäftsunfähigkeit ist der Gefahr des Versterbens nicht gleichgestellt (M. V S. 282). Im Interesse der Rechtssicherheit ist aber die bezeichnete Voraussetzung dahin abgeschwächt, daß es nicht auf die objektive Begründetheit der Besorgnis, sondern auf die subjektive Auffassung der Urkundsperson, also nur auf das tatsächliche Bestehen der Besorgnis ankommt, das im Protokolle festgestellt werden muß (Abs. 2; vgl. RG. in JW. 1902 Beil. S. 216, 1903 Beil. S. 64; Rpr. 9 S. 414; Boß in DJZ. 1901 S. 280; auch Hoeniger im Recht 1901 S. 225). Der Gefahr des Mißbrauchs wird, abgesehen von der Verantwortlichkeit der Urkundsperson, durch die zeitliche Beschränkung der Gültigkeit des Testaments (§ 2252) vorgebeugt.

Die Testamentsform des § 2249 ist übrigens nicht auf Landgemeinden und ebensowenig auf solche Orte beschränkt, an denen ein Richter oder Notar nicht angestellt ist (Weißler S. 161; Roth im Recht 1901 S. 557). Auch ist an Orten, an denen ein Richter oder Notar seinen Amtssitz hat, eine Verhinderung desselben auch dann anzunehmen, wenn mit Rücksicht auf die Entfernungen im Orte selbst das rechtzeitige Eintreffen des Richters oder Notars fraglich erscheint, während der Gemeindevorsteher zur Stelle ist oder schleunigst herbeigeholt werden kann.

3. Als **Urkundspersonen** („mitwirkende Personen" im Sinne der §§ 2234 ff.) sind im Falle des § 2249 der Gemeindevorsteher und zwei Zeugen tätig.

a) An die Stelle des Richters oder Notars tritt **der Vorsteher der politischen Gemeinde**, der Gemeindevorsteher, Schulze, Ortsrichter, in Städten (auch in solchen mit Magistratsverfassung, s. KG. 29 S. A 49; Windscheid-Kipp Zus. III 1 zu § 545; Weyl in DJZ. 1901 S. 501 f.; a. M. Boschan das. S. 476) der Bürgermeister, Stadtdirektor ꝛc. Soweit landesgesetzlich gewisse Verbände oder Bezirke einer Gemeinde gleichgestellt sind, ist kraft Reichsrechts der Vorsteher des betreffenden Verbandes oder Bezirkes zuständig (vgl. GVG. § 36, Personenstandsgesetz v. 6. Februar 1875 § 10). In Preußen sind die selbständigen Gutsbezirke durch Art. 80 Abs. 1 des AG. z. BGB. ausdrücklich den Gemeinden gleichgestellt worden, dagegen gibt es in Preußen keine Verbände im Sinne des § 2249, insbesondere sind die rheinischen Landbürgermeistereien und die westfälischen Ämter nicht als solche anzusehen (Begr. des Entw. zum preuß. AG. Art. 78, S. 191 der Guttentagschen Ausgabe; vgl. auch P. II Bd. 5 S. 344). Für den Vorsteher kann, wie sich von selbst versteht, dessen Vertreter eintreten, sei es der allgemeine Vertreter in Gemeindeangelegenheiten, sei es ein für die Aufnahme von Testamenten besonders bestellter (KG. 29 S. A 49; SeuffA. 60 S. 27); wer zur Vertretung befugt ist, bestimmt sich nach Landesrecht (SeuffA. a. a. O.). Außerdem kann auf Grund des Vorbehalts im EG. Art. 150 durch landesgesetzliche Vorschrift an Stelle des Vorstehers oder neben diesem eine andere amtlich bestellte Person für zuständig erklärt werden (vgl. preuß. AG. z. BGB. Art. 80 u. Allg. Vf. v. 7. Juli 1900, JMBl. S. 504, u. v. 1. Juli 1902, JMBl. S. 141; im übrigen s. die Erl. zu EG. Art. 150). Daß die Urkundsperson der deutschen Sprache mächtig sein muß, ist oben Erl. 4 zu § 2240 bereits erwähnt (KG. 23 S. A 66; vgl. jedoch Peiser § 7 Anm. 103).

Die örtliche Zuständigkeit des Vorstehers ist, abweichend von der des Richters oder Notars (s. Erl. I 3a zu § 2231), reichsgesetzlich geregelt, indem der Aufenthalt des Erblassers als maßgebend bezeichnet ist.

b) Als Kontrollpersonen kann der Gemeindevorsteher nur zwei Zeugen zuziehen. Der etwa vorhandene Gemeindeschreiber oder Dorfgerichtsschreiber genügt allein nicht, kann aber

natürlich Zeuge sein. Wo ein besonderes, aus dem Gemeindevorsteher und zwei oder mehreren sog. Schöffen zusammengesetztes Dorfgericht besteht, ist dieses Dorfgericht als solches für die Errichtung von Testamenten nicht zuständig (wie bisher in Preußen). Es wird aber im einzelnen Falle meist nichts entgegenstehen, in dem Dorfgerichte den Gemeindevorsteher nebst zwei Zeugen zu erblicken, was für die Übergangszeit von Bedeutung ist. Auch die Bezeichnung des Gemeindevorstehers, der zugleich Ortsgerichtsvorsteher ist, als Ortsgerichtsvorsteher und der Zeugen als Schöffen in dem Testamentsprotokoll ist unschädlich (RG. in JW. 1905 S. 24; KG. 32 S. A 94).

c) Für den Gemeindevorsteher und die Zeugen gelten die in den §§ 2234—2237 aufgeführten **Ausschließungsgründe.**

4. Der Hergang bei der Testamentserrichtung ist, wie schon erwähnt, derselbe wie vor einem Richter oder Notar. Der Erblasser kann mithin seinen letzten Willen mündlich erklären oder ihn schriftlich abgefaßt überreichen (§ 2238). Der Vorsteher und die Zeugen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein (§ 2239). Die Vorschriften über die Aufnahme des Protokolls (§§ 2240—2242) sowie die Vorschriften über die Verhandlung mit stummen (§ 2243) oder mit sprachfremden Personen (§§ 2244, 2245) finden Anwendung (RG. 56 S. 366; s. KG. 23 S. A 66), ebenso die Ordnungsvorschriften über den Verschluß und die Verwahrung des Testaments (§ 2246; s. wegen der Verwahrung die dortige Erl. 6). Hervorzuheben ist, daß die im § 2238 Abs. 2 enthaltene Beschränkung der Minderjährigen und der Lesensunfähigen auf die Form der mündlichen Erklärung auch für das Testament vor dem Gemeindevorsteher gilt; die in den P. II Bd. 5 S. 336 ausgesprochene gegenteilige Ansicht hat im Gesetze keine Grundlage (so auch Strohal § 22 Anm. 4).

Für das Protokoll ist außer dem gewöhnlichen Inhalte bei Vermeidung der Nichtigkeit (RG. 56 S. 366; JW. 1902 Beil. S. 216, 1903 Beil. S. 64) die **Feststellung der Besorgnis** vorgeschrieben, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde (Abs. 2 Satz 1). Für diese Feststellung ist der Gebrauch bestimmter Worte nicht vorgeschrieben; es reicht aus, wenn sich aus dem Inhalte des Protokolls ergibt, daß bei dessen Aufnahme die angeführte subjektive Besorgnis bestanden hat (RG. in JW. 1902 Beil. S. 216, 1903 Beil. S. 64). Danach und nach der in Erl. 2 mitgeteilten Begründung der Vorschrift des Abs. 2 wird man es auch als genügend ansehen dürfen, wenn statt jener subjektiven Besorgnis die diese rechtfertigenden Tatsachen im Protokoll angeführt werden (s. Z. d. DNotVer. 1901 S. 353, anderseits KG. in Rspr. 9 S. 414, wo die Feststellung, daß der Erblasser sehr krank sei und daß er bei der Entfernung des Gerichts den Gemeindevorsteher um Aufnahme des Testaments ersucht habe, nicht für ausreichend erklärt ist; vgl. auch Boß in DJZ. 1901 S. 280). Die Feststellung der Besorgnis, daß die Testamentserrichtung „vor einem Richter" nicht mehr möglich sei (ohne Erwähnung des Notars), ist vom RG. in mehreren Fällen (JW. 1902 Beil. S. 216, 1905 S. 24) für genügend erklärt. Diese Feststellung ist lediglich Sache der Urkundsperson (abw. Windscheid-Kipp Zus. III 1 zu § 545: des Gemeindevorstehers und der beiden Zeugen); sie braucht weder in Anwesenheit der Zeugen getroffen und niedergeschrieben noch vorgelesen und von dem Erblasser genehmigt und unterschrieben zu werden (KG. 29 S. A 49; RJA. 5 S. 45; s. oben Erl. 2a, 2d, 3c zu § 2242).

Neben der Feststellung der Besorgnis kann durch instruktionelle Vorschriften noch die Aufnahme anderer Tatsachen in das Protokoll angeordnet werden; vgl. z. B. die oben genannten preuß. Anweisungen vom 23. Juni 1900 §§ 13—15 und vom 15. März 1904 §§ 14 bis 16 (Feststellung der Persönlichkeit und der Geschäftsfähigkeit des Erblassers, Hinweis auf § 2252). Die Vorschriften des FGG. (§§ 169—182) über die gerichtliche oder notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften finden keine Anwendung (vgl. Erl. 1 zu § 2232; Weißler S. 161), ebensowenig die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden (Erl. 2 zu § 2232).

5. Ehegatten können ein gemeinschaftliches Testament nach § 2249 auch dann errichten, wenn die Besorgnis des alsbaldigen Versterbens nur bezüglich eines von ihnen zutrifft (§ 2266).

In den Konsulargerichtsbezirken und den Schutzgebieten kann im Falle des § 2249 Abs. 1 ein Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen nach § 2250 errichtet werden; der § 2249 Abs. 2 findet dabei entsprechende Anwendung (Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. April 1900 § 38, Schutzgebietsges. v. 10. September 1900 § 3).

§. 2250. Wer sich an einem Orte aufhält, der in Folge des Ausbruchs einer Krankheit oder in Folge sonstiger außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist, kann das Testament in der durch den §. 2249 Abs. 1 bestimmten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichten.

Wird die mündliche Erklärung vor drei Zeugen gewählt, so muß über die Errichtung des Testaments ein Protokoll aufgenommen werden. Auf die Zeugen finden die Vorschriften der §§. 2234, 2235 und des §. 2237 Nr. 1 bis 3, auf das Protokoll finden die Vorschriften der §§. 2240 bis 2242, 2245 Anwendung. Unter Zuziehung eines Dolmetschers kann ein Testament in dieser Form nicht errichtet werden.

---

§ 2250.

E. I § 1927; II § 2114 rev. § 2222; III § 2220. P. I S. 9837 ff., 12263; M. V S. 283 ff. P. II Bd. 5 S. 346. D. S. 737. KB. S. 2105.

1. Auch die Zulassung einer **außerordentlichen Testamentsform für den Fall der Absperrung** des Erblassers entspricht dem bisherigen Rechte (vgl. über das gemeinrechtliche testamentum pestis tempore conditum Windscheid-Kipp § 544 Nr. 2; ferner preuß. ALR. I 12 §§ 198—204, code civ. art. 985—987; sächs. GB. §§ 2113, 2114). Das BGB. stellt dem Erblasser zwei außerordentliche Testamentsformen zur Auswahl, nämlich einmal die Errichtung vor dem Gemeindevorsteher (oder der gemäß EG. Art. 150 amtlich bestellten Person, s. Erl. 2 zu Art. 150) und zwei Zeugen nach § 2249 Abs. 1 (die Vorschriften des Abs. 2 daselbst finden keine Anwendung) und daneben die Form der mündlichen Erklärung vor drei Zeugen mit Aufnahme eines Protokolls. Die letztere Form wird im Abs. 2 näher geregelt. Der zeitlichen Beschränkung der Gültigkeit nach § 2252 unterliegen auch die nach § 2250 errichteten Testamente.

2. **Voraussetzung** für die Anwendung des § 2250 ist ein Notstand lokaler Natur, infolgedessen der Ort, an dem sich der Erblasser aufhält, dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung des Testaments vor einem Richter oder Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist. In erster Linie kommt eine ansteckende Krankheit in Betracht, daneben sind Naturereignisse wie Überschwemmung, Erdbeben oder sonstige außerordentliche Umstände wie Kriegszustand, Aufruhr ꝛc. als Ursache der Absperrung denkbar. Bei einer Krankheit ist nicht erforderlich, daß sie bereits allgemein herrscht, vielmehr genügt der Ausbruch der Krankheit auch nur in einem einzigen Falle, wenn er zu einer Absperrung des Erblassers führt, mag dieser selbst oder ein anderer erkrankt sein. Es braucht auch keineswegs eine ganze Ortschaft abgesperrt zu sein, vielmehr kann es genügen, wenn eine Straße, ein Gebäude oder ein Teil eines Gebäudes nicht zugänglich ist. Daß die Absperrung auf obrigkeitlicher Verfügung beruht, wird nicht vorausgesetzt, ebensowenig ein obrigkeitlicher Erlaß, der das Vorliegen des Ausnahmezustandes deklaratorisch feststellt (M. V S. 284). Es kommt vielmehr lediglich auf die tatsächlichen Verhältnisse an, deren Feststellung in dem Protokolle nicht vorgeschrieben, aber jedenfalls in Form einer kurzen Erwähnung zweckmäßig ist. Da es sich meist um allgemein bekannte Dinge handelt, werden spätere Streitigkeiten, zumal infolge des § 2252, nicht leicht vorkommen.

3. **Vor drei Zeugen** kann das Testament nur durch mündliche Erklärung, nicht durch Übergabe einer Schrift, errichtet werden. Wer am Sprechen verhindert ist, kann sich daher dieser Form überhaupt nicht bedienen, was im Gesetz auch darin hervortritt, daß der § 2243 nicht angezogen ist (vgl. Wilke Anm. 3, 4). Ist der Erblasser der deutschen Sprache nicht mächtig, so kann nur nach § 2245 verfahren werden; es sind daher nur Zeugen brauchbar, die der Sprache des Erblassers mächtig sind; die Zuziehung eines Dolmetschers ist ausgeschlossen (Abs. 2 Satz 3). Die Zeugen sind wie bei der Testamentserrichtung in öffentlicher Form Solennitätszeugen (M. V S. 285 f.). Es gelten für sie dieselben Ausschließungsgründe wie dort, nur kommen der § 2236 und der § 2237 Nr. 4 in Ermangelung eines die Verhandlung leitenden Richters oder Notars nicht in Betracht. Die Anwesenheit der Zeugen während der ganzen Verhandlung in dem oben Erl. 1 b zu § 2239 erörterten Sinne ist zwar nicht ausdrücklich

§. 2251. Wer sich während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs außerhalb eines inländischen Hafens befindet, kann ein Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen nach §. 2250 errichten.

---

vorgeschrieben, da der § 2239 nicht angezogen ist; mit Recht bezeichnen aber die M. V S. 285 dieses Erfordernis als selbstverständliche Folge der Vorschrift, daß die Errichtung durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen erfolge (s. Herzfelder Erl. 3b; a. M. die frühere Aufl.; Meyer § 29 Anm. 17). Der Ansicht von Wilke (Anm. 6), daß jeder der Zeugen einzeln die Erklärung des Erblassers anhören und das Protokoll unterschreiben könne, steht entgegen, daß jeder Zeuge durch seine Unterschrift unter dem Protokoll auch die Mitwirkung der beiden anderen Zeugen bescheinigt.

Für das Protokoll gelten mit Bezug auf Sprache, Inhalt, Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift dieselben Vorschriften wie bei dem öffentlichen Testamente (§§ 2240—2242, 2245). Die Errichtung des Protokolls ist auch hier wesentlich; erst durch dessen Vollziehung, nicht schon mit der mündlichen Erklärung ist das Testament errichtet (s. Breit in Z. d. DNotVer. 1904 S. 187; vgl. jedoch Erl. 4d zu § 2242). Wer das Protokoll schreibt, ist auch hier gleichgültig (vgl. Erl. 4 zu § 2240; Wilke Anm. 3), es muß aber von allen drei Zeugen unterschrieben werden (§ 2242 Abs. 3); die in den P. II Bd. 5 S. 346 (ebenso Peiser S. 348) ausgesprochene Ansicht, daß es genüge, wenn „einer der Zeugen" sich die Urkunde als Protokoll aneigne, ist unzutreffend, entspricht übrigens, wie aus dem darauf Folgenden hervorgeht, auch kaum der wahren Meinung der Kommission. Das Protokoll hat nur die Beweiskraft einer Privaturkunde nach CPO. §§ 416, 440. Die Versiegelung und amtliche Verwahrung ist nicht angeordnet.

§ 2251.

E. I § 1929; II § 2115 rev. § 2223; III § 2221. P. I S. 9851 ff., 11446, 11613 f.; M. V S. 287. P. II Bd. 5 S. 346 ff. D. S. 737. RB. S. 2105.

1. Seetestament. Nach dem Vorgange mancher bisherigen und auswärtigen Rechte (preuß. ALR. I 12 §§ 205—207, code civ. art. 988—997, vgl. im übrigen M. V S. 287) hat das BGB. im § 2251 für den Fall einer Seereise die Testamentserrichtung in außerordentlicher Form gestattet. **Die Befugnis gilt für Personen, die sich an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs befinden.** Für Personen an Bord eines Schiffes oder Fahrzeugs der Kaiserlichen Marine gilt die Form des privilegierten militärischen Testaments nach § 44 des Reichs-Militärgesetzes v. 2. Mai 1874 und Art. 44 des EG. z. BGB. neben der durch das FGG. § 184 zugelassenen ordentlichen Testamentsform vor den Kriegsgerichtsräten (s. oben Vorbm. III 1a, b). Der § 2251 ist daher auf Schiffe der Handelsmarine und sonstige nicht zur Kriegsmarine gehörende Fahrzeuge (Lustjachten, Rennboote ꝛc.) beschränkt. Ob das Schiff, auf dem sich der Erblasser befindet, als deutsches Schiff anzusehen ist, wird nach den Grundsätzen des Gesetzes v. 22. Juni 1899, betreffend das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe (§§ 1, 2; vgl. auch § 10 des Schutzgebietsgesetzes v. 10. September 1900) zu beurteilen sein. Regelmäßige Voraussetzung ist demnach, daß das Schiff im ausschließlichen Eigentume von Reichsangehörigen steht. Von der formellen Anerkennung der Berechtigung des Schiffes, die Reichsflagge zu führen, durch Erteilung des Schiffs-Zertifikats oder des Flaggenzeugnisses (§§ 10—12 des Ges. v. 22. Juni 1899) kann jedoch die Anwendung des § 2251 nicht abhängig gemacht werden. Ob der Erblasser Inländer oder Ausländer ist, begründet keinen Unterschied. Dagegen gilt der § 2251 nicht für Deutsche, die sich auf fremden Schiffen befinden.

2. Die besonderen Voraussetzungen des § 2251 bestehen darin, daß sich der Erblasser

a) während einer Seereise,

b) an Bord des Schiffes, und zwar

c) außerhalb eines inländischen Hafens befindet.

Zu a: **Auf der Seereise** befindet sich ein Seeschiff schon dann bzw. noch dann, wenn es die offene See noch nicht erreicht bzw. bereits verlassen hat und sich außerhalb des Hafens auf einem Strome befindet, z. B. auf der Elbe zwischen Kuxhafen und Hamburg. Überdies ist die Frage, ob eine Seereise beendigt ist, im Sinne des § 2251 auch nach den persönlichen Verhältnissen des Erblassers zu beurteilen. Die Vorschrift findet daher Anwendung, wenn das Schiff den das Endziel seiner Reise bedeutenden fremden Hafen bereits erreicht hat, der Erblasser aber wegen Krankheit es nicht verlassen kann.

§. 2252. Ein nach §. 2249, §. 2250 oder §. 2251 errichtetes Testament gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt.

Beginn und Lauf der Frist sind gehemmt, solange der Erblasser außer Stande ist, ein Testament vor einem Richter oder vor einem Notar zu errichten.

Tritt im Falle des §. 2251 der Erblasser vor dem Ablaufe der Frist eine neue Seereise an, so wird die Frist dergestalt unterbrochen, daß nach der Beendigung der neuen Reise die volle Frist von neuem zu laufen beginnt.

Wird der Erblasser nach dem Ablaufe der Frist für todt erklärt, so behält das Testament seine Kraft, wenn die Frist zu der Zeit, zu welcher der Erblasser den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat, noch nicht verstrichen war.

Zu b: Daß der Erblasser sich **an Bord des Schiffes** befindet, ist für die Gültigkeit des Testaments unbedingte Voraussetzung; ein in einem fremden Hafen am Lande errichtetes Testament unterliegt dem § 2251 nicht (abweichend EG. Art. 44 bezüglich der zur Schiffsbesatzung gehörenden Personen; vgl. dort Erl. 1a, b). In welcher Eigenschaft sich der Erblasser an Bord befindet, ist im Falle des § 2251 unerheblich.

Zu c: Unter **inländischen Häfen** sind die Häfen der deutschen Schutzgebiete nicht mit zu verstehen (vgl. Erl. 2 zu § 1944).

3. Die im Falle des § 2251 zugelassene **außerordentliche Form** ist diejenige des § 2250 Abs. 2, also die mündliche Erklärung des letzten Willens vor drei Zeugen unter Aufnahme eines Protokolls (s. Erl. 3 zu § 2250). Eine Mitwirkung des Schiffsführers ist abweichend von manchen anderen Rechten nicht für notwendig erklärt.

§ 2252.

E. I §§ 1926, 1928, 1930; II § 2116 rev. § 2224; III § 2222. M. I S. 9855 ff., 11427, 11614; M. V S. 282 f., 286, 288. P. II Bd. 5 S. 345 f., 349. D. S. 737. KB. S. 2105.

1. **Zeitliche Beschränkung der Gültigkeit der in außerordentlicher Form errichteten Testamente.** Um die Bedeutung der außerordentlichen Testamentsformen in den Grenzen ihres Zweckes und des wirklichen Bedürfnisses zu halten, wird in § 2252 entsprechend ähnlichen Vorschriften der bisherigen Rechte eine zeitliche Beschränkung der Gültigkeit eines nach § 2249, § 2250 oder § 2251 errichteten Testaments aufgestellt. Das in außerordentlicher Form errichtete Testament *gilt als nicht errichtet, wenn drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt.* Wie die Fassung der Vorschrift erkennen läßt, wird die Unwirksamkeit des Testaments auf die Zeit der Errichtung zurückbezogen, woraus insbesondere folgt, daß auch die aufhebende Wirkung der Verfügung gegenüber einem älteren Testamente (§§ 2253, 2254, 2258) beseitigt wird (M. V S. 282). Der dreimonatige Zeitraum ist nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3 zu berechnen. Der § 191 kommt nicht zur Anwendung, vielmehr sind auch dann, wenn der Lauf der Frist nach Abs. 2 gehemmt ist (Erl. 2), die §§ 187, 188 für die Berechnung maßgebend (vgl. die Erl. zu § 191 und Erl. 2 zu § 205). Daß der Erblasser bei dem Ablaufe der Frist noch gelebt hat, muß, wenn der Tod feststeht, der Zeitpunkt des Todes aber streitig ist, von demjenigen bewiesen werden, welcher sich auf die Ungültigkeit des Testaments beruft.

2. Die im Abs. 2 vorgeschriebene **Hemmung der Frist** hat die Bedeutung, daß der Zeitraum, währenddessen der Beginn oder der Lauf der Frist gehemmt ist, in die Frist nicht eingerechnet wird (vgl. § 205 und die dortige Erl. 2). Die Hemmung dauert solange, wie der Erblasser *außerstande* ist, *vor einem deutschen Richter oder Notar zu testieren.* Es kommt also weder die Möglichkeit eines eigenhändigen Testaments noch die Möglichkeit in Betracht, ein Testament vor einem ausländischen Richter oder Notar oder aber in einer anderen außerordentlichen Form des deutschen Rechtes als der zuerst benutzten zu errichten. *Der Hinderungsgrund kann, wie z. B. bei anhaltender schwerer Krankheit, in der Person des Erblassers oder in äußeren Umständen liegen, z. B.* in fortdauernder Verkehrssperrung oder Stillstand der Rechtspflege. Eine erhebliche Erschwerung der Testamentserrichtung nach § 2231 Nr. 1 genügt im allgemeinen nicht. Wenn jedoch das außerordentliche Testament nach § 2250 errichtet ist, weil die Errichtung vor einem Richter oder Notar durch die Absperrung des

§. 2253. Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden.

Die Entmündigung des Erblassers wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht steht dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nicht entgegen.

Erblassers zwar nicht unmöglich gemacht, aber doch erheblich erschwert war, muß die Fortdauer dieser Absperrung als ausreichend angesehen werden, um die dreimonatige Frist des § 2252 zu hemmen (Strohal § 22 Anm. 15; a. M. Weißler S. 163; Endemann III § 30 Anm. 14 will allgemein erhebliche Schwierigkeiten genügen lassen, deren Überwindung dem Erblasser nicht möglich oder nicht zuzumuten sei).

3. Besonderheit für das Seetestament. Für den Fall des § 2251 ist im Absatz 3 eine **Unterbrechung** der dreimonatigen Frist vorgesehen, wenn der Erblasser vor deren Ablauf **eine neue Seereise** antritt. Die Wirkung der Unterbrechung wird wie bei der Unterbrechung der Verjährung (§ 217) dahin bestimmt, daß nach der Beendigung der neuen Reise die volle Frist von neuem zu laufen beginnt. Ob eine neue Reise angetreten oder nur die ursprüngliche fortgesetzt ist, muß nach den Umständen des Falles entschieden werden. Solange die ursprüngliche Reise fortgesetzt wird, kommt nur die Hemmung der Frist nach Abs. 2 in Betracht. Läuft das Schiff auf der ursprünglichen Reise einen inländischen Hafen an und verweilt daselbst so lange, daß der Erblasser hinreichend Zeit hat, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten, so sind die Tage dieses Aufenthalts in die dreimonatige Frist einzurechnen. Hieraus kann allerdings gefolgert werden, daß in dem gleichen Falle die neuangetretene Reise im Sinne des Abs. 3 als beendigt anzusehen ist, da andernfalls eine unbegründete Verschiedenheit in der Wirkung einer Unterbrechung der ersten und der zweiten Seereise bestehen würde (Frommhold Anm. 2). Diese Folgerung ist aber von rein theoretischer Bedeutung, weil nach ihr die Fortsetzung der Reise als eine neue (dritte) Seereise anzusehen und daher an sie sogleich wieder die Wirkung einer Unterbrechung der neuen Frist anzuknüpfen sein würde. Auf die Rückkehr des Schiffes in den Heimathafen, von der Frommhold spricht, kann überhaupt nicht abgestellt werden, weil es nicht auf die Reise des Schiffes, sondern auf die des Erblassers ankommt, die viel eher beendigt sein kann als jene. Möglich wäre übrigens auch, aus dem Abs. 3 die Folgerung zu ziehen, daß der Erblasser auch im Sinne des Abs. 2 bis zur vollständigen Beendigung der ersten Seereise als zur Errichtung eines ordentlichen Testaments außerstande anzusehen ist. Dem Wortlaute des Abs. 1, 2 entspricht diese Auffassung jedoch nicht.

4. Der Abs. 4 enthält eine Ausnahme von der im § 18 Abs. 1 aufgestellten Vermutung über den **Zeitpunkt des Todes eines für tot Erklärten.** Dieser Zeitpunkt wird nach § 18 Abs. 2 in Verbindung mit den §§ 14—17 in der Regel in eine spätere Zeit fallen, als der Ablauf der nach § 2252 Abs. 1 von der Testamentserrichtung an zu berechnenden dreimonatigen Frist. Die Folge davon würde sein, daß das Testament ungültig wäre, weil der Erblasser der maßgebenden Rechtsvermutung zufolge bei dem Ablaufe der Frist noch gelebt hat. Um dies auszuschließen, bestimmt der Abs. 4, daß ein außerordentliches Testament gültig sein soll, wenn nur derjenige Zeitpunkt, in welchem der für tot erklärte Erblasser den vorhandenen positiven Nachrichten zufolge noch gelebt hat, nicht schon über den Ablauf der Frist hinausfällt. Es wird nicht geradezu eine Vermutung für das Versterben des Erblassers vor dem Ablaufe der Frist aufgestellt, aber doch die auf § 18 Abs. 1 beruhende Vermutung ausgeschlossen. Die P. II Bd. 5 S. 346 und verschiedene Schriftsteller (Frommhold Anm. 3; Endemann III § 30 Anm. 15) gehen von einer anderen Auffassung aus, indem sie den Abs. 4 als eine Abweichung von der Lebensvermutung des § 19 bezeichnen. Der § 19 gilt aber nur, solange eine Todeserklärung nicht erfolgt ist, während hier gerade das Vorliegen einer solchen vorausgesetzt wird (s. Strohal § 22 Anm. 16).

§ 2253.

E. I § 1753 Abs. 2; II § 2121 Abs. 1 rev. § 2228 Abs. 1; III § 2226. P. I S. 8882 f., 8887 ff.; M. V S. 8. P. II Bd. 5 S. 5.

1. Die §§ 2253—2258 handeln von der nach dem Willen des Erblassers eintretenden **Aufhebung eines Testaments** (vgl. die Übersicht in der Vorbm. 1 zu den §§ 2078—2083, oben S. 356 f.), und zwar betreffen die §§ 2253—2257 den (rein negativen) **Widerruf**, der § 2258 aber die stillschweigende **Aufhebung durch Errichtung eines späteren Testaments** mit

§. 2254. Der Widerruf erfolgt durch Testament.

entgegengesetztem Inhalt. Eine Ergänzung erfahren diese Vorschriften in dem § 2289 Abs. 1 Satz 1, der sich auf die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch den Abschluß eines Erbvertrags bezieht.

2. **Die freie Widerruflichkeit** gehört zum Wesen der letztwilligen Verfügung, die diesem Begriffsmerkmale mit ihren Namen verdankt und sich wesentlich dadurch von der zweiten Hauptgruppe der Verfügungen von Todes wegen, dem Erbvertrag, unterscheidet (s. Erl. 2 zu § 1937). Eine Einschränkung erleidet der Grundsatz der freien Widerruflichkeit nur bei den korrespektiven Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 Abs. 1, 2). Ein Verzicht auf den Widerruf einer letztwilligen Verfügung findet nicht statt, denn ein Verzichtsvertrag ist nach § 2302 nichtig, eine einseitige Verzichtserklärung des Erblassers aber ist nach allgemeinen Grundsätzen unwirksam. Insbesondere gilt letzteres von der sog. derogatorischen Klausel, d. h. der im Testamente selbst getroffenen Bestimmung, daß eine spätere letztwillige Verfügung ungültig oder nur unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere in einer gewissen Form gültig sein sollte.

3. **Ein bedingter Widerruf** ist möglich. Die dergestalt widerrufene Zuwendung wird dadurch nachträglich von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht, nicht etwa von einer aufschiebenden Bedingung entgegengesetzten Inhalts. Der § 2074 findet daher keine Anwendung (M. V S. 25). Von der sog. privatorischen Klausel, die in der Wirkung einem bedingten Widerrufe gleichstehen kann, ist schon in der Vorbm. 2 zu den §§ 2074—2076 (S. 352) die Rede gewesen (s. auch Dernburg § 40 Anm. 9).

4. **Widerruf eines Testierunfähigen.** Der Widerruf einer letztwilligen Verfügung setzt im allgemeinen Testierfähigkeit voraus (M. V S. 297). Eine Ausnahme enthält der Abs. 2, der im Zusammenhange mit dem § 2229 Abs. 3 vom Bundesrat aufgenommen worden ist (s. jedoch bereits P. II Bd. 5 S. 325, 352) und bezüglich des Verschwenders in verwandten Vorschriften des preuß. ALR. (Anh. § 42 zu I 12 § 565) und des sächs. GB. (§ 2210 Satz 2) einen Vorgang hat. Über die innere Berechtigung der Vorschrift vgl. einerseits Küntzel in Gruch. 41 S. 598f.; andererseits Endemann III § 50 Anm. 2; Frommhold Anm. 2; Rüger im Sächs. Arch. 9 S. 420.

Die Vorschrift bezieht sich nur auf den Widerruf des Testaments nach §§ 2254—2256, nicht auf die Aufhebung nach § 2258, d. h. wenn ein wegen Geistesschwäche ꝛc. Entmündigter ein Testament positiven Inhalts errichtet, das die Aufhebung einer früheren letztwilligen Verfügung nur kraft seines abweichenden Inhalts zur Folge haben würde, so ist dies gänzlich unwirksam und die frühere Verfügung bleibt in Kraft. Andererseits kann der Entmündigte zufolge des Abs. 2 nicht nur dem gesetzlichen Erbrechte Raum schaffen, sondern auch eine frühere letztwillige Verfügung wieder in Kraft setzen (§ 2258 Abs. 2). Auch ein teilweiser Widerruf einer letztwilligen Verfügung, insbesondere die Herabsetzung von Vermächtnissen, ist nach Abs. 2 möglich (Cosack II § 358 Nr. II 2).

Aus dem Wortlaute der Vorschrift folgt, daß, wenn der entmündigte Erblasser von der ihm durch Abs. 2 gebotenen Befugnis Gebrauch macht, dieser Widerruf von ihm, solange die Entmündigung dauert, nicht widerrufen werden kann. Denn es wird ihm nur der Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments gestattet. Ob aber das vor der Entmündigung errichtete Testament positive Verfügungen oder lediglich einen Widerruf enthält (§ 2254), ist nach dem entscheidenden Wortlaute des Abs. 2 ohne Belang. Es ist demnach ein vor der Entmündigung erfolgter Widerruf widerruflich, ein Widerruf nach der Entmündigung dagegen unwiderruflich (Cosack II § 358 bei Anm. 5; Dernburg § 39 Ziff. III; a. M. in ersterer Hinsicht Strohal § 42 Anm. 3 und Windscheid-Kipp Zus. 4 zu § 539, deren Gründe nur de lege ferenda beachtlich sind).

§ 2254.

E. I § 1933 Abs. 1; II § 2121 Abs. 2 Satz 1 rev. § 2228 Abs. 2 Satz 1; III § 2227 Satz 1. P. I S. 9876 ff., 12253; M. V S. 297 f. P. II Bd. 5 S. 351 ff. RG. S. 2105.

1. **Widerruf durch Testament.** Für den Widerruf eines ganzen Testaments oder einer einzelnen letztwilligen Verfügung durch eine neue Verfügung dieser Art steht dem Erblasser jede Testamentsform offen. Er kann sich daher auch der außerordentlichen Formen (§§ 2249—2251) bedienen,

§. 2255. Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt.

Hat der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der bezeichneten Weise verändert, so wird vermuthet, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe.

---

sofern deren Voraussetzungen zutreffen, so jedoch, daß die im § 2252 bestimmte zeitliche Beschränkung der Gültigkeit auch für den Widerruf eingreift (M. V S. 298). Dagegen hat das BGB. keine besonderen Formerleichterungen für den Widerruf aufgenommen, weil es solcher nach der Zulassung des eigenhändigen Testaments nicht bedarf. Die Form des Widerrufs braucht nicht dieselbe zu sein, in der das Testament errichtet ist (P. II Bd. 5 S. 351 f.). Es kann daher ein in öffentlicher Form errichtetes Testament durch ein eigenhändiges widerrufen werden (s. Zimmer im Arch. f. Bürg. R. 24 S. 23). Selbstverständlich braucht auch, wenn der Widerruf vor einem Richter oder Notar erklärt wird, nicht dasselbe Gericht oder derselbe Notar angegangen zu werden, vor dem seinerzeit die Testamentserrichtung stattgefunden hat. Es ist danach möglich, daß das widerrufene Testament in amtlicher Verwahrung bleibt, während das widerrufende überhaupt nicht oder bei einer anderen Stelle zur Verwahrung gegeben wird.

Ein formloser „tatsächlicher Widerruf", wie ihn das Reichsgericht (RG. 16 S. 243, 34 S. 301 f.) für das preuß. Recht, insbesondere bei Vermächtnissen, annahm, ist für das BGB., abgesehen von den besonderen Vorschriften des § 2172, nicht anzuerkennen (vgl. die Ausführungen über die ademtio legati in Erl. 2 zu § 2172 und Erl. 1c zu § 2173). Wegen des Einflusses der Verzeihung auf den Bestand einer Verfügung, durch die der Erblasser den Pflichtteil entzogen hat, s. § 2337 Satz 2.

2. Der Widerruf nach § 2254 ist wie in der Form so auch in den übrigen Beziehungen eine **letztwillige Verfügung**. Es gelten daher für ihn, insbesondere auch betreffs der Anfechtung und der sonstigen Folgen von Willensmängeln die Grundsätze der letztwilligen Verfügungen; vgl. die Vorbm. 2 zu den §§ 2078—2083 (S. 357).

3. **Inhalt.** Der Widerruf kann den alleinigen Inhalt des neuen Testaments bilden. Sind neben dem Widerrufe neue Verfügungen positiven Inhalts getroffen, so sind im Falle des § 2253 Abs. 2 zunächst nur diese ungültig. Wenn jedoch anzunehmen ist, daß der Erblasser den Widerruf nur mit Rücksicht auf die neuen Verfügungen ausgesprochen hat, zieht die Unwirksamkeit dieser letzteren auch die des Widerrufs nach sich (§ 2085).

4. **Widerruf des Widerrufs.** Der durch Testament erfolgte Widerruf kann selbst widerrufen werden, sei es nach § 2254 durch ein neues Testament, sei es gemäß §§ 2255, 2256. Die Widerrufung des Widerrufs hat zur Folge, daß die ursprüngliche Verfügung wiederhergestellt wird, wie wenn sie überhaupt nicht widerrufen worden wäre (§ 2257).

5. **Übergangszeit.** Die §§ 2254—2256 gelten auch seit dem 1. Januar 1900 für ein früher errichtetes Testament; wegen der gemeinschaftlichen Testamente s. jedoch EG. Art. 214 Abs. 2 (s. oben Vorbm. V 2 und Bd. VI Erl. 1f, 4 zu Art. 214).

§ 2255.

E. I § 1934; II § 2122 rev. § 2229; III § 2228. P. I S. 9885 ff., 9889 ff., 9914 f., 11446; M. V S. 299 ff. P. II Bd. 5 S. 353.

1. **Widerruf durch Vernichtung der Testamentsurkunde. Rechtliche Natur.** Neben dem Widerrufe durch Testament (§ 2254) werden in den §§ 2255, 2256 zwei andere Formen des Widerrufs zugelassen, von denen die des § 2255 (Vernichtung der Testamentsurkunde) vorzugsweise für das eigenhändige Testament, die des § 2256 aber (Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung) ausschließlich für das öffentliche Testament (§ 2231 Nr. 1, § 2249) in Betracht kommt. Obwohl die in den §§ 2255, 2256 vorausgesetzten Tatbestände nicht die äußere Form letztwilliger Verfügungen an sich tragen, werden sie doch sachlich als solche behandelt. Der Erblasser muß daher, um die fraglichen Handlungen mit der Wirkung des Widerrufs vornehmen zu können, insoweit testierfähig sein, als dies zum Widerruf einer letztwilligen Verfügung

überhaupt erforderlich ist (§§ 2229, 2230, § 2253 Abs. 2). Ebenso greifen betreffs der Anfechtung wegen Irrtums oder Drohung die für letztwillige Verfügungen allgemein geltenden Vorschriften ein (§§ 2079 ff.; vgl. M. V S. 47, 302; P. II Bd. 5 S. 69; Küntzel in Gruch. 41 S. 601). Auch die Regel locus regit actum findet auf die §§ 2255, 2256 Anwendung (vgl. RG. 14 S. 184).

2. Der § 2255 gilt für alle Testamentsarten. Da indessen das in öffentlicher Form vor einem Richter oder Notar oder vor dem Gemeindevorsteher errichtete Testament sogleich nach der Errichtung in amtliche Verwahrung gebracht wird (§ 2246 Abs. 1, § 2249 Abs. 1 Satz 3), im Falle der Rückgabe an den Erblasser aber schon mit der Rückgabe als widerrufen gilt (§ 2256), so kommt die Widerrufsform des § 2255 für Testamente dieser Art praktisch kaum in Betracht. Grundsätzlich ist sie jedoch auch bei ihnen nicht ausgeschlossen. Es wird also ein in öffentlicher Form errichtetes Testament auch dann aufgehoben, wenn der Erblasser die Urkunde nicht auf dem Wege des § 2256, sondern durch ein Versehen der Verwahrungsbeamten oder auf sonstige unrechtmäßige Weise zurückerlangt und sie gemäß § 2255 vernichtet oder verändert (M. V S. 300). Vorzugsweise ist der § 2255 jedoch für ein eigenhändiges Testament von Bedeutung, das der Erblasser in privater Verwahrung zurückbehalten oder nach § 2256 Abs. 3 aus der öffentlichen Verwahrung zurückgenommen hat. Ebenso findet sie auf das nach §§ 2250, 2251 vor drei Zeugen errichtete Testament Anwendung, für das eine amtliche Verwahrung nicht vorgeschrieben ist. Ferner gilt sie auch für das privilegierte Militärtestament, das nach dem Reichs-Militärgesetze v. 2. Mai 1874 (§ 44) nur hinsichtlich der Errichtungsform besonderen Regeln unterliegt, während hinsichtlich des Widerrufs die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes eingreifen.

3. Zum Tatbestande des Widerrufs nach § 2255, der sich auf das ganze Testament oder auf eine einzelne Verfügung desselben (a. M. in letzter Hinsicht Mantey im Recht 1906 S. 556) erstrecken kann, gehört:

a) in objektiver Beziehung, daß der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr äußere Veränderungen vornimmt, durch die nach den allgemeinen Anschauungen und Gewohnheiten der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt.

α) Als **äußerlich geeignete Handlungen** kommen Verbrennen, Zerschneiden, Zerreißen, Einreißen, Durchstreichen oder Unleserlichmachen in Betracht (s. Recht 1904 S. 284). Bloßes Wegwerfen, z. B. in den Papierkorb, genügt nicht, ebensowenig Erbrechen des Siegels (s. RG. 29 S. A 26).

β) Die Vernichtung oder Veränderung muß **an der Urschrift** vorgenommen werden; Handlungen, die nur den Entwurf oder eine Abschrift betreffen, sind unerheblich. Sind mehrere Exemplare des Testaments als Urschrift angefertigt (s. Erl. II 2 f zu § 2231), so genügt zum Widerrufe die Vernichtung oder Veränderung eines Exemplars, wenn der Aufhebungswille des Erblassers aus den Umständen erkennbar ist, insbesondere wenn erhellt, daß der Erblasser das zweite Exemplar nur deshalb nicht vernichtet hat, weil es ihm nicht zu Hand war (s. unten zu b a. E.; vgl. Endemann III § 50 Anm. 16; Frommhold Anm. 4 und bezüglich des bisherigen Rechtes RG. 14 S. 184; a. M. Brock S. 103; s. auch Wilke Anm. 4).

γ) **Vernichtung durch den Erblasser.** Eine Vertretung des Erblassers ist, da den im § 2255 bezeichneten Handlungen die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung zukommt (Erl. 1), nach § 2064 unzulässig. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß sich der Erblasser zur Ausführung der Vernichtung oder Veränderung einer fremden Hand bedient. Vielmehr steht das Handeln eines anderen auf Geheiß des Erblassers dem eigenen Handeln gleich, was besonders für gemeinschaftliche Testamente von praktischer Bedeutung ist (vgl. Endemann III § 50 Anm. 15; RG. 14 S. 183, 29 S. 329). Dagegen kann es nicht für ausreichend erachtet werden, wenn die Vernichtung oder Veränderung von einem anderen zunächst unbefugt vorgenommen und erst später vom Erblasser formlos genehmigt wird (Endemann a. a. O.; Brock S. 102 f., 107 ff.; Strohal § 42 Anm. 9; Wilke Anm. 3; RG. 29 S. 330; a. M. Cosack II § 358 bei Anm. 7 b). Der Grund für diese Unterscheidung dürfte weniger darin liegen, daß in dem letzteren Falle der Widerrufswille nicht aus der Vernichtung der Urkunde selbst, sondern aus einem späteren Handeln des Erblassers erkannt wird (RG. a. a. O.), als vielmehr darin, daß bei einem rein tatsächlichen Handeln eines Dritten von einer nach außen hin wirkenden späteren Genehmigung überhaupt nicht die Rede sein kann (vgl. §§ 182 ff.).

§. 2256. Ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach §. 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird.

Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen.

Die Vorschriften des Abs. 2 gelten auch für ein nach §. 2248 hinterlegtes Testament; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testaments ohne Einfluß.

---

b) **In subjektiver Hinsicht** ist erforderlich, daß der Erblasser die Vernichtung ꝛc. in der **Absicht, das Testament aufzuheben,** vorgenommen hat. Der E. I stellt das Erfordernis auf, daß der Erblasser „vorsätzlich und mit dem Willen, die Verfügung aufzuheben", handeln müsse. Wenn der § 2255 statt dessen nur die Absicht verlangt, das Testament aufzuheben, so hat diese Änderung keine sachliche Bedeutung (P. II Bd. 5 S. 353; a. M. Eichhorn S. 184).

Der Beweis des Aufhebungswillens, der oft schwer zu führen sein würde, wird durch die im Abs. 2 aufgestellte Rechtsvermutung entbehrlich gemacht, welche Platz greift, sobald feststeht, daß der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder in der fraglichen Weise verändert hat. Eine Vermutung dafür, daß eine sinnenfällige Zerstörung oder Veränderung der Urkunde durch den Erblasser vorgenommen sei, besteht dagegen nicht (vgl. Brock S. 104 ff.). Der Gegenbeweis gegen die Vermutung des Abs. 2 (CPO. § 292) wird darauf abzielen, daß der Erblasser die beschädigende Handlung aus Irrtum, Versehen, im Zustande der Geschäftsunfähigkeit oder geistiger Störung vorgenommen habe. Daß der Abs. 2 nicht zur Anwendung kommen soll, wenn sich der Erblasser zur Vernichtung ꝛc. der Urkunde der Hand eines anderen bedient hat (Endemann III § 50 bei Anm. 15; Frommhold Anm. 2), läßt sich nicht rechtfertigen (vgl. Brock S. 110). Wohl aber wird die Vermutung des Abs. 2 außer Betracht bleiben und ein besonderer Beweis des Aufhebungswillens gefordert werden müssen, wenn durch die Handlung des Erblassers nur eines von mehreren Originalexemplaren des Testaments betroffen worden ist (s. o. Erl. 3 a β).

4. **Ein Widerruf des Widerrufs,** wie ihn § 2257 für den durch Testament erfolgten Widerruf vorsieht, ist im Falle des § 2255 nicht angängig. Es ist also die Rückgängigmachung der an der Urkunde vorgenommenen Veränderung durch Zusammenkleben, Ausradieren der Striche, Unterpunktieren des Durchstrichenen ꝛc. ohne rechtliche Bedeutung (Cosack II § 358 Nr. I 2 b; Meischeider S. 550 f.).

5. **Wird die Testamentsurkunde ohne Zutun des Erblassers vernichtet,** sei es durch Zufall, sei es durch die unbefugte Handlung eines Dritten, so beeinträchtigt dies die Gültigkeit des Testaments nicht, vielmehr kann die Errichtung und der Inhalt des Testaments mit allen Beweismitteln dargetan werden (M. V S. 308; Lafrenz im Recht 1902 S. 553).

§ 2256.

E. I § 1935; II § 2123 rev. § 2230; III § 2229. P. I S. 9885 ff., 9895 ff., 11446; M. V S. 302 f. P. II Bd. 5 S. 353 f. RB. S. 2105.

1. **Widerruf des öffentlichen Testaments durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung. Rechtliche Natur dieses Widerrufs.** Übereinstimmend mit einem Teile des bisherigen Rechtes knüpft das BGB. die Wirkung des Widerrufs an die Rücknahme eines in öffentlicher Form errichteten Testaments aus der amtlichen Verwahrung, weil die Einbringung in die Verwahrung bei Testamenten dieser Art (§ 2231 Nr. 1, § 2249) zwar nicht Voraussetzung der Gültigkeit, aber doch unbedingt vorgeschrieben ist (Erl. 1 zu § 2246). Wenngleich die in der Rücknahme liegende Willenserklärung sachlich als letztwillige Verfügung anzusehen ist (s. Erl. 1 zu § 2255 und hier Erl. 2), so ist sie doch von ganz anderer rechtlicher Natur als der Widerruf nach § 2255. Während die Vernichtung der Testamentsurkunde in der Absicht erfolgen muß, das Testament aufzuheben, kommt es bei der Rücknahme aus der Verwahrung auf den Aufhebungswillen nicht an (M. V S. 302). Das Gesetz stellt, wie die Worte: das Testament „gilt als widerrufen" erkennen lassen, die Rücknahme schlechthin einem Widerrufe gleich, ohne nach den Gründen zu fragen, die für den Erblasser bestimmend sind. Die Wirkung der Aufhebung tritt daher auch dann ein, wenn der Erblasser diese gesetzliche Folge der Rücknahme nicht kennt, und der etwaige Wille des Erblassers, die Urkunde zurückzuerhalten, die letztwillige Verfügung aber bestehen zu

lassen, würde als dem Gesetze zuwiderlaufend keine Beachtung finden (R. V S. 303; Ude in CBl. f. FG. 2 S. 418; Goslich das. 3 S. 97).

2. **Der Tatbestand**, an den sich nach § 2256 die Wirkung des Widerrufs anknüpft, ist erfüllt, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser persönlich auf dessen Verlangen zurückgegeben wird. Daß alle diese Momente gegeben sein müssen, ergibt sich aus dem Zusammenhange der Absätze 1 und 2 in Verbindung mit den Vorschriften des § 2246. Der Umstand, daß von dem Verlangen des Erblassers und von der Unzulässigkeit der Rückgabe an einen Dritten erst im Abs. 2 die Rede ist und daß der Abs. 2 Satz 2 seiner Fassung nach nur als eine Ordnungsvorschrift erscheint, kann nicht dahin führen, daß die materielle Rechtsnorm des Abs. 1 als von den Voraussetzungen des Abs. 2 unabhängig anzusehen wäre. Dies ergibt sich schon aus der abweichenden Fassung der Entwürfe (vgl. auch R. V S. 302), die durch die seitens der Reichstagskommission (KB. S. 2105) vorgenommene Änderung in dieser Beziehung nicht geändert werden sollten (vgl. Küntzel in Gruch. 41 S. 600; Strohal § 42 Ziff. III 3a, b).

Voraussetzung ist, daß der Erblasser insoweit geschäftsfähig ist, als dies zum Widerruf einer letztwilligen Verfügung erfordert wird (§§ 2229, 2230, § 2253 Abs. 2). Die Geschäftsfähigkeit braucht nur im Zeitpunkte der Rückgabe zu bestehen, nicht zur Zeit eines etwa vorher gestellten Antrags, da in einem solchen Falle das Verlangen des Erblassers bei der Rückgabe selbst als wiederholt anzusehen ist (Küntzel a. a. O. S. 601; Frommhold Anm. 1; a. M. Ude in CBl. f. FG. 2 S. 418f.; teilweise abweichend für besondere Fälle Strohal § 42 Ziff. III 3c). Mängel im Willen des Erblassers — aber nicht der Mangel des Aufhebungswillens, s. Erl. 1 — können die Rücknahme unwirksam machen, insbesondere die Anfechtung begründen (Erl. 1 zu § 2255).

Die Aufhebung des Testaments tritt mit der Empfangnahme der Urkunde durch den Erblasser ein. Wird nur der Antrag auf Rückgabe gestellt, während diese selbst, etwa weil der Erblasser inzwischen verstirbt, unterbleibt, so behält das Testament seine Gültigkeit. Es wird sich auch der schriftlich gestellte Antrag in der Regel nicht als ein eigenhändiges Testament auffassen lassen, das einen Widerruf nach § 2254 schon in sich trägt und nur noch die Herausgabe des widerrufenen Testaments veranlassen soll (vgl. Strohal § 42 Ziff. III 3).

3. Nach Abs. 2 Satz 1 hat der Erblasser ein **unbedingtes Recht auf die Rückgabe.** Bei einem gemeinschaftlichen Testamente steht das Recht nach § 2272 beiden Ehegatten nur gemeinschaftlich zu. Das Recht besteht auch dann, wenn der Erblasser das Testament schon auf andere Art (§ 2254) widerrufen hat, da er ein Interesse daran hat, daß die widerrufene Verfügung nicht in der amtlichen Verwahrung bleibt und durch Eröffnung nach seinem Tode bekannt wird (R. V S. 302). Notwendig ist jedoch, daß sich das Testament bereits in amtlicher Verwahrung befindet; der Notar, der das Testament aufgenommen hat, es jedoch nach den maßgebenden landesgesetzlichen Vorschriften (Erl. 6 zu § 2246) an das Gericht abliefern muß, darf, solange er letzteres noch nicht getan hat, dem Verlangen des Erblassers nach Rückgabe nicht entsprechen (Erl. 1 zu § 2246; Wilke Anm. 5; a. M. Jastrow Erl. 2 zu § 2256).

Anderseits gewährt das BGB. dem Erblasser nur ein Recht auf Rückgabe des in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments, nicht etwa ein Recht auf Einsicht desselben oder auf Vorlage behufs Feststellung der Identität und Unversehrtheit (RJA. 8 S. 36; s. Erl. 5 zu § 2246). Über das Recht, die Verwahrung bei einem anderen Gerichte zu verlangen, s. Preußen Art. 81 § 2 Abs. 2; GeschäftsO. f. d. Gerichtsschr. v. 11. Okt. 1906 § 54 Abs. 17.

4. Über die **Ausführung der Rückgabe** ist zu bemerken:

a) **Durch wen** die Rückgabe der Testamentsurkunde an den Erblasser erfolgt, ist reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben. Es richtet sich mithin nach den Landesgesetzen oder den im Verwaltungsweg ergangenen Bestimmungen, ob der Notar, der das Testament aufgenommen, es aber nicht in amtlicher Verwahrung hat, sich die Urkunde von der Verwahrungsstelle verschaffen und sie selbst dem Erblasser aushändigen oder ob er diesem überlassen muß, sich unmittelbar an die Verwahrungsstelle zu wenden. Eine Frage der Geschäftsordnung ist es auch, ob, wenn bei dem Amtsgerichte der Testamentsrichter nicht zugleich der Verwahrungsbeamte ist, die Rückgabe des Testaments an den Erblasser durch diesen oder jenen erfolgt (vgl. für Preußen Weitzsäcker-Lorenz S. 120f; Ude in CBl. f. FG 2 S. 417ff.).

b) Die Rückgabe darf nur **an den Erblasser persönlich** erfolgen, wie Abs. 2 Satz 2 entsprechend dem sächs. GB. § 2215 vorschreibt, während das ALR. I 12 § 571 auch die Rückgabe

an einen gerichtlich bestellten Bevollmächtigten zuließ. Ist der Erblasser behindert, persönlich vor dem zuständigen Beamten zu erscheinen, so muß dieser sich zu ihm begeben. Bei weiter Entfernung ist die Rückgabe im Wege der Rechtshilfe zu bewirken (M. V S. 303; s. FGG. § 2 und für Baden die Rechtspolizeiordnung v. 23. November 1899 § 86). Der nur vorbereitende Antrag auf Anberaumung eines Termins zur Rückgabe kann natürlich auch schriftlich oder durch einen Boten gestellt werden.

Die Geschäftsfähigkeit des Erblassers (s. Erl. 2) ist bei der Rückgabe zu prüfen (vgl. Ude a. a. O. S. 418).

c) **Zurückzugeben sind alle Schriftstücke, die sich in der amtlichen Verwahrung befanden,** insbesondere also im Falle der Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift nicht nur diese, sondern auch das aufgenommene Protokoll (s. Erl. 2 zu § 2246). Zur Eröffnung des amtlich hergestellten Verschlusses ist der herausgebende Beamte nicht befugt, auch eine Vernichtung der amtlichen Siegel findet nicht statt (Weißäcker-Lorenz S. 121 Anm. 6).

d) **Die Aufnahme eines Protokolls** über die Rückgabe ist nicht vorgeschrieben. Erfolgt sie, so unterliegt sie, da die Rücknahme des Testaments sich von seiten des Erblassers als ein Rechtsgeschäft darstellt, den Vorschriften des FGG. §§ 169 ff. (Jastrow II Nr. 163). Eine Verletzung der dort aufgestellten zwingenden Normen hat natürlich nicht die Ungültigkeit der Rückgabe bzw. des in ihr liegenden Widerrufs, sondern nur die Ungültigkeit der öffentlichen Beurkundung zur Folge. Die Aufnahme eines Protokolls wird stets zweckmäßig sein, schon weil in der Unterschrift desselben durch den Erblasser eine Quittung über den Rückempfang des Testaments liegt. Für Sachsen ist die V. v. 16. Juni 1900 zu vergleichen.

e) Die Rückgabe unterliegt den vorstehend erörterten Vorschriften auch dann, wenn das Testament bereits nach § 2254 widerrufen oder aus anderen Gründen, z. B. nach § 2268 Abs. 1, unwirksam geworden ist (vgl. Jastrow a. a. O.).

f) **Die Rückgabe des Hinterlegungsscheins** (§ 2246 Abs. 2, § 2248 Satz 2) ist nicht unerläßliche Voraussetzung für die Rückgabe des Testaments, wird aber ordnungshalber zu verlangen sein (s. Bischoff im Recht 1900 S. 433).

5. **Bei eigenhändigen Testamenten** beruht die Einbringung zur amtlichen Verwahrung auf dem freien Willen des Erblassers (§ 2248). Dem entspricht es, daß nach Abs. 3 die Rückgabe auf die Wirksamkeit des Testaments ohne Einfluß ist, während die Vorschriften des Abs. 2 auch auf die Rückgabe hinterlegter eigenhändiger Testamente Anwendung finden. Das gleiche muß für ein nach §§ 2250, 2251 vor drei Zeugen errichtetes Testament und für ein privilegiertes Militärtestament gelten, wenn ein derartiges Testament in amtliche Verwahrung gebracht ist (vgl. das Reichs-Militärgesetz v. 2. Mai 1874 § 44 Nr. 4; Meischeider S. 549).

Hat der Erblasser eine allen Erfordernissen eines eigenhändigen Testaments entsprechende Schrift, die er auch als ein fertiges eigenhändiges Testament ansah, nicht nach § 2248 hinterlegt, sondern sie der größeren Sicherheit wegen in der Form des § 2238 Abs. 1 einem Richter oder Notar übergeben, so fragt sich, ob die Rücknahme dieses Testaments aus der Verwahrung zur Folge hat, daß das Testament aufgehoben wird, oder nur, daß es die Kraft eines öffentlichen Testaments verliert und als ein eigenhändiges bestehen bleibt. Man wird sich im ersteren Sinne entscheiden müssen, da das Testament mit der nach § 2238 gültig bewirkten Übergabe die Eigenschaft eines eigenhändigen Testaments verloren hat und in ein öffentliches verwandelt worden ist, nicht etwa beide Eigenschaften in sich vereinigt (s. Cosack § 358 Anm. 9; Dernburg § 30 a. E.; Böhm S. 201 Anm. 1; a. M. Strohal § 42 Ziff. III a. E.; Peiser § 8 Anm. 3; Hellmann in Krit. VJSchr. 29 S. 223; vgl. auch Küntzel in Gruch. 41 S. 601 ff.). Das in Erl. III 2 zu § 2231 Ausgeführte steht der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen, weil dort vorausgesetzt ist, daß ein Testament in öffentlicher Form wegen eines bei der Errichtung nach § 2238 begangenen Formfehlers nicht gültig zustande gekommen ist.

6. **Widerruf des Widerrufs.** Ist ein in öffentlicher Form errichtetes Testament nach § 2256 Abs. 1 widerrufen worden, so würde es durch die bloße Wiedereinbringung in die amtliche Verwahrung nicht wiederhergestellt werden (vgl. § 2257; Böhm S. 201 Anm. 3; Goslich in ZBl. f. FG. 3 S. 97). Es ist daher die Wiederannahme eines zurückgenommenen Testaments überhaupt nur bei eigenhändigen Testamenten für zulässig zu erachten.

7. **Übergangszeit.** Die Vorschriften des § 2256 gelten auch für ein vor dem 1. Januar 1900 hinterlegtes öffentliches bzw. eigenhändiges Testament, wenn der Erblasser diesen Zeitpunkt überlebt hat.

§. 2257. Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre.

§. 2258. Durch die Errichtung eines Testaments wird ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

Wird das spätere Testament widerrufen, so ist das frühere Testament in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre.

---

§ 2257.

E. I § 1933 Abs. 2; II § 2124 rev. § 2231; III § 2230. P. I S. 9879, 9883 f., 9898; M. V S. 296 f. P. II Bd. 5 S. 351 ff.

1. Die im § 2257 der **Widerrufung des Widerrufs** beigelegte **Wirkung** einer **rückwirkenden Wiederherstellung des ursprünglichen Testaments** entspricht dem gem. und preuß. Rechte (Windscheid-Kipp § 565 Anm. 7; Dernburg, preuß. PrivR. III § 171 bei Anm. 24), während der E. I den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hatte. Den Gründen der M. V S. 298, 305, daß der Widerruf eine nur negative und sofort wirkende Verfügung sei, auch eine Umdeutung in eine Verfügung positiven Inhalts nicht zulasse, wurden in der zweiten Kommission vorzugsweise praktische Erwägungen entgegengehalten. In der Begrenzung, welche die Vorschrift erhalten hat, dürften ihr auch keine Bedenken entgegenstehen.

2. **Voraussetzung.** Die Vorschrift des § 2257 gilt nur für den Fall, daß der Widerruf der ursprünglichen Verfügung nach § 2254 **durch Testament** erfolgt ist. Hat der Erblasser die ursprüngliche Verfügung widerrufen, indem er die Testamentsurkunde vernichtete (§ 2255) oder aus der amtlichen Verwahrung zurücknahm (§ 2256), so kann er diesen Widerruf nicht rückgängig machen, sondern nur ein neues Testament positiven Inhalts errichten (s. Erl. 4 zu § 2255; Erl. 6 zu § 2256). Es ergibt sich hieraus, daß der § 2257 regelmäßig nur in solchen Fällen Anwendung findet, in denen die über das ursprüngliche Testament aufgenommene Urkunde noch unversehrt vorhanden und, wenn es sich um ein öffentliches Testament handelt, in amtlicher Verwahrung verblieben ist. Sollte der Erblasser die ursprüngliche Verfügung zunächst durch Testament widerrufen und dann noch die Urkunde vernichtet oder aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen haben (Erl. 4e zu § 2256), so würde letzterer Umstand den § 2257 ausschließen, denn einerseits ist bei der Vernichtung oder Rücknahme eine Fortdauer der Widerrufsabsicht anzunehmen, andererseits aber beseitigt die Vernichtung bzw. Rücknahme der Urkunde den Grund, der dafür spricht, bei einem durch Testament erfolgten Widerrufe dessen Widerrufung eine wiederherstellende Wirkung beizulegen (vgl. Frommhold Anm. 2 zu § 2258).

3. **Form.** Der Widerruf des Widerrufs kann in jeder der in den §§ 2254—2256 zugelassenen drei Formen erfolgen. Auch macht es keinen Unterschied, in welcher Testamentsform die ursprüngliche Verfügung errichtet ist.

4. **Einfluß eines abweichenden Willens des Erblassers.** Bei den Beratungen der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 353; vgl. auch Böhm S. 199) ist die Ansicht ausgesprochen worden, das Ergebnis des § 2257 könne durch eine ausdrücklich kundgegebene oder aus den Umständen zu entnehmende entgegengesetzte Willensmeinung des Erblassers abgewendet werden. Diese Bemerkung ist unzutreffend, wenn sie dahin verstanden wird, daß der § 2257 nur eine Dispositivnorm enthalte. Richtig ist dagegen, daß der **Umfang** des Widerrufs sich nach dem Willen des Erblassers bemißt. Es ist daher gegenüber der allgemeinen ausgesprochenen Aufhebung des ersten Widerrufs der Beweis zuzulassen, daß der Erblasser es bei dem Widerruf einzelner Verfügungen des ursprünglichen Testaments habe belassen wollen. Der Widerruf des Widerrufs kann also nach dem Willen des Erblassers ein beschränkter sein, aber der Erblasser ist nicht imstande, die gesetzliche Wirkung desselben ganz auszuschließen (vgl. Endemann III § 51 Anm. 9; Frommhold Anm. 3; a. M. Herzfelder Erl. IV).

§ 2258.

E. I § 1936; II § 2125 rev. § 2232; III § 2231. P. I S. 9881, 9899 ff., 12252 f.; M. V S. 303 ff. P. II Bd. 5 S. 354 f.

1. **Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch eine widersprechende neue Verfügung.** Im § 2258 wird diejenige Aufhebung eines Testaments behandelt, welche sich nicht durch einen

rein negativen Widerruf, sondern durch neue letztwillige Verfügungen positiven Inhalts vollzieht, die sich mit den Verfügungen des früheren Testaments nicht vereinigen lassen. Die Aufhebung der älteren Verfügung ist in diesem Falle nur die Kehrseite der neu getroffenen Anordnungen; die neue positive Verfügung und die Aufhebung der früheren bilden ein einheitliches untrennbares Ganze (R. V S. 303). Dementsprechend tritt die Aufhebung nur insoweit ein, als die beiden Verfügungen miteinander im Widerspruche stehen; *mehrere Testamente haben nebeneinander Geltung, soweit nicht der Inhalt des späteren Testaments dessen ausschließliche Geltung notwendig macht.* Es entscheidet mithin über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung der früheren Verfügung der Wille des Erblassers (R. V S. 304; s. aber auch Cosack II § 358 Nr. II 1d, dessen Ausführungen jedoch im Hinblick auf § 2078 Abs. 1 nicht unbedingt zutreffend sein dürften). Auf dem gleichen Standpunkte standen bisher bereits der code civ. art. 1036 und das sächs. GB. § 2216, während das gem. Recht (Windscheid-Kipp § 565) grundsätzlich von der entgegengesetzten Auffassung ausging und auch das preuß. ALR. I 12 §§ 572 ff. nicht ganz auf dem Standpunkte des BGB. stand, wenngleich es den gemeinrechtlichen Satz: nemo cum pluribus testamentis decedere potest nicht anerkannte.

Ein Widerspruch zwischen den Verfügungen der mehreren Testamente ist nicht nur dann anzunehmen, wenn die Verfügungen miteinander sachlich unvereinbar sind, sondern auch wenn die im Wege der Auslegung festzustellende Absicht des Erblassers dahin ging, die mit den neuen Verfügungen sachlich vereinbaren älteren zu beseitigen, den ersteren einen exklusiven Charakter beizulegen (vgl. Recht 1906 S. 1265; Heinsheimer in DJZ. 1906 S. 796; Strohal § 42 Anm. 5a).

2. Die Aufhebung des früheren Testaments setzt **ein vollwirksames neues Testament positiven Inhalts voraus.** Gründe, die der neuen Verfügung die Rechtswirksamkeit entziehen, stehen auch der Aufhebung der früheren Verfügung entgegen. Der Erblasser muß daher bei der Errichtung des neuen Testaments nach Maßgabe der §§ 2229, 2230 testierfähig sein, die Sondervorschrift des § 2253 Abs. 2 kommt nicht in Betracht (s. dort Erl. 4). Ebenso müssen die Formvorschriften der §§ 2231 ff. beobachtet sein; auch bei einem eigenhändigen Testamente kann die Aufhebung einer einzelnen Verfügung durch eine inhaltlich abweichende neue Verfügung nur mittels eines neuen Testaments, nicht mittels einer bloßen Korrektur im Texte bewirkt werden (s. Erl. II 5 zu § 2231; aber auch Cosack II § 358 Nr. II 1c und bei Anm. 15). Aus dem gesagten folgt, daß ein wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit oder Form nichtiges Testament die Aufhebung eines früheren Testaments nicht bewirkt, ebensowenig ein anfechtbares Testament, wenn die Anfechtung erfolgt ist (§ 142). Das gleiche muß gelten, wenn das spätere Testament wegen seines Inhalts von vornherein unwirksam ist, z. B. wenn es die Einsetzung eines bereits Verstorbenen oder wenn es eine unmögliche oder unerlaubte Bedingung enthält (Windscheid-Kipp § 565 Anm. 5; a. M. für ersteren Fall Strohal § 42 Anm. 7). Aber auch diejenigen Fälle sind gleich zu beurteilen, in denen die Unwirksamkeit des neuen Testaments zwar erst in einem späteren Zeitpunkte, jedoch mit rückwirkender Kraft eintritt. So insbesondere das Unwirksamwerden eines in außerordentlicher Form errichteten Testaments durch Zeitablauf gemäß § 2252 (s. dort Erl. 1), ferner auch die Unwirksamkeit von Verfügungen zugunsten des Ehegatten und von gemeinschaftlichen Testamenten bei Auflösung der Ehe (§ 2077, § 2268 Abs. 1; vgl. Erl. 1 zu § 2077). Dagegen trifft jene Voraussetzung nicht zu, wenn die Einsetzung eines Nacherben oder ein aufschiebend bedingtes oder betagtes Vermächtnis gemäß §§ 2109, 2162 mit dem Ablaufe von dreißig Jahren seit dem Erbfall unwirksam wird (vgl. Erl. 2 zu § 2109). Die Erbschaft verbleibt daher dem Vorerben auch dann, wenn der Erblasser in einem älteren Testament einen anderen Nacherben eingesetzt hatte, bezüglich dessen der Fall der Nacherbfolge gegeben sein würde, und der Erbe oder der sonst Belastete behält den vermachten Gegenstand, auch wenn der Erblasser ihn durch ein früheres Vermächtnis einem Dritten zugewendet hatte. Ferner bewendet es bei der Aufhebung der früheren Verfügung, wenn die aufschiebende Bedingung ausfällt, unter der die spätere Verfügung getroffen ist (Windscheid-Kipp § 565 Anm. 3), es müßte denn sein, daß der Erblasser keine völlige Aufhebung, sondern nur eine bedingte Änderung der früheren Verfügung hat treffen wollen. Unzweifelhaft wird die frühere Verfügung nicht wiederhergestellt, wenn die spätere nicht ihre Rechtswirksamkeit verliert, sondern nur nicht zur Ausführung kommt, weil der Bedachte vor dem Erblasser stirbt (§ 1923 Abs. 1, § 2160), für erbunwürdig erklärt wird (§§ 2334, 2345) oder die Zuwendung ausschlägt (§ 1953 Abs. 1, 2, § 2180 Abs. 3). Für die Fälle des Versterbens vor dem Erblasser und der Ausschlagung war dies im E. I besonders hervorgehoben.

§. 2259. Wer ein Testament, das nicht in amtliche Verwahrung gebracht ist, im Besitze hat, ist verpflichtet, es unverzüglich, nachdem er von dem Tode des Erblassers Kenntniß erlangt hat, an das Nachlaßgericht abzuliefern.

Befindet sich ein Testament bei einer anderen Behörde als einem Gericht oder befindet es sich bei einem Notar in amtlicher Verwahrung, so ist es nach dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abzuliefern. Das Nachlaßgericht hat, wenn es von dem Testamente Kenntniß erlangt, die Ablieferung zu veranlassen.

---

3. **Widerruf des späteren Testaments.** Die Vorschrift des Abs. 2 beruht auf denselben Erwägungen wie § 2257, stellt sich jedoch nicht, wie Wilke (Anm. 1) annimmt, nur als ein besonderer Anwendungsfall jenes Paragraphen dar. Die Vorschrift ist keine bloße Auslegungsregel, sie enthält auch, da sie sich nur auf die Wirkung des aufhebenden Testaments bezieht, ebensowenig wie der § 2257 (s. dort Erl. 4) nur eine Dispositivnorm, wenngleich der Erblasser es natürlich in der Hand hat, die Wiederherstellung des ersten Testaments bei dem Widerrufe des zweiten durch eine besondere Verfügung auszuschließen (abw. Dernburg § 40 Ziffer III, wonach § 2258 Abs. 2 nicht gilt, wenn ein anderer Wille des Erblassers erhellt).

Der im Abs. 2 vorausgesetzte Widerruf des zweiten Testaments kann nicht nur nach § 2254, sondern auch nach §§ 2255, 2256 erfolgen, was die von Endemann III § 50 Anm. 8 mißverstandene Stelle der P. II Bd. 5 S. 355 besagen will. Dagegen ist Voraussetzung, daß das frühere Testament nur nach § 2258 Abs. 1 durch das spätere Testament aufgehoben ist; hat überdies auch eine Vernichtung oder Rücknahme des früheren Testaments stattgefunden (§§ 2255, 2256), so kann es nicht wieder in Kraft treten (Frommhold Anm. 2; vgl. Erl. 2 zu § 2257).

4. **Mehrere Testamente gleichen Alters** stehen einander gleich, heben sich also, soweit sie sich widersprechen, gegenseitig auf. Wegen der Aufhebung eines Testaments durch einen Erbvertrag s. § 2289.

§ 2259.

E. I § 1937; II § 2126 rev. § 2233; III § 2232. P. I S. 9906 f., 11427 f., M. V S. 305 f. P. II Bd. 5 S. 355 f.

1. **Verpflichtung des Besitzers zur Ablieferung des Testaments an das Nachlaßgericht nach dem Tode des Erblassers.** Mit dem § 2259 beginnen die Vorschriften über die Testamentseröffnung, die den Schluß des Titels bilden (vgl. die Vorbm. I 4). Um die gerichtliche Eröffnung aller Testamente zu sichern, wird im § 2259 Abs. 1 jedem, der ein nicht in amtliche Verwahrung gebrachtes Testament im Besitze hat, im öffentlichen Interesse eine besondere Ablieferungspflicht auferlegt. Der Besitzer hat, sobald er von dem Tode des Erblassers Kenntnis erlangt, das Testament unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1), an das Nachlaßgericht (Vorbm. III 2 auf S. 42) abzuliefern. Die bloße Tatsache des Besitzes begründet somit eine besondere privatrechtliche Verpflichtung (obligatio ex lege), durch welche eine noch außerdem etwa bestehende Vertragspflicht, die besonders bei dem eigenhändigen Testament aus der Hinterlegung bei einem Dritten erwachsen kann, nicht berührt wird. Der Begriff des Besitzes bestimmt sich nach §§ 854 ff. Zu der von Lafrenz in DJZ. 1904 S. 159 und Dernburg § 38 Anm. 7 erörterten Frage der Ablieferung eines in einem Bankfache verwahrten Testaments vgl. Bd. II Erl. 2 Abs. 2 zu § 854 und neuerdings Regelsberger im Bankarchiv 7. Jahrg. Nr. 1.

2. Die Vorschrift gilt für **Testamente jeder Art**, insbesondere auch für das privilegierte Militärtestament (M. V S. 305; vgl. Reichsmilitärgef. v. 2. Mai 1874 § 44 Nr. 4 a. E.) und für das nach §§ 2250 f. errichtete Testament vor drei Zeugen. Sie ist hauptsächlich von Bedeutung für eigenhändige Testamente, die nicht nach § 2248 in amtliche Verwahrung gebracht oder aber nach § 2256 Abs. 3 aus dieser zurückgenommen worden sind. Sie gilt auch für solche Testamente, die offen im Nachlasse vorgefunden werden (RG. 48 S. 96; RG. 21 S. A 61; Rspr. 2 S. 372). Auch wird die Ablieferungspflicht nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Besitzer in dem (offenen) Testament als alleiniger und unbelasteter Erbe eingesetzt ist (Endemann III § 51 Anm. 4, 9). Für Testamente, die offensichtlich nach § 2255 vom Erblasser vernichtet sind, insbesondere unter Umständen, welche die Täterschaft eines Dritten ausschließen, durchstrichen,

zerschnitten oder zerrissen im Nachlasse vorgefunden werden oder zweifellos nach § 2256 Abs. 1, 2 dem Erblasser aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben sind, ist eine Ablieferungspflicht des Besitzers nicht anzunehmen (Strohal § 48 Anm. 7; Rausnitz S. 344). Anders bei einem Testamente, von dem der Besitzer weiß oder zu wissen glaubt, daß es durch ein späteres Testament nach § 2254 widerrufen oder nach § 2258 Abs. 1 aufgehoben worden ist (vgl. § 2257, § 2258 Abs. 2, Erl. 2 zu § 2260). Dieser Umstand beseitigt die Ablieferungspflicht ebensowenig wie der vor dem Erbfall eingetretene Tod des alleinigen Bedachten (KG. 27 S. A 186).

Über die Anwendbarkeit der §§ 2259 ff. auf Erbverträge s. Erl. zu § 2300.

3. Abzuliefern ist das Testament, d. h. die Urschrift, nicht etwa eine Abschrift oder Ausfertigung (Rspr. 2 S. 12; KG. 27 S. A 186; Arnold in DJZ. 1900 S. 299). Hierfür spricht insbesondere auch die Vorschrift des § 2261 und deren Entstehungsgeschichte; ein Antrag, wegen der mit der Versendung verbundenen Gefahr des Verlustes lediglich die Einsendung einer Abschrift an das Nachlaßgericht vorzuschreiben, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden, weil die im Entwurfe vorgesehene Regelung der bisherigen allgemeinen Praxis entspreche, bei der sich Mißstände nicht herausgestellt hätten, und weil auch die möglichste Vereinigung der sämtlichen auf den Erbfall sich beziehenden Urkunden bei dem Nachlaßgerichte zweckmäßig erscheine (P. II Bd. 5 S. 356 f.).

Diese Erwägung in Verbindung mit dem Wortlaute des § 2259, der nicht von einer Vorlegung, sondern von einer Ablieferung spricht, rechtfertigt den Schluß, daß die Urschrift dauernd bei dem Nachlaßgerichte verbleibt und nicht etwa dem Ablieferndem zurückgegeben werden darf. Hierfür spricht auch, daß das Nachlaßgericht der Urschrift dauernd bedarf, um gemäß § 2264 Einsicht in diese gewähren zu können, unter Umständen auch zur Erteilung eines Erbscheins (s. KG. 25 S. A 58; RJA. 7 S. 33; Rspr. 14 S 306; Best im Recht 1904 S. 587; a. M. RG. 53 S. 390, wo das Landesrecht für maßgebend erklärt ist; KG. 27 S. A 41; Peiser § 10 Anm. 24).

Darüber, daß durch die Ablieferung zur Eröffnung keine besondere amtliche Verwahrung im Sinne des § 2246 und des preuß. AG. z. BGB. Art. 81 begründet wird, vgl. preuß. GeschäftsO. f. die Gerichtsschr. § 54 Abs. 20; KG. 21 S. B 7, 27 S. A 41; Ude im CBl. f. FG. 2 S. 420 f.

4. Zwang zur Ablieferung. Da Abs. 1 eine privatrechtliche Verpflichtung begründet, so ist deren Befolgung zunächst im Klageweg erzwingbar. Die Befugnis zur Klageerhebung wird jedem zuzubilligen sein, der ein rechtliches Interesse an der Testamentseröffnung hat (vgl. §§ 809, 810, 2264; Windscheid-Kipp Zus. zu § 567 Abs. 1; Frommhold Anm. 2a; Endemann III § 51 Anm. 6, wegen des bisherigen gem. Rechtes RG. 32 S. 166). Im Falle der Nichterfüllung oder Verzögerung kann gemäß §§ 280 ff. (vgl. auch § 823 Abs. 2) Schadensersatz beansprucht werden. Daneben ist jedoch im FGG. § 83 dem Nachlaßgerichte die Befugnis beigelegt, den Besitzer des Testaments durch Ordnungsstrafen zur Ablieferung anzuhalten und einen vermutlichen Besitzer zur Leistung des Offenbarungseids zu zwingen (vgl. Weißler S. 169 f.; Rausnitz S. 345 ff.). Zur Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen den Besitzer ist das Nachlaßgericht kraft Reichsrechts nicht befugt; für Preußen ist streitig, ob die einschlägige Vorschrift des preuß. FGG. Art. 17 im Falle des § 2259 Abs. 1 Anwendung findet (bejaht von Weißler S. 170; Rausnitz S. 345; Josef Erl. 2 zu § 83 FGG., Zus. 1 B zu Art. 17; verneint von Jastrow FGG. Anm. 6 zu Art. 17; Peiser § 9 Ziff. 1d); für Bayern s. AG. z. BGB. Art. 130. In letzter Reihe ist die Befolgung des § 2259 Abs. 1 auch durch den strafrechtlichen Schutz des StGB. § 274 Nr. 1 (Unterdrückung einer Urkunde) gesichert.

5. Ablieferungspflicht von Behörden und Notaren. Die Vorschrift des Abs. 2, durch die auch Behörden und Notaren eine Ablieferungspflicht auferlegt wird, hat einen rein öffentlichen Charakter (M. V S. 306). Sie gilt, wie der Wortlaut ergibt, nicht für den Fall, daß das Testament sich bei einem anderen Gericht als dem Nachlaßgericht in der besonderen amtlichen Verwahrung befindet, da in diesem Falle nach § 2261 das andere Gericht die Eröffnung vorzunehmen hat. Dagegen ist die Vorschrift des Abs. 2 nicht auf die Fälle der besonderen amtlichen Verwahrung nach §§ 2246, 2248 zu beschränken, sondern auf alle Fälle zu beziehen, in denen sich ein Testament aus irgendeinem Grunde in der amtlichen Verwahrung einer nicht gerichtlichen Behörde oder eines Notars befindet (RG. 48 S. 96; KG. 25 S. A 58; Strohal § 48 Anm. 4, 6; a. M. KG. 20 S. A 151, 21 S. A 61; Rspr. 15 S. 207; Dernburg § 38 Anm. 10). Dem Abs. 2 ist daher auch der Fall unterzuordnen, daß der Erblasser stirbt, bevor der Notar oder der Gemeindevorsteher (§§ 2249, 2250) das von ihm errichtete Testament in die

§. 2260. Das Nachlaßgericht hat, sobald es von dem Tode des Erblassers Kenntniß erlangt, zur Eröffnung eines in seiner Verwahrung befindlichen Testaments einen Termin zu bestimmen. Zu dem Termine sollen die gesetzlichen Erben des Erblassers und die sonstigen Betheiligten soweit thunlich geladen werden.

In dem Termin ist das Testament zu öffnen, den Betheiligten zu verkünden und ihnen auf Verlangen vorzulegen. Die Verkündung darf im Falle der Vorlegung unterbleiben.

Ueber die Eröffnung ist ein Protokoll aufzunehmen. War das Testament verschlossen, so ist in dem Protokolle festzustellen, ob der Verschluß unversehrt war.

---

besondere amtliche Verwahrung eingebracht hat (Erl. 6 zu § 2246); von einer Ablieferung zur Verwahrung kann nach dem Tode des Erblassers nicht mehr die Rede sein, vielmehr nur noch von einer Ablieferung zwecks Eröffnung. Ferner gehören hierher die Fälle, daß ein privilegiertes Militärtestament gemäß dem Reichs-Militärgef. v. 2. Mai 1874 § 44 Nr. 4 Abs. 3 der vorgesetzten Militärbehörde zur Aufbewahrung übergeben worden ist; oder daß nach dem Tode des Erblassers dessen Papiere, darunter ein eigenhändiges Testament, von einer anderen Behörde als dem zur Eröffnung berufenen Gerichte gemäß § 1960 oder auf Grund des EG. Art. 140 in amtliche Obhut genommen sind (vgl. EG. Art. 147; preuß. FGG. Art. 104, 105); endlich daß in einem Strafverfahren eine Beschlagnahme stattgefunden hat und auf Grund derselben ein noch uneröffnetes Testament eines Verstorbenen in den Besitz des Strafgerichts oder der Staatsanwaltschaft gelangt ist (StPO. §§ 94 ff.). In allen diesen Fällen kommt der Behörde bzw. dem Notar gegenüber weder eine privatrechtliche Ablieferungspflicht noch etwa ein Ordnungsstrafrecht des Nachlaßgerichts nach § 83 des FGG. in Betracht, vielmehr ist lediglich eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Ablieferung anzunehmen (s. auch Erl. zu § 2300).

Über die Art der Ablieferung enthält das Reichsrecht keine Vorschriften. In Ermangelung landesrechtlicher Bestimmungen hat der Notar oder die Behörde hierüber nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden (s. Erl. 6 zu § 2246; Rspr. 2 S. 374). Die durch die Ablieferung entstehenden Kosten kann der Notar nur von dem Erben, nicht von dem Nachlaßgerichte fordern (KG. 25 S. B 31).

6. Für die Übergangszeit kommt EG. Art. 213 in Betracht; die §§ 2259 ff. finden daher, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist, auch auf früher errichtete Testamente Anwendung (s. Bd. VI Erl. 2i zu Art. 213, 2g zu Art. 214; KG. 20 S. A 156, 21 S. A 61; Rspr. 1 S. 347; Bayer. ObLG. 5 S. 213, 6 S. 509).

§ 2260.

G. I § 1938 Abs. 1; II § 2127 rev. § 2234; III § 2233. M. I S. 9909 ff.; M. V S. 306 f. P. II Bd. 5 S. 356 f.

1. **Eröffnung des Testaments. Begriffsbestimmung.** Das BGB. versteht unter der „Eröffnung" des Testaments (Abs. 1, 3) den ganzen gerichtlichen Akt, der bisher als Eröffnung, Verkündung oder Publikation bezeichnet wurde. Im Gegensatze dazu bezeichnet „öffnen" (Abs. 2) nur die mechanische Lösung des Verschlusses. Die Eröffnung ist somit die in Gegenwart der Beteiligten und unter Aufnahme eines Protokolls erfolgende Öffnung und Verkündung des Testaments. An sie schließt sich eventuell noch die weitere Bekanntgabe des Inhalts des Testaments gemäß § 2262 und § 2264.

2. **Zu eröffnen sind Testamente jeder Art,** insbesondere auch nicht verschlossene öffentliche Testamente (s. Erl. 1 zu § 2246; für die Übergangszeit KG. 21 S. A 61) und offene eigenhändige Testamente (Rspr. 2 S. 372; KG. 22 S. A 261; s. Erl. 2 zu § 2259; Behrend im Arch. f. Bürg. R. 31 S. 195 ff.). Für die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments sind im § 2273 besondere Bestimmungen getroffen; wegen der Eröffnung eines Erbvertrags s. § 2300. Welchen Inhalt die letztwillige Verfügung hat, ist für die Frage der Eröffnung ohne Belang; die §§ 2260 ff. sind z. B. auch auf die in §§ 1512 ff. zugelassenen letztwilligen Verfügungen anwendbar (Bayer. ObLG. 1 S. 470; vgl. Goslich in CBl. f. FG. 3 S. 91).

Von einer Prüfung der formellen oder materiellen Rechtsgültigkeit ist die Eröffnung nicht abhängig zu machen (a. M. bezüglich der formellen Gültigkeit Goslich a. a. O.), das Nachlaßgericht hat vielmehr jedes Schriftstück, das sich äußerlich als letztwillige Verfügung

darstellt, zu eröffnen und nur die Entgegennahme und Eröffnung eines Schriftstücks, das offensichtlich kein Testament ist, abzulehnen (KG. 22 S. A 261, 26 S. A 199, 27 S. A 38; Rspr. 6 S. 182, 13 S. 278; Bayer. ObLG. 2 S. 413, 4 S. 147). Das Nachlaßgericht wird daher ausnahmsweise ein sich äußerlich als ein Testament darstellendes Schriftstück nicht zu eröffnen brauchen, wenn ohne weiteres, ohne Anstellung von Erhebungen und ohne Prüfung einer Rechtsfrage unzweifelhaft feststeht, daß das Schriftstück wegen Formmangels in Wahrheit kein Testament, sondern ohne rechtliche Bedeutung ist (RJA. 6 S. 111). Dagegen steht der Umstand, daß der Inhalt der letztwilligen Verfügung gegenstandslos geworden ist, der Eröffnung nicht entgegen (s. Erl. 2 zu § 2259; abw. für gemeinschaftliche Testamente Bayer. ObLG. 1 S. 182; Rspr. 11 S. 250).

Da die Gültigkeit des Testaments nicht zu prüfen ist, muß auch ein durch ein späteres Testament widerrufenes Testament eröffnet werden. Ein solches ist nicht unter allen Umständen wirkungslos (s. § 2257), das Nachlaßgericht kann daher nicht übersehen, ob die Eröffnung ohne Bedeutung ist. Außerdem ist diese auch im Hinblick auf die Vorschriften des § 2080 Abs. 1 und des § 2360 Abs. 2 geboten (KG. 22 S. B 8, 31 S. B 15; Kleineidam im Recht 1901 S. 112; Windscheid-Kipp Zus. zu § 567 Abs. 1; Voß in CBl. f. FG. 6 S. 505; a. M. Böttticher das. 2 S. 421; Krebs in DJZ. 1902 S. 48; s. auch Herzfelder Erl. I Abs. 4; Peiser § 10 Anm. 13; vgl. auch bayer. NachlaßO. vom 20. März 1903 § 36). Das Nachlaßgericht hat daher, wenn ihm mehrere Testamente desselben Erblassers vorliegen, alle zu eröffnen.

Auch ein in außerordentlicher Form mehr als drei Monate vor dem Tode des Erblassers errichtetes Testament (s. § 2252) ist mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Hemmung der Frist zu eröffnen (vgl. bayer. NachlaßO. vom 20. März 1903 § 35; Peiser § 10 Anm. 14; a. M. Ude in CBl. f. FG. 2 S. 420).

Ein Verzicht aller Beteiligten auf die Eröffnung ist ohne jede Wirkung (s. Erl. 1 zu § 2246; abw. RJA. 3 S. 69; dagegen Z. d. DNotVer. 1902 S. 531 und Dernburg § 38 Anm. 4).

Ein verloren gegangenes Testament kann nicht eröffnet werden, auch wenn eine Abschrift desselben vorhanden ist (s. Erl. 3 zu § 2259; Lafrenz im Recht 1902 S. 553).

3. **Zuständig** für die Testamentseröffnung ist in der Regel das Nachlaßgericht (vgl. FGG. §§ 72f.; EG. Art. 147, Vorbm. III 2 auf S. 42). Befindet sich das Testament in der besonderen amtlichen Verwahrung eines anderen Gerichts, so liegt nach § 2261 diesem die Eröffnung ob. In anderen Fällen muß, wenn das Testament sich nicht schon in der Verwahrung des Nachlaßgerichts befindet, die Ablieferung an letzteres gemäß § 2259 der Eröffnung vorausgehen. Das Nachlaßgericht ist nicht befugt, ein anderes Amtsgericht, etwa weil die Beteiligten am Sitze des letzteren wohnen, unter Übersendung des Testaments um die Eröffnung zu ersuchen (Bayer. ObLG. 5 S. 516; OLG. Colmar in JurZ. für Els.Lothr. 1900 S. 337). In Bayern erfolgt die Eröffnung von Testamenten und Erbverträgen jetzt regelmäßig durch die Amtsgerichte und nur ausnahmsweise durch den Notar (Nachlaßges. vom 9. Aug. 1902 Art. 2). In Baden erfolgt die Eröffnung gemäß §§ 2260, 2261 durch die Gerichte, dagegen sind für die nach § 2262 zu machenden Mitteilungen die Notare zuständig (bad. Rechtspr. 1900 S. 253). Wegen Mecklenburg s. MecklZ. 1900 S. 325. Die fraglichen landesgesetzlichen Besonderheiten beruhen darauf, daß nach EG. Art. 147 einzelne Funktionen des Nachlaßgerichts den Notaren übertragen sind (vgl. auch die Erl. zu Art. 147).

4. Betreffs des **Verfahrens** bei der Testamentseröffnung gilt folgendes:

a) Das Nachlaßgericht geht **von Amtswegen** vor, indem es einen **Termin zur Eröffnung** ansetzt (Bayer. ObLG. 2 S. 666). Von Bestimmungen über die Antragsberechtigung, wie sie sich im bisherigen Rechte finden, ist demgemäß abgesehen. Voraussetzung ist, daß das Nachlaßgericht von dem Tode oder der Todeserklärung des Erblassers Kenntnis erlangt hat, sei es durch Vorlegung einer Sterbeurkunde oder des die Todeserklärung aussprechenden Urteils, sei es auf andere zuverlässige Weise. Binnen welcher Zeit nach dem Tode des Erblassers vorzugehen ist, unterliegt lediglich dem Ermessen des Gerichts. Der Inhalt des Testaments ist für die Zeit der Eröffnung ohne Bedeutung; auch solche Verfügungen, die erst später in Wirksamkeit treten sollen, sind sogleich zu eröffnen (Bayer. ObLG. 1 S. 470). Die Beibringung des Hinterlegungsscheins (§ 2246 Abs. 2, § 2248 Satz 2) ist zur Testamentseröffnung nicht unbedingt notwendig (s. Bischoff im Recht 1900 S. 433).

b) Zu dem Termine sollen nach Abs. 1 Satz 2 **die gesetzlichen Erben und die sonstigen Beteiligten soweit tunlich geladen werden.** Zu den Beteiligten gehören (wenigstens unter Umständen) auch die in einem schon eröffneten anderen Testamente Bedachten (M. V S. 306), wenn das Testament dem Gericht offen vorliegt, auch die in ihm selbst bedachten Personen. Besondere Ermittelungen, insbesondere nach den gesetzlichen Erben, sollen nicht stattfinden. Die Ladung erfolgt nach § 16 Abs. 2 Satz 2 des FGG.; vgl. für Preußen die Allg. Vf. vom 10. Dezember 1899 § 2; für Bayern die NachlaßO. vom 20. März 1903 (JMBl. S. 111) § 31 und die Bek. vom 16. Dezember 1899 §§ 48ff. So auch Weißler S. 170; a. M. Rausnitz S. 121, 125, 343, welcher Zustellung nach CPO. §§ 208ff. für notwendig hält. Da Satz 2 eine bloße Ordnungsvorschrift enthält, ist die Frage ohne Erheblichkeit.

Die Eröffnung des Testaments geschieht auch dann, wenn im Termine niemand erscheint (s. Erl. 4c). Ein Vertreter der abwesenden oder unbekannten Erbinteressenten wird abweichend von manchen bisherigen Rechten nicht bestellt. Das Ausbleiben im Termine hat Rechtsnachteile nicht zur Folge (vgl. Erl. 4 zu § 2262).

c) In dem Termin ist das Testament, sofern es nicht offen ist, **zu öffnen** (s. Erl. 1), wobei auf das Unversehrtbleiben der Siegel kein Gewicht gelegt wird, **und alsdann den Beteiligten zu verkünden** (KG. 21 S. A 61). Die Verkündung erstreckt sich auf alle eingesiegelten Schriftstücke, mithin, falls das Testament gemäß § 2238 durch Übergabe einer Schrift errichtet ist, auf die Schrift und das Protokoll, ferner auf alle etwaigen Anlagen des Protokolls (§§ 2243—2245). Sie wird in der Regel durch Vorlesung erfolgen, es muß aber auch eine genaue Angabe des Inhalts genügen. Daraus, daß das Testament „den Beteiligten" zu verkünden ist, ist nicht zu folgern, daß eine besondere Verkündung im Termin unterbleibt, wenn kein Beteiligter erschienen ist, denn die Verkündung ist für die Eröffnung wesentlich (s. Erl. 1, 4b; KG. 25 S. A 217; Schultzky in CBl. f. FG. 4 S. 835; Dernburg § 38 Anm. 12; a. M. die frühere Aufl.; bayer. NachlaßO. v. 20. März 1903 § 33; Weißler S. 171; Dennler in CBl. f. FG. 5 S. 534; Herzfelder Erl. III 2; Behrend im Arch. f. Bürg. R. 31 S. 205ff.).

Ausdrücklich ist im Gesetze gesagt, daß die Verkündung unterbleiben darf, wenn das Testament den Erschienenen vorgelegt wird. Die Vorlegung braucht nur auf Verlangen zu geschehen; die Frage, ob die Erschienenen die Unterschrift oder auch die Schrift der Testamentsurkunde als die eigenhändige des Erblassers anerkennen, braucht nicht gestellt zu werden (vgl. Bayer. NachlaßO. v. 20. März 1903 § 32; abw. Zimmer im Arch. f. Bürg. R. 24 S. 26, der ein solches Anerkenntnis in der Eröffnungsverhandlung als nicht zu dieser gehörig für unzulässig hält).

Nicht vorgeschrieben, aber zweckmäßig ist die Niederschrift eines sog. Publikationsvermerkes auf der Testamentsurkunde, damit aus dieser selbst die Tatsache und der Zeitpunkt der Eröffnung ersichtlich wird.

d) Über die Eröffnung ist ein **Protokoll** aufzunehmen (Abs. 3). Betreffs des Inhalts desselben ist nur vorgeschrieben, daß, wenn das Testament verschlossen war, der Befund in Ansehung der Unversehrtheit des Verschlusses festzustellen ist. Im übrigen ergibt sich der Inhalt und die Form des Protokolls aus den Vorschriften der Abs. 1, 2 und aus dem allgemeinen Begriff eines Protokolls. Der Tag der Testamentseröffnung muß schon wegen des § 1944 Abs. 2 Satz 2 angegeben werden, nach welcher Vorschrift der Zeitpunkt der Eröffnung für den Beginn der Ausschlagungsfrist von Bedeutung ist. Die Vorschriften des FGG. §§ 168ff. über die gerichtliche Beurkundung finden, da die Testamentseröffnung kein Rechtsgeschäft ist, nicht Anwendung (Weißler S. 171; Jastrow II Nr. 164). In Preußen sind die Vorschriften des preuß. FGG. Art. 53ff. zu befolgen, die für gerichtliche Urkunden über andere Gegenstände als Rechtsgeschäfte gelten, soweit nicht die Beurkundung einen Teil eines anderen Verfahrens bildet (KG. 30 S. A 90; Jastrow a. a. O.; a. M. Rausnitz S. 57, 343). Nach den landesgesetzlichen Vorschriften richtet sich auch, ob das Protokoll den Erschienenen vorzulesen und von ihnen zu unterschreiben ist. Für Bayern vgl. NachlaßO. v. 20. März 1903 § 32.

e) **Die Zuziehung eines Gerichtsschreibers** ist reichsgesetzlich nicht erfordert, kann aber landesgesetzlich vorgeschrieben werden (M. V S. 306; a. M. in letzterer Beziehung Weißler S. 171). In Preußen und in Bayern ist sie wie auch nach bisherigem Rechte nicht notwendig, dagegen ist sie in einigen anderen Bundesstaaten vorgeschrieben (s. Eichhorn S. 209 Anm. *).

f) Die Urschrift des Testaments bleibt offen bei den Akten des Nachlaßgerichts (s. Erl. 3 zu § 2259).

5. **Rechtliche Bedeutung der Eröffnung.** Die Gültigkeit des Testaments hängt von der Testamentseröffnung und von der Beobachtung der für diese vorgeschriebenen Formen nicht ab. Es ist auch nicht allgemein richtig, daß die Testamentseröffnung den Eintritt des Erbfalls formell beweist, wie Weißler S. 173 annimmt. Denn zum Beweise des Todes einer Person (§ 1922 Abs. 1) dient die standesamtliche Sterbeurkunde oder das die Todeserklärung aussprechende Urteil, auf welche Urkunden in dem Protokoll über die Testamentseröffnung höchstens Bezug genommen wird. Soweit der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (ZPO. § 286) maßgebend ist, wird aus der Tatsache der Testamentseröffnung allerdings wohl stets der Schluß auf den Tod des Erblassers gezogen werden. Formelle Beweiskraft für den Eintritt des Erbfalls wird dem Protokolle über die Testamentseröffnung in der GBO. § 36 Abs. 1 und im FGG. § 107 Abs. 2 beigelegt, insofern auf Grund eines in öffentlicher Form errichteten Testaments und der Eröffnungsverhandlung eine Eintragung in das Grundbuch bzw. Schiffsregister erfolgen darf, die den Nachweis der Erbfolge zur Voraussetzung hat. Die Echtheit des Testaments wird durch das Eröffnungsprotokoll keinesfalls bewiesen, da die gesetzlichen Erben auch durch eine bei der Eröffnung dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärte Anerkennung der Echtheit (s. Erl. 4c) des Rechtes, die Echtheit zu bestreiten, nicht verlustig gehen. Dies gilt insbesondere auch für das eigenhändige Testament (Rspr. 6 S. 182).

Von rechtlicher Bedeutung ist die Eröffnung gemäß § 1944 Abs. 2 und auch die Erteilung eines Erbscheins auf Grund einer Verfügung von Todes wegen setzt deren Eröffnung voraus (s. Erl. zu § 2355).

6. **Die Kosten** der Testamentseröffnung gehören nach § 1967 Abs. 2 zu den Nachlaßverbindlichkeiten, weshalb der Erbe nach den allgemeinen Vorschriften für sie persönlich haftet (s. Erl. 2b zu § 1967; vgl. Boß in OBl. f. FG. 6 S. 505 ff.). Im Nachlaßkonkurse begründen sie eine Masseschuld (KO. § 224 Nr. 4).

7. Betreffs der **Übergangszeit** s. Erl. 6 zu § 2259.

8. **Ist ein Testament versehentlich bei Lebzeiten des Erblassers eröffnet worden,** so verliert es dadurch nicht seine Gültigkeit. Es wird jedoch geboten sein, den Erblasser zu benachrichtigen und seine Entscheidung darüber herbeizuführen, ob das Testament zurückgegeben (§ 2256) oder wieder verschlossen und in Verwahrung genommen werden soll. Wenn der Testator, insbesondere wegen des Bekanntwerdens seiner letztwilligen Verfügungen, berechtigten Grund hat, ein neues Testament zu errichten, kann ihm der betreffende Beamte für die entstehenden Kosten ersatzpflichtig sein (vgl. Böhm S. 219; Weißler S. 173; Dernburg § 38 Ziff. IV 6 und die einschlägigen Vorschriften des preuß. ALR. I 12 §§ 209—211).

9. **Das BGB. enthält keine Vorschriften über die Eröffnung von Testamenten, die sich seit sehr langer Zeit in amtlicher Verwahrung befinden.** Im Anschluß an das bisherige Recht (s. M. V S. 307) haben jedoch die Ausführungsgesetze der meisten Bundesstaaten die Vorschrift aufgenommen, daß solche Testamente nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit zu eröffnen sind, wenn nicht bekannt ist, daß der Erblasser noch lebt. Die Zeit ist meist auf 54 Jahre festgesetzt, wofür einerseits der nach § 2229 Abs. 2 an das vollendete sechzehnte Lebensjahr geknüpfte Beginn der Testierfähigkeit, andererseits die frühere auf das siebzigste Lebensjahr abstellende Lebens- bzw. Todespräsumtion (Windscheid-Kipp I § 53 Anm. 1; preuß. ALR. I 1 §§ 37, 38 und preuß. Ges. v. 12. März 1869 § 3 Abs. 4; vgl. auch E. I § 4 und dazu Bd. I Erl. 5 zu § 1) maßgebend gewesen ist. So Preußen Art. 82 (dazu GeschäftsO. f. d. Gerichtsschr. § 54 Abs. 16), Bayern Art. 108, Württemberg Art. 80, Hessen Art. 133, Weimar § 246, Altenburg § 156 und Anhalt Art. 10. Sachsen (Ges. v. 15. Juni 1900 § 17) und Bremen (§ 65) haben 50 Jahre festgesetzt, noch anders Baden (Rechtspolizeiordnung v. 17. Juni 1899 §§ 87, 88). Im bisherigen, insbesondere im früheren preuß. Rechte, betrug die Frist 56 Jahre. Dieses mit dem früheren testierfähigen Alter zusammenhängende Zeitmaß bleibt auch für alle vor dem 1. Januar 1900 errichteten Testamente maßgebend, so daß die neuen Vorschriften erst vom Jahre 1950 bzw. 1954 an praktische Geltung gewinnen (s. Stranz-Gerhard Erl. 7, Crusen-Müller Erl. 4 zu Preuß. AG. Art. 82; a. M. Schultheis in DJZ. 1901 S. 433 unter Berufung auf die GeschäftsO. a. a. O.). Vgl. im übrigen, insbesondere wegen der Befugnis der Landesgesetzgebung zum Erlasse solcher Vorschriften, Weißler S. 173, Rausnitz S. 10, 342, auch die Vordm. IV und über die örtliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts Rspr. 12 S. 214.

§. 2261. Hat ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht das Testament in amtlicher Verwahrung, so liegt dem anderen Gerichte die Eröffnung des Testaments ob. Das Testament ist nebst einer beglaubigten Abschrift des über die Eröffnung aufgenommenen Protokolls dem Nachlaßgerichte zu übersenden; eine beglaubigte Abschrift des Testaments ist zurückzubehalten.

§. 2262. Das Nachlaßgericht hat die Betheiligten, welche bei der Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesen sind, von dem sie betreffenden Inhalte des Testaments in Kenntniß zu setzen.

---

§ 2261.

E. I § 1938 Abs. 2; II § 2128 rev. § 2235; III § 2234. P. I S. 9910 f., 11369, 11444; M. V S. 307. P. II Bd. 5 S. 356 f.

1. Die **Vorschrift** des § 2261, die sich in ähnlicher Gestalt bereits im preuß. ALR. I 12 § 237 und in anderen bisherigen Rechten findet, **bezweckt**, die mit der Gefahr des gänzlichen Verlustes verbundene Versendung einer noch uneröffneten Testamentsurkunde nach Möglichkeit zu vermeiden.

2. Die **Voraussetzung** für die Anwendbarkeit des § 2261 bildet die amtliche Verwahrung des Testaments durch ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht. Unter der amtlichen Verwahrung ist hier nur die besondere Verwahrung gemäß §§ 2246, 2248 zu verstehen (vgl. Erl. 5 zu § 2259; KG. 33 S. A 103; Bayer. ObLG. 3 S. 351). Das andere Gericht wird daher stets ein Amtsgericht sein, da die besondere Verwahrung der Testamente kraft Landesrechts, soweit sie überhaupt den Gerichten übertragen ist, den Amtsgerichten obliegt (Erl. 6 zu § 2246).

3. **Inhalt der Vorschrift.** In dem in Erl. 2 erwähnten Falle ist das andere Gericht zur Eröffnung des Testaments zuständig. Ihm liegen daher die in Erl. 4 zu § 2260 erörterten Pflichten ob (vgl. auch KG. 32 S. A 100; Rspr. 13 S. 305). Nach der Eröffnung hat es die Urschrift des Testaments nebst einer beglaubigten Abschrift des Eröffnungsprotokolls dem Nachlaßgerichte zu übersenden, während es eine Abschrift des Testaments und die Urschrift dieses Protokolls zurückbehält. Zu der Urschrift des Testaments gehört, wenn dieses durch Übergabe einer Schrift errichtet ist, auch das Übergabeprotokoll (s. Erl. 3e zu § 2238); dieses ist daher mit zu übersenden (KG. 32 S. A 105). Ergibt sich aus dem Eröffnungsprotokolle nicht, daß eine Verkündung des Testaments stattgefunden hat, so ist nach KG. 25 S. A 217 das Nachlaßgericht zur Annahme des Testaments nicht verpflichtet. Die Urschrift des Testaments bleibt dauernd bei dem Nachlaßgerichte (s. Erl. 3 zu § 2259; Best im Recht 1904 S. 589).

Über die Art der Übersendung und die Erteilung einer Empfangsbescheinigung kann landesgesetzlich oder im Verwaltungswege Näheres bestimmt werden. Auch die Form der Beglaubigung der Abschrift ist reichsrechtlich nicht geregelt und bestimmt sich daher nach Landesrecht (z. B. preuß. FGG. Art. 57, 59; s. KG. 32 S. A 100).

4. Wegen der **Anwendung des § 2261** im Falle der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten s. Erl. zu § 2273, wegen der Anwendung auf Erbverträge Erl. zu § 2300 und auf das Testament eines Ausländers s. Erl. 3 zu EG. Art. 25.

§ 2262.

E. I § 1939 Abs. 1; II § 2129 rev. § 2236; III § 2235. P. I S. 9912 f.; M. V S. 307 f. P. II Bd. 5 S. 357.

1. Die im § 2262 geregelte **Mitteilungspflicht** liegt dem **Nachlaßgericht** ob, gleichviel ob dieses nach § 2260 selbst das Testament eröffnet oder es gemäß § 2261 von einem anderen Gerichte nach der Eröffnung erhalten hat. Die Verpflichtung besteht auch dann, wenn das Testament wegen eines Formfehlers oder aus einem sonstigen Grunde ungültig ist, nur wird das Gericht den Mangel erwähnen müssen. Durch eine gegenüber dem Nachlaßgericht abgegebene Verzichtserklärung erledigt sich die Verpflichtung gegenüber dem Verzichtenden; dagegen kann der Erblasser an den im § 2262 festgesetzten Obliegenheiten des Nachlaßgerichts nichts ändern und auch der Erbe kann die Unterlassung der Mitteilung an die übrigen Beteiligten nicht erwirken (Bayer. ObLG. 4 S. 147, 6 S. 509; SeuffA. 58 S. 325; s. Erl. 1 zu § 2246). Dem Gericht ist nicht wie nach bisherigem Rechte gestattet, die Bewirkung der nötigen Mitteilungen einem anderen, insbesondere dem Erben, einem Miterben oder dem Testaments-

§. 2263. Eine Anordnung des Erblassers, durch die er verbietet, das Testament alsbald nach seinem Tode zu eröffnen, ist nichtig.

---

vollstrecker, zu übertragen (s. M. V S. 308; a. M. Wilke Anm. 1). Es kann jedoch das Amtsgericht des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts der Beteiligten um die Bekanntgabe des Testaments an diese nach dessen gehöriger Eröffnung ersuchen (Bayer. ObLG. 5 S. 516).

Die Vorschrift des § 2262 ist eine bloße Ordnungsvorschrift (M. V S. 307), deren Befolgung insbesondere nicht Voraussetzung ist für den Beginn der Ausschlagungsfrist (§ 1944 Abs. 2; a. M. Dennler in CBl. f. FG. 5 S. 535).

2. Als Beteiligte, denen Mitteilung zu machen ist, kommen nicht nur die mit einer Zuwendung Bedachten, sondern auch der Testamentsvollstrecker und möglicherweise solche Personen, die nach § 2194 die Erfüllung einer Auflage verlangen können, insbesondere die zuständige Behörde, in Betracht. Zweifelhaft ist, ob zu den Beteiligten, denen Mitteilung zu machen ist, stets die (nächsten) gesetzlichen Erben zu zählen sind. Die Frage wird von Rausnitz S. 343 und von Kleineidam im Recht 1901 S. 112 im Hinblick auf § 2260 Abs. 1 Satz 2 bejaht. Damit würde jedoch, da die Benachrichtigung nicht nur „soweit tunlich" vorgeschrieben ist, dem Gerichte mitunter ohne genügenden Grund eine schwere Last auferlegt werden. Die Mitteilungspflicht wird daher auf solche Fälle zu begrenzen sein, in denen ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen (§ 1938) oder ihm der Pflichtteil entzogen ist (§ 2336) oder in denen das gesetzliche Erbrecht durch Einsetzung Fremder auf einen Teil des Nachlasses geschmälert oder durch Vermächtnisse und Auflagen belastet ist. Sind dagegen die gesetzlichen Erben in dem Testamente gänzlich übergangen, so kann ihnen überlassen werden, sich gemäß § 2264 von dem Inhalte des Testaments Kenntnis zu verschaffen (s. RJA. 2 S. 68; Rspr. 12 S. 387; SeuffA. 58 S. 325, Schultzky im Recht 1901 S. 346; vgl. auch Erl. 4b zu § 2260; bayer. NachlaßO. v. 20. März 1903 § 34).

Eine Benachrichtigung des Vormundschaftsgerichts, wenn zu den Beteiligten bevormundete oder eines Vormundes oder Pflegers bedürftige Personen gehören, ist nicht besonders vorgeschrieben (s. jedoch Schultzky a. a. O.).

3. **Form, Inhalt und Zeit der Benachrichtigung.** Die Benachrichtigung beschränkt sich bei jedem Beteiligten auf den ihn betreffenden Inhalt, möglicherweise also auf eine einzelne Verfügung des Testaments. Sie kann durch inhaltliche Mitteilung oder durch Erteilung einer einfachen Abschrift erfolgen. Eine bestimmte Form der Bekanntmachung (Zustellung, einfache Behändigung, Postsendung ꝛc.) ist nicht vorgeschrieben; der § 16 des FGG. findet, da es sich nicht um eine gerichtliche Verfügung, sondern um eine bloße Mitteilung handelt, keine Anwendung. Ist der Aufenthalt eines Beteiligten unbekannt, so wird, wenn dies nicht wegen der unverhältnismäßigen Höhe der Kosten unangemessen erscheint, eine Bekanntmachung in den Zeitungen zu erlassen sein (vgl. preuß. ALR. I 12 § 231).

Die Benachrichtigung hat alsbald nach der Testamentseröffnung oder im Falle des § 2261 nach dem Eingange des Testaments bei dem Nachlaßgerichte zu geschehen, wie es dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entspricht, und kann durch Bestimmung des Erblassers nicht hinausgeschoben werden (Bayer. ObLG. 6 S. 509).

4. Darüber, wer die Kosten der gerichtlichen Mitteilungen trägt, ist keine besondere Bestimmung getroffen. Die M. V S. 308 scheinen davon auszugehen, daß sie dem Nachlasse zur Last fallen, während Böhm S. 221 sie den „Interessenten" auferlegt. Man wird die entstehenden Kosten als solche der Testamentseröffnung (im weiteren Sinne) und daher als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen haben (vgl. Erl. 6 zu § 2260; so auch preuß. ALR. I 12 § 230). Ob ein Beteiligter imstande gewesen wäre, im Eröffnungstermine zu erscheinen und dadurch eine Mitteilung an ihn unnötig zu machen, ist unerheblich.

5. Über die Verpflichtung zur Übersendung der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift des Testaments an das zuständige Erbschaftssteueramt s. das Reichs-Erbschaftssteuergesetz v. 3. Juni 1906 (RGBl. S. 654) § 40 und die dazu ergangenen AusfBestimmungen v. 16. dess. Mon. § 4.

§ 2263.

G. I § 1938 Abs. 3; II § 2130 ꝛc. § 2237; III § 2236. M. I S. 9911, 11461 f.; M. V S. 307. M. II Bd. 5 S. 357.

1. **Zweck der Vorschrift.** Der Paragraph enthält eine positive Vorschrift, die mit Rücksicht auf die in der bisherigen Theorie und Praxis teilweise vertretene gegenteilige Ansicht aufgenommen

§. 2264. Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, ist berechtigt, von einem eröffneten Testament Einsicht zu nehmen sowie eine Abschrift des Testaments oder einzelner Theile zu fordern; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

---

worden ist, um einem mehr oder minder langen Zustande der Ungewißheit über die Gestaltung der erbrechtlichen Verhältnisse vorzubeugen.

2. Der § 2263 erklärt nur das **Verbot der alsbaldigen Testamentseröffnung** für nichtig. Für ein Verbot der Benachrichtigung der Beteiligten (§ 2262) gilt aber nach dem Zwecke der diese anordnenden Bestimmung das gleiche (s. Erl. 1, 3 zu § 2262). Wegen der gemeinschaftlichen Testamente s. Erl. zu § 2273.

§ 2264.

E. I § 1939 Abs. 2; II § 2131 rev. § 2238; III § 2237. P. I S. 9912 f.; M. V S. 308. P. II Bd. 5 S. 357.

1. **Recht auf Einsicht und Abschriften.** Durch den § 2264 wird im Anschluß an das bisherige Recht (Windscheid-Kipp § 567 Anm. 2; preuß. ALR. I 12 §§ 227, 228) einem weiteren Personenkreise die Möglichkeit der Kenntnisnahme von einem eröffneten Testamente gewährt. Die Vorschrift steht als Sondervorschrift neben dem allgemeinen Satze des FGG. § 34, von dem sie sich dadurch unterscheidet, daß sie in den Voraussetzungen enger gefaßt, ihrem Inhalte nach aber weitergehend ist als jener. Denn während nach dem FGG. § 34 irgendein berechtigtes Interesse genügt, wird hier ein Interesse rechtlicher Natur erfordert (s. Erl. 1 zu § 2010; Bd. II Erl. 3a zu § 810), andererseits entscheidet nicht das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts, sondern es besteht unter den gesetzlichen Voraussetzungen ein unbedingtes Recht auf Einsicht des Testaments und Erteilung von Abschriften (vgl. Rausnitz S. 203, 343). Das rechtliche Interesse bzw. die Tatsache, die es begründet, ist glaubhaft zu machen (FGG. § 15 Abs. 2). Gegen einen ablehnenden Bescheid findet nach FGG. § 19 Beschwerde statt.

Im Falle des § 2261 kann die Einsichtnahme bis zur Übersendung des Testaments an das Nachlaßgericht bei dem Gerichte beantragt werden, welches das Testament eröffnet hat; für die Erteilung von Abschriften ist nur das Nachlaßgericht zuständig (OLG. Colmar JurZ. für Els.-Lothr. 1900 S. 337). Die Übersendung der Nachlaßakten zum Zwecke der Einsicht des Testaments kann nicht verlangt werden, ist aber reichsrechtlich nicht verboten (Bayer. ObLG. im Recht 1905 S. 196).

Die Beglaubigung der Abschriften erfolgt nach den landesgesetzlichen Vorschriften, da die Vorschriften des BGB. §§ 126, 129 und des FGG. § 167 nur für die Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen gelten und auch für diese nur die Zuständigkeit regeln (s. für Preußen das FGG. Art. 35, 57, 59).

2. Betreffs des **Umfangs des im § 2264 gewährten Rechtes** ist zu bemerken:

a) Der § 2264 spricht nur von dem **Testamente**, die Vorschrift ist aber unbedenklich auch auf das **Eröffnungsprotokoll** mit zu beziehen, sofern der Antragsteller auch an diesem ein rechtliches Interesse hat. Dies trifft insbesondere zu, wenn der Antragsteller für einen zum Grundbuch oder Schiffsregister zu stellenden Antrag neben dem Testament auch einer Abschrift des Eröffnungsprotokolls bedarf (GBO. § 36 Abs. 1; FGG. § 107 Abs. 2). In die Abschrift des Testaments sind auch die Aufschrift auf dem Umschlag (§ 2246 Abs. 1) und, wenn der Erblasser eine Schrift übergegeben hat (§ 2238), der von ihm etwa auf die Außenseite gesetzte Vermerk einzubeziehen (s. Weizsäcker-Lorenz S. 126 f.).

b) Zweifelhaft ist, ob ein Antragsteller, der **nur an einem Teile des Testaments ein rechtliches Interesse** hat, Einsicht und Abschrift des ganzen Testaments oder nur des ihn interessierenden Teiles verlangen kann. Für die erstere Ansicht läßt sich geltend machen, daß das im § 2264 gewährte Recht verkümmert werden kann, wenn das Ermessen des Gerichts darüber entscheidet, wie weit das Interesse des Antragstellers reicht. Man wird sich aber grundsätzlich doch für das Gegenteil entscheiden müssen, weniger deswegen, weil der § 2264 neben der Abschrift des ganzen Testaments auch diejenige einzelner Teile erwähnt (s. hierüber zu c), als weil der Gewährung vollständiger Einsicht und einer vollständigen Abschrift mitunter erhebliche Bedenken entgegenstehen können. Denn, da in Testamenten nicht selten Angaben höchst vertraulicher Art vorkommen, z. B. über Familienverhältnisse, Enterbungsgründe ꝛc., so würde das sehr berechtigte Interesse der Nächstbeteiligten an der Geheimhaltung solcher Dinge erheblich und unnötig verletzt werden, wenn jeder, der an einer einzelnen, mit jenen Angaben in keinem Zusammenhange stehenden Verfügung des Testaments ein rechtliches Interesse hat, die Kenntnis-

nahme von dem fraglichen Inhalte des Testaments erzwingen und ihn vermöge der ihm erteilten Abschrift sogar weiterverbreiten könnte. Soweit das rechtliche Interesse des Antragstellers reicht, soll ihm allerdings ein nur berechtigtes Interesse der bezeichneten Art nachstehen; darüber hinauszugehen, fehlt es aber an einem genügenden Grunde (vgl. FGG. § 34 und den KV. dazu Nr. 22; auch § 2273 Satz 1; Erl. 2 zu § 2010; Drewes in DJZ. 1901 S. 231; a. M. RJA. 9 S. 79). Der § 2260 Abs. 2, nach welchem das Testament seinem ganzen Inhalte nach im Eröffnungstermine zu verkünden und auf Verlangen vorzulegen ist, steht der einschränkenden Auslegung des § 2264 nicht entgegen, da die nach § 2260 in Frage kommenden Beteiligten (s. dort Erl. 4b) einen weit engeren Personenkreis darstellen als die nach § 2264 Berechtigten. Immerhin dürfen dem im § 2264 gewährten Rechte keine zu engen Grenzen gezogen werden. Die zu treffende Entscheidung kann nach Lage des Falles sehr verschieden sein. Der Berechtigte kann, wenn ihn in Wirklichkeit auch nur ein Teil des Testaments angeht, doch die Einsicht der übrigen Teile verlangen, wenn die Möglichkeit besteht, daß diese noch weitere für ihn wichtige Stellen enthalten, und der Berechtigte sich erst davon überzeugen muß, daß dies nicht der Fall ist (vgl. Erl. 4 zu § 810). Danach kann es auch zutreffen, daß das Recht auf Einsicht sich auf das ganze Testament erstreckt, während eine Abschrift nur von einzelnen Teilen verlangt werden kann.

c) Wenn im § 2264 auch von der **Abschrift einzelner Teile** des Testaments gesprochen wird, so hat dies vorzugsweise den Sinn, daß der Berechtigte **befugt** ist (wegen der Kosten), seinen Antrag dergestalt zu beschränken. Betreffs der Anfertigung einer auszugsweisen beglaubigten Abschrift s. das preuß. FGG. Art. 47 Satz 1, 2, Art. 57 Abs. 3.

3. Ausfertigung des Testaments. Daraus, daß § 2264 nur von einer beglaubigten Abschrift des Testaments spricht, ist der Schluß gezogen worden, daß abweichend vom bisherigen Rechte eine Ausfertigung des (in öffentlicher Form errichteten) Testaments überhaupt nicht zu erteilen sei. Diese Annahme ist jedoch unzutreffend. Der E. I erwähnte neben der Abschrift und dem Auszug auch die Ausfertigung des Testaments, ohne daß sich über die Unterscheidungsmerkmale der letzteren aus dem Gesetze selbst oder aus den Motiven etwas ergäbe. Wenn nun der § 2264 nur von einer beglaubigten Abschrift spricht, so folgt daraus nur, daß über die Erteilung einer Ausfertigung des Testaments **an dieser Stelle** nichts bestimmt wird. Der Begriff der Ausfertigung ist dem Reichsrecht auch auf dem Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit nicht unbekannt (s. FGG. §§ 182, 184) und es besteht kein Grund, ihn bei der öffentlichen Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen für unanwendbar zu halten. (Über den Unterschied zwischen einer beglaubigten Abschrift und einer Ausfertigung im allgemeinen s. Jastrow I S. 90 Erl. 3 zu Art. 43.) Das Recht auf Erteilung einer Ausfertigung des Testaments, die Zuständigkeit zur Erteilung und die Form der Ausfertigung richtet sich vielmehr, soweit nicht das FGG. § 182 Vorschriften enthält, nach den Landesgesetzen, z. B. dem preuß. FGG. Art. 43, 45—49, 51 (s. Rausnitz S. 589, 616; Weizsäcker-Lorenz S. 126ff.; vgl. KG. 20 S. A 289; abw. Kleineidam im Recht 1901 S. 113; Peiser § 10 Anm. 19).

Von dem eigenhändigen Testament als einer Privaturkunde kann natürlich nur eine beglaubigte Abschrift, keine Ausfertigung erteilt werden (KG. 30 S. A 90; s. oben Erl. III 1 zu § 2231).

4. Die Urschrift des eröffneten Testaments darf Privatpersonen nicht ausgehändigt werden (M. V S. 308). Dies gilt auch für eigenhändige und sonstige Testamente, die vor der Eröffnung nicht in amtlicher Verwahrung gewesen sind (s. RJA. 7 S. 33; oben Erl. 3 zu § 2259). Die zeitweilige Überlassung an Behörden (Gerichte und Verwaltungsbehörden) in Zivil- und Strafprozessen, Stempel- oder Steuerangelegenheiten ꝛc. ist zulässig.

5. Vor der Eröffnung darf die Einsicht eines in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments dritten Personen überhaupt nicht gestattet werden. Was den Erblasser selbst anbetrifft, so wird die Gewährung der Einsicht eines gemäß § 2248 in amtliche Verwahrung genommenen nicht verschlossenen Testaments (s. Erl. 2b zu § 2248) nicht für unstatthaft zu erachten sein; ein Recht auf Einsicht hat der Erblasser jedoch nicht (s. Rausnitz S. 343, aber auch S. 202, 618). Die Eröffnung des amtlichen Verschlusses zu dem Zwecke, dem Erblasser Einsicht zu gewähren, ist schlechthin unzulässig (RJA. 8 S. 36; a. M. Rspr. 9 S. 411, falls die Öffnung durch ein zwingendes rechtliches Interesse geboten erscheint; vgl. auch Peiser § 7 Anm. 83).

Auch die Erteilung von Abschriften vor der Verschließung des Testaments findet nicht statt (vgl. Erl. 5 zu § 2246; a. M. Francke im Recht 1900 S. 231).

Achter Titel.

Gemeinschaftliches Testament.

Achter Titel.

Für das bisherige Recht: Windscheid-Kipp 3 § 568; Dernburg 3 § 97, preuß. PrivR. 3 §§ 182ff.; Ecclus 4 § 267; Rehbein, Obertribunalsentsch. 4 S. 295, 305ff.; Stobbe 5 § 307; Fischer Arch. f. Bürg. R. 6 S. 54ff.; Hasse im Rheinischen Museum 3 S. 239ff., 490ff.; Hartmann, Erbverträge (1860).

Für das BGB.: Löwenwald Die gem. Testamente (1899); Goldmann, Das gem. Testament, unter besonderer Berücksichtigung des sog. Berliner Tst. in Gruch. 48 S. 64ff., (auch im Separatabdruck erschienen 1904); Kiß, Zur jur. Konstruktion der korresp. Verf. im Arch. f. Bürg. R. 25 S. 175; Brütt das. 29 S. 385; Proske, Die Unterschiede zw. gem. Tst. und Erbvertrag (1905); Jung Z. f. d. Not. in Bayern 1 S. 55; Kaisenberg das. 1 S. 93ff.; Muck das. 5 S. 226; Jastrow Formularbuch 14. Aufl. II S. 227ff.; Meyer, das gem. Testament (1908).

1. Entstehungsgeschichte. Gemeinschaftliche Testamente mehrerer Personen waren im gem. Rechte und nach dem sächs. GB. (§§ 2196ff., 2214) ohne Beschränkung zugelassen, während der code civ. (art. 968, 1097) sie unbedingt ausschloß. Einen vermittelnden Standpunkt nahmen das preuß. ALR. (I 12 §§ 614ff., II 1 §§ 482ff.) und andere Partikularrechte ein, indem sie Ehegatten die Errichtung eines gem. Testaments gestatteten, im übrigen aber sie für unzulässig erklärten. Der E. I (§ 1913) wollte das gem. Testament beseitigen, weil es ein durch eine abwegige Rechtsentwickelung geschaffenes Institut sei, das durch seine Unklarheit und seine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts viele Zweifel und Rechtsstreitigkeiten erzeugt habe, überdies in dem Erbvertrag ausreichenden Ersatz finde. Diese Auffassung wurde jedoch von der Kritik überwiegend gemißbilligt (vgl. Zstlg. V S. 42, VI S. 669; Zstlg. d. BR. I S. 176; Verh. d. 20. deutschen Juristentags 1 S. 3; 4 S. 314, 444; v. Jacubezky S. 319). Dieser Ansicht folgend hat die zweite Kommission das gem. Testament in der Beschränkung auf Ehegatten aufgenommen. Die Ausgestaltung im einzelnen ist auf der Grundlage der bisherigen gemeinrechtlichen und preuß. Praxis erfolgt, jedoch mit erheblichen Neuerungen, durch die das gem. Testament dem Erbvertrage nahegebracht wird.

2. Arten des gem. Testaments. In der Theorie werden gemeinsame, wechselseitige und korrespektive Testamente unterschieden (testamenta mere simultanea, reciproca oder mutua, correspectiva). Unter der ersteren Bezeichnung werden solche letztwillige Verfügungen verstanden, die von mehreren Personen rein äußerlich in demselben Rechtsakt errichtet sind. Wechselseitige Testamente sind solche, in denen sich die mehreren Erblasser gegenseitig Zuwendungen machen. Ein korrespektives Testament liegt vor, wenn die Verfügungen der Erblasser, sei es in ihrer Gesamtheit, sei es teilweise, im Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit zueinander stehen.

An sich sind gegenseitige Zuwendungen und korrespektive Verfügungen mehrerer Erblasser auch in getrennten Testamenten möglich; praktische Bedeutung aber haben sie nur bei dem gem. Testament und nur, wenn sie in einem solchen getroffen sind, gelten für sie rechtliche Besonderheiten. Auf der anderen Seite kommen gem. Testamente, in denen die Verfügungen der Erblasser in keinem inneren Zusammenhange stehen, praktisch wenig in Betracht. Die Regel ist also, daß Gemeinschaftlichkeit der Form und Gemeinschaftlichkeit des Inhalts zusammentreffen. Die Verfügungen des einen Teiles werden zugunsten des anderen Teiles oder um seinetwillen zugunsten dritter Personen getroffen (**Reziprozität**) und die beiderseitigen Verfügungen stehen in einem solchen Zusammenhange, daß die des einen Teiles mit Rücksicht auf die des anderen getroffen sind, die Verfügungen jedes Erblassers nicht ohne die anderen getroffen sein würden (**Korrespektivität**). Die Erfahrung, daß wechselseitige Verfügungen eines gem. Testaments fast stets im korrespektiven Sinne getroffen werden, rechtfertigt die Aufstellung einer Rechtsvermutung dafür, daß bestimmten derartigen Verfügungen der Erblasser ein korrespektiver Charakter innewohne. Da den wechselseitigen und notwendig den korrespektiven Verfügungen eine Willenseinigung der Erblasser vorhergehen muß, hat das gem. Testament eine gewisse innere Verwandtschaft mit dem Erbvertrage. Der wesentliche Unterschied liegt aber darin, daß bei dem gem. Testamente juristisch doch nur eine Verbindung zweier einseitiger und an sich selbständiger Verfügungen von Todes wegen vorliegt, daß daher auch die Erblasser nicht mit der Errichtung des Testaments gebunden sind, sondern grundsätzlich das Recht des freien Widerrufs

haben. Erst mit dem Eintritte besonderer Voraussetzungen, nämlich dann, wenn durch den Tod des einen Teiles die Möglichkeit des Widerrufs seiner Verfügungen weggefallen ist, werden kraft positiven Rechtssatzes die korrespektiven Verfügungen des anderen Teiles für diesen bindend; vorher hat der Widerruf des einen Teiles nur den Zusammenfall der Verfügungen des anderen zur Folge.

Diese Grundzüge hat das BGB. aus dem bisherigen Rechte übernommen. Es behandelt die korrespektiven Verfügungen in den §§ 2270, 2271, die das Wesen der Korrespektivität bestimmen und deren Wirkungen, besonders mit Bezug auf den Widerruf, regeln, auch eine Rechtsvermutung der oben bezeichneten Art enthalten.

3. Form des gem. Testaments. Für die Errichtung eines gem. Testaments stehen alle Formen offen, in denen ein gewöhnliches Testament errichtet werden kann. Ein Antrag, die außerordentlichen Testamentsformen auszuschließen, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden, weil das Bedürfnis, gemeinschaftlich zu testieren, auch in den Fällen, in welchen nur jene Formen gegeben seien, bestehen könne und die Versagung der fraglichen Befugnis dazu führen würde, daß korrespektive Verfügungen in getrennten Testamenten getroffen werden. Besonderheiten hinsichtlich der Form gelten für den Fall der Errichtung eines gem. Testaments vor dem Gemeindevorsteher (§ 2266) und für das gem. Testament in eigenhändiger Form (§ 2267).

Da ein gem. Testament durch einen einheitlichen Rechtsakt errichtet wird, kann die Errichtungsform für beide Ehegatten nur ein und dieselbe sein. Es kann daher nicht der eine Ehegatte in der Form des eigenhändigen und der andere in der des öffentlichen Testaments testieren. Die Minderjährigkeit der Frau hat also zur Folge, daß das gem. Testament nur in öffentlicher Form errichtet werden kann (§ 2247); gleiches gilt, wenn auch nur einer der Ehegatten Geschriebenes nicht zu lesen vermag.

Wegen des eigenhändigen Testaments s. Erl. zu § 2267.

Im Falle der Errichtung des gem. Testaments vor einem Richter oder Notar können beide Ehegatten ihren letzten Willen mündlich erklären oder eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergeben, daß die Schrift ihren letzten Willen enthalte (§ 2238 Abs. 1); im letzteren Falle kann von jedem Ehegatten auch eine besondere Schrift überreicht werden. Zulässig ist auch, daß der eine Ehegatte durch mündliche Erklärung, der andere durch Übergabe einer Schrift testiert (Strohal § 43 Note 8, a. A. die bisherige Auflage). Ist einem der Ehegatten die eine oder die andere Form verschlossen, so bringt es die Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsvorgangs mit sich, daß auch der andere Ehegatte das gem. Testament nur in der dem ersteren Ehegatten offenen Form errichten kann; denn da bei einem gem. Testamente für einen Ehegatten nicht nur die von ihm, sondern auch die von dem anderen Ehegatten abgegebene Erklärung bis zu einem gewissen Grade bindend wird, ist es als Wille des Gesetzes anzusehen, daß dem Ehegatten, welchem eine Testamentsform verschlossen ist, diese nicht indirekt dadurch offenstehen soll, daß der andere Ehegatte von ihr Gebrauch macht. Die Minderjährigkeit der Frau hat also zur Folge, daß das gem. Testament nicht durch Übergabe einer Schrift errichtet werden kann (§ 2238 Abs. 2). Das gleiche gilt, wenn auch nur einer der Ehegatten Geschriebenes nicht zu lesen vermag. Ist einer der Ehegatten stumm oder sonst am Sprechen verhindert, so kann die Errichtung nur durch Übergabe einer Schrift erfolgen (§ 2243); es ist nicht zulässig, daß der stumme Ehegatte eine Schrift überreicht, während der andere seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll erklärt (a. A. Strohal a. a. O.), die im § 2243 Abs. 1 Satz 2 bezeichnete Erklärung kann aber von dem sprechenden Teile mündlich abgegeben werden. Es scheint allerdings auffallend zu sein, daß, während im allgemeinen der eine Ehegatte mündlich, der andere durch Überreichung einer Schrift testieren kann, dies unzulässig sein soll, wenn ein Ehegatte stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist; allein der Grund für diese verschiedene Behandlung liegt darin, daß sonst der vom Gesetze gewollte Schutz des stummen Testators nur unvollständig erreicht würde. Ist der eine Ehegatte stumm und der andere minderjährig oder lesensunfähig, so ist die Errichtung eines gem. Testaments nicht möglich.

4. Unterschied von gem. Testament und Erbvertrag. Bei der Ähnlichkeit des gem. Testaments und des Erbvertrags wird im einzelnen Falle oft schwer zu entscheiden sein, ob eine Verfügung von Todes wegen, bei deren Errichtung zwei Personen beteiligt sind, als ein gem. Testament oder als ein Erbvertrag anzusehen ist. Die Unterscheidung ist aber nicht nur wegen der verschiedenen Wirkungen, sondern auch deswegen von Bedeutung, weil für das gem. Testament hinsichtlich der Zulässigkeit, der Form und der Geschäftsfähigkeit der Erblasser andere Grundsätze gelten als für den Erbvertrag und daher die Gültigkeit der Verfügung von ihrer Unterordnung

§. 2265. Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden.

---

unter die eine oder die andere Kategorie abhängen kann. Eine Verfügung von Todes wegen, in der nur der eine Teil Bestimmungen über seinen Nachlaß trifft, während der andere dessen Erklärungen lediglich annimmt, kann nur als Erbvertrag angesehen werden, weil das gem. Testament notwendig zwei Erblasser, also Verfügungen beider Teile voraussetzt. Treffen beide Erblasser ausschließlich einseitige, nicht vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen, so liegt ein Erbvertrag nicht vor und es kommt nur in Frage, ob das Geschäft als gem. Testament aufrechterhalten werden kann (§§ 1941, 2278, 2299, s. Erl. 2 zu § 2299). Andererseits nimmt ein ausdrücklicher und in der Absicht gegenseitiger Bindung erklärter Verzicht der Erblasser auf den Widerruf ihrer Verfügungen diesen den Charakter eines Testaments (Schiffner, Erbvertrag S. 60). Lassen Fassung und Inhalt einer von Ehegatten gemeinschaftlich errichteten Verfügung von Todes wegen die eine wie die andere Beurteilung zu, so wird man sich im Zweifel für die Annahme eines gem. Testaments zu entscheiden haben, da dieses eine geringere Bindung zur Folge hat. Die Berücksichtigung des in der betreffenden Gegend und in dem Stande der Erblasser bestehenden Gebrauchs kann jedoch zu einem anderen Ergebnisse führen. Liegt der Fall so, daß die gemeinschaftliche Verfügung bei der einen Beurteilung gültig, bei der anderen aber ungültig sein würde, so wird der dem § 2084 zugrunde liegende Rechtsgedanke den Anlaß dazu geben können, der Verfügung die Beurteilung angedeihen zu lassen, bei welcher sie Bestand haben kann. Wegen der Möglichkeit der Konversion s. die Erl. zu § 140.

5. Stoffanordnung. Der § 2265 spricht die Beschränkung des gem. Testaments auf Ehegatten aus. Die §§ 2266, 2267 enthalten Vorschriften über die Errichtung, der § 2272 über die Aufhebung und der § 2273 über die Eröffnung gem. Testamente. Im § 2268 wird der Einfluß der Nichtigkeit und der Auflösung der Ehe geregelt. Im § 2269 wird eine Auslegungsregel für den Fall der gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten mit gemeinschaftlichen Verfügungen über den Nachlaß des Überlebenden gegeben. Die §§ 2270, 2271 bestimmen das Wesen der Korrespektivität und deren Wirkungen insbesondere auf den Widerruf.

6. Übergangsvorschrift betreffs älterer gem. Testamente s. EG. Art. 214 Abs. 2.

§ 2265.

E. I § 1913; II § 2132 rev. § 2239; III § 2238. M. I S. 9750 ff.; M. V S. 253 ff. P. II Bd. 5 S. 424. D. S. 737.

1. Nur **Ehegatten** können ein gem. Testament errichten. Anderen Personen ist es verschlossen. Ein von anderen Personen als Ehegatten errichtetes gem. Testament ist seinem ganzen Inhalte nach nichtig, auch soweit die in ihm enthaltenen Verfügungen den Erfordernissen eines einseitigen Testaments entsprechen und anzunehmen ist, daß sie auch bei Kenntnis der Nichtigkeit des gem. Testaments getroffen sein würden (RJA. 8 S. 12). Dies gilt auch von Verlobten. Wollen die künftigen Ehegatten ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse auch für den Todesfall im voraus regeln, so steht ihnen nur der Abschluß eines Ehe- und Erbvertrags zu Gebote (§ 2275 Abs. 3, § 2276 Abs. 2). Ein von Verlobten errichtetes gem. Testament erlangt auch durch den späteren Abschluß der Ehe keine Gültigkeit. Wegen des Falles, daß die Ehe der Erblasser nichtig ist, s. § 2268. Ehegatten, deren eheliche Gemeinschaft aufgehoben und nicht wiederhergestellt ist, können ein gem. Testament nicht errichten (§§ 1586, 1587, s. Vorbm. IV 2, 4 vor § 1564, Erl. 2 zu § 1586, vgl. auch § 2268).

2. Wegen der Form des gem. Testaments s. Vorbm. 3 und Erl. zu § 2267. Aus der Einheitlichkeit des Errichtungsakts folgt, daß die Errichtung eines gem. Testaments in öffentlicher Form nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Ehegatten erfolgen kann.

3. Hinsichtlich der **Geschäftsfähigkeit** gelten die allgemeinen Vorschriften für die Testamentserrichtung (§§ 2229, 2230, abweichend für den Erbvertrag § 2275).

4. Für den **Inhalt des gem. Testaments** gelten keine Beschränkungen. Jeder Ehegatte kann jede Verfügung treffen, die er durch ein gewöhnliches Testament treffen könnte. Andererseits ist auch die Gültigkeit des gem. Testaments nicht durch Verfügungen von bestimmtem Inhalte bedingt. Gegenseitige Zuwendungen, insbesondere eine gegenseitige Erbeinsetzung, sind nicht notwendig; es ist also nach dem BGB. auch ein sog. testamentum mere simultaneum zulässig (Vorbm. 2, s. auch Erl. 4 zu § 2270). Dies folgt, abgesehen von dem Mangel einer gegen-

§. 2266. Ein gemeinschaftliches Testament kann nach §. 2249 auch dann errichtet werden, wenn die Voraussetzung des §. 2249 nur auf Seiten eines der Ehegatten vorliegt.

§. 2267. Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach §. 2231 Nr. 2 genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle. Die Erklärung muß unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden.

---

teiligen Vorschrift, mittelbar aus § 2269, der für den praktisch wichtigsten Fall der gegenseitigen Erbeinsetzung eine besondere Regel aufstellt. Besondere Vorschriften über den zulässigen Inhalt eines gem. Testaments sind im § 1516 Abs. 3 und im § 2292 getroffen (Verfügungen über die Anteile der Abkömmlinge am Gesamtgute der fortgesetzten GG., Aufhebung eines Erbvertrags).

§ 2266.

E. II § 2133 rev. § 2240; III § 2239. P. II Bd. 5 S. 426 ff.

1. Nach § 2266 kann ein gem. Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde bzw. des einer Gemeinde landesgesetzlich gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes, in welchem sich die Ehegatten aufhalten, auch dann errichtet werden, wenn die nach § 2249 vorausgesetzte Besorgnis, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung vor einem Richter oder Notar möglich ist, nur auf seiten eines der Ehegatten vorliegt. Ohne diese Erweiterung würde ein gem. Testament nach § 2249 in der Regel nicht möglich sein.

2. In den Fällen der §§ 2250, 2251 (Absperrung, Seereise) müssen die Voraussetzungen für die außerordentliche Testamentsform in der Person beider Ehegatten gegeben sein, was auch schon daraus folgt, daß anderenfalls wegen der räumlichen Trennung der Erblasser ein gem. Testament in den hier fraglichen Formen überhaupt nicht errichtet werden kann.

3. Für die im § 2252 bestimmte zeitliche Beschränkung der Gültigkeit der Dorftestamente und der im Falle einer Absperrung oder Seereise errichteten Testamente ist zu beachten, daß bei einem gem. Testamente die Verfügung eines jeden Ehegatten selbständig zu beurteilen ist. Hieraus folgt, daß die Verfügung des einen wegen Ablaufs der dreimonatigen Frist (§ 2252 Abs. 1) ungültig sein kann, während die des anderen wegen der Hemmung der Frist für ihn wirksam bleibt. Entsprechendes gilt von der Unterbrechung der Frist (§ 2252 Abs. 3). In solchen Fällen ist zu entscheiden, welchen Einfluß die Unwirksamkeit der einen Verfügung auf die andere hat; für die Frage wird der § 2270, obgleich er direkt nur von der Nichtigkeit der einen Verfügung handelt, entsprechend anzuwenden sein.

§ 2267.

E. II § 2134 rev. § 2241; III § 2240. P. II Bd. 5 S. 426 ff.

Jastrow in Buschs Z. 34 S. 502.

1. Ein gem. Testament kann auch in der **Form des eigenhändigen Testaments** errichtet werden. Der § 2267 schafft hierfür eine erleichterte Form (vgl. Erl. 2 zu Art. 11 EG.).

2. Die im § 2267 zugelassene **erleichterte Form des gem. eigenhändigen Testaments** erfordert nur, daß einer der Ehegatten (Mann oder Frau) das Testament gemäß § 2231 Nr. 2 mit Angabe von Tag und Ort der Errichtung eigenhändig niederschreibt und unterschreibt und der andere Ehegatte eigenhändig die mit der Angabe von Tag und Ort der Errichtung versehene Erklärung hinzufügt und unterschreibt, daß das von dem ersteren Geschriebene auch als sein Testament gelten solle. Die bloße Mitunterzeichnung durch den anderen Teil genügt nicht, vielmehr muß eine Erklärung abgegeben werden, durch die der zweite Ehegatte sich die Erklärung des ersten aneignet.

3. Für das von dem einen Ehegatten errichtete Testament sind lediglich die für das eigenhändige Testament nach § 2231 Nr. 2 überhaupt geltenden Vorschriften maßgebend.

4. Auch bezüglich der **Beitrittserklärung des anderen Ehegatten** gilt in formeller Hinsicht alles, was das eigenhändige Testament nach § 2231 Nr. 2 erfordert.

a) Die Erklärung braucht in ihrem Wortlaute nicht buchstäblich dem Gesetze zu entsprechen (Rspr. 9 S. 419). Insbesondere braucht in dem Wortlaute die Absicht letztwillig zu

verfügen, nicht zum Ausdrucke zu kommen (RJA. 6 S. 169). Es wird z. B. genügen, wenn der zweite Ehegatte schreibt, daß er das vorstehende Testament gemeinschaftlich mit dem anderen Ehegatten errichte. Selbst das bloße Wort „einverstanden" oder die Worte „gelesen und genehmigt" können ausreichen, wenn sich nach der Fassung des Testaments nicht bezweifeln läßt, daß damit nicht nur die Zustimmung zu den Verfügungen des anderen Teiles, sondern die Aneignung der gemeinschaftlichen bzw. der gerade von dem beitretenden Ehegatten zu treffenden Verfügungen ausgesprochen wird.

b) Die Erklärung muß unter allen Umständen mit einer besonderen Zeitangabe versehen sein. Die Zeitangabe der Beitrittserklärung muß im selben Sinne wie die des gewöhnlichen eigenhändigen Testaments vollständig sein, also insbesondere die Jahreszahl enthalten, es genügt nicht, daß die Jahreszahl im Testament angegeben ist und bewiesen werden kann, daß Testament und Beitrittserklärung am selben Tage unterzeichnet worden sind (RJA. 4 S. 143); ebensowenig ist es ausreichend, wenn umgekehrt die Beitrittserklärung die volle Zeitangabe enthält, dagegen bei der Zeitangabe des Testaments ein Mangel besteht, z. B. die Jahreszahl ausgelassen ist (Rspr. 16 S. 52). Das Datum braucht nicht mit dem des Testaments übereinzustimmen (a. A. Jastrow I S. 191; Hölder in Iherings Jahrb. 41 S. 324), muß im Falle der Abweichung aber einen späteren Tag aufweisen als jenes. Vgl. im übrigen, insbesondere wegen der Richtigkeit des Datums, Erl. zu § 2231 II 4.

c) Die Erklärung muß ferner unter allen Umständen mit der Angabe des Ortes der Errichtung versehen sein. Auch der Ort der Beitrittserklärung kann von dem der Testamentserrichtung verschieden sein. Im übrigen s. Erl. II 4 zu § 2231.

d) Die Erklärung muß einschließlich der Angabe von Ort und Zeit von dem beitretenden Ehegatten eigenhändig geschrieben (Rspr. 8 S. 287) und unterschrieben sein. Die Unterschrift wird nicht dadurch ersetzt, daß der Name des beitretenden Ehegatten in das Testament aufgenommen ist (Rspr. 5 S. 348). Sie kann nach dem Tode des anderen Ehegatten nicht mehr beigefügt werden (Rspr. 14 S. 307). Wegen der Stelle, wo die Unterschrift angebracht werden muß, gilt das in Erl. II 3c zu § 2231 Bemerkte. Die Unterschrift braucht also insbesondere nicht unter dem Datum zu stehen, vielmehr muß die Angabe von Ort und Tag zu der Erklärung nur in eine solche räumliche Beziehung gesetzt sein, daß sie Ort und Tag der Beitrittserklärung bezeichnet (vgl. RJA. 5 S. 45, RG. 52 S. 282). Es schadet nichts, wenn die Unterschrift neben oder vor das Datum gesetzt ist (a. A. KG. in RJA. 4 S. 12, dagegen Dernburg in DJZ. 9 S. 4).

e) Die Erklärung muß dem Testamente beigefügt sein. Diesem Erfordernisse wird auch genügt, wenn Testament und Beitrittserklärung zwar auf demselben Blatte Papier stehen, ersteres aber auf der Vorder-, letztere auf der Rückseite, wenn nur aus der Erklärung ihre Beziehung zum Testamente hervorgeht. Erfolgt die Niederschrift auf einem besonderen Blatte, so muß dieses mit dem Testamente nicht mechanisch fest verbunden (RJA. 4 S. 197) werden; es darf aber über die Beziehung der Beitrittserklärung auf das Testament kein Zweifel obwalten (vgl. Erl. II 2f zu § 2231).

5. Leidet das von dem ersten Ehegatten niedergeschriebene Testament an einem wesentlichen Formfehler, so sind stets die Verfügungen beider Teile nichtig; findet sich dagegen ein Formfehler in der Beitrittserklärung, so ist zunächst nur diese, also die letztwillige Verfügung des anderen Teiles, nichtig und es bemißt sich nach § 2270, welchen Einfluß die Nichtigkeit dieser Verfügung auf die Verfügung des ersten Ehegatten ausübt.

6. Die Form des § 2267 ist nicht die ausschließliche Form, in der ein eigenhändiges gem. Testament errichtet werden kann. Nach den P. II Bd. 5 S. 429 scheint die zweite Kommission a. A. gewesen zu sein, denn es heißt dort, ohne die Vorschrift des § 2267 würde die eigenhändige Form (die im E. II für einige besondere Fälle bereits vorgesehen war) bei dem gem. Testamente nicht anwendbar sein. Gegen diese, auch von Böhm Erbrecht S. 213; Löwenwald S. 85; Eichhorn S. 153; Jastrow S. 207 vertretene Ansicht sprechen jedoch sowohl der Wortlaut des § 2267 („genügt es") als auch innere Gründe. Ein eigenhändiges gem. Testament kann außer in der im § 2267 bezeichneten Form noch in der Weise errichtet werden, daß jeder Ehegatte den ganzen Inhalt des gem. Testaments niederschreibt, mit Datum und Ortsangabe versieht und unterschreibt, oder daß zuerst der eine und dann der andere Ehegatte seinen letzten Willen niederschreibt und am Schlusse beider Niederschriften jeder Ehegatte unterschreibt, und zwar jeder unter Beifügung von Ort und Tag der Errichtung (RJA. 5 S. 147 = KG. 29 S. A 57); im ersteren Falle bildet der gleiche Inhalt der Testaments-

§. 2268. Ein gemeinschaftliches Testament ist in den Fällen des §. 2077 seinem ganzen Inhalte nach unwirksam.

Wird die Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst oder liegen die Voraussetzungen des §. 2077 Abs. 1 Satz 2 vor, so bleiben die Verfügungen insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden.

---

erklärung, im zweiten die einheitliche Unterschrift das die Gemeinschaftlichkeit des Testaments begründende Moment. Übrigens kann das Datum der beiden Unterschriften in jedem der zwei Fälle verschieden sein (a. A. Strohal für den zweiten Fall). Dagegen liegt ein gem. Testament nicht vor, wenn zuerst der eine Gatte seinen letzten Willen niederschreibt und unterschreibt und sodann der andere Gatte das gleiche tut; da es hier an einem die Gemeinschaftlichkeit der Errichtung ausweisenden Momente fehlt, liegen zwei selbständige Testamente vor.

7. Wegen der möglichen Fassung der beiderseitigen Erklärungen s. KG. 28 S. A 20, RJA. 5 S. 42 (= KG. 29 S. A 53), RJA. 6 S. 169.

8. Nachträgliche Änderungen sind bei einem eigenhändigen gem. Testamente, gleichviel in welcher Fassung es errichtet ist (Erl. 6), nur in der Form eines Zusatzes möglich, der allen Anforderungen eines neuen derartigen Testaments entspricht. Es muß also nicht bloß der Zusatz von dem ihn beifügenden Ehegatten eigenhändig geschrieben, unterschrieben und mit Orts- und Zeitangabe versehen sein, sondern auch der andere Ehegatte muß sein Einverständnis eigenhändig schreiben, unterschreiben und mit Orts- und Zeitangabe versehen. Ist das gem. eigenhändige Testament nach § 2267 errichtet, so kann den Zusatz sowohl der Ehegatte machen, der das Haupttestament errichtet, als der, welcher zu diesem nur seinen Beitritt erklärt hat. Durch Einschaltungen oder Verbesserungen im Texte der ursprünglichen Urkunde (Erl. II 5 a. E. zu § 2231) kann die Abänderung des Testaments hier nicht bewirkt werden; denn, wenn solche Änderungen auch von dem einen Ehegatten eigenhändig mit Zustimmung des anderen Teiles vorgenommen werden, so tritt die Zustimmung doch nicht in der Urkunde hervor und fehlt es daher an einem wesentlichen Erfordernisse des gem. Testaments (a. A. Herzfelder, Strohal § 43a Note 6).

Entspricht der Zusatz nur hinsichtlich des ihn beifügenden Ehegatten den an ein eigenhändiges Testament gestellten Anforderungen, so liegt nur eine einseitige letztwillige Verfügung dieses Ehegatten, aber kein gemeinschaftlicher Zusatz, keine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung, vor.

9. Über die Möglichkeit einen wegen Formmangels ungültigen Erbvertrag als gemeinschaftliches Testament aufrechtzuerhalten, s. Vorbm. 4c vor § 2274.

10. Die Formgültigkeit eines gem. Testaments wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Testamentsurkunde auch die Erklärungen dritter Personen enthält (RJA. 6 S. 169).

§ 2268.

E. II § 2135 rev. § 2242; III § 2241. P. II Bd. 5 S. 446 ff.

1. Einfluß der Nichtigkeit und der Auflösung der Ehe. Da das gem. Testament die Ehe der Erblasser zur Voraussetzung und Grundlage hat, entspricht es seinem Wesen, daß es mit dieser Ehe steht und fällt, und zwar nicht nur, soweit sich die Ehegatten gegenseitig Zuwendungen gemacht oder sonstige im Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit stehende Verfügungen (§ 2270) getroffen haben, sondern grundsätzlich im vollen Umfange. Der § 2268 Abs. 1 erweitert daher die für gewöhnliche Testamente geltende Vorschrift des § 2077 dahin, daß ein gem. Testament in den dort vorausgesetzten Fällen seinem ganzen Inhalte nach unwirksam ist.

2. Die Fälle des § 2077, auf das gem. Testament übertragen, bedeuten,

a) daß die Ehe der Erblasser nichtig ist. Hierunter fällt nach § 1343 Abs. 1, daß die Ehe anfechtbar und angefochten ist. In den Fällen, in denen eine ursprünglich nichtige Ehe später mit rückwirkender Kraft Bestand gewinnt (§ 1324 Abs. 2, § 1325 Abs. 2, § 1328 Abs. 2) und daher § 2077 nicht eingreift, bleibt auch der § 2268 Abs. 1 außer Anwendung,

b) daß die Ehe der Erblasser vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst wird. Als Auflösungsgründe kommen Scheidung der Ehe (§ 1564), Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1586) und Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§ 1348) in Betracht. Betreffs der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft a. A. Herzfelder. Ist die Ehe durch Scheidung

§. 2269. Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, so ist im

---

aufgelöst worden, so stellt die Wiederverheiratung der geschiedenen Eheleute das gem. Testament nicht wieder her. Das gleiche muß aber auch dann gelten, wenn die durch rechtskräftiges Urteil aufgehobene eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt wird, denn nach § 1587 (s. dort Erl. 2) fallen die mit der Aufhebung der Gemeinschaft verbundenen Wirkungen vermöge der Wiederherstellung nur für die Zukunft weg; das Verhältnis ist nicht so anzusehen, als ob die Ehe nie zu bestehen aufgehört hätte. Dem entspricht es auch, daß es nach § 2077 nur darauf ankommt, ob die Ehe aufgelöst worden ist, nicht ob der durch die Auflösung geschaffene Zustand zur Zeit des Todes eines Ehegatten noch besteht. Wegen des Einflusses der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten mit einem Dritten s. Erl. VIII zu § 2271,

c) daß einer der Ehegatten auf Scheidung wegen Verschuldens des anderen Teiles zu klagen berechtigt war und zur Zeit seines Todes oder des Todes des anderen Ehegatten die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte.

In den P. II Bd. 5 S. 448 ist allerdings im Anschluß an § 2077 nur der Fall ins Auge gefaßt, daß der verstorbene Ehegatte die Klage erhoben hatte. Da aber bei dem gem. Testamente die Gültigkeit bzw. Ungültigkeit nicht nur die Verfügungen des verstorbenen, sondern auch die des überlebenden Teiles trifft, muß die vernichtende Wirkung der Klagerhebung hier auch dann eintreten, wenn die weitere Verfolgung der Klage nicht durch den Tod des Klägers, sondern durch den des Beklagten unmöglich gemacht wird (CPO. § 628). Nicht entgegensteht, daß bei dieser Ansicht auch die gesetzlichen Erben des beklagten Ehegatten sich auf die Nichtigkeit des Testaments berufen können und der klagende Ehegatte somit durch Erhebung der Scheidungsklage möglicherweise einen Nachteil erleidet; denn den Wegfall der Verfügung des beklagten Ehegatten wollte der klagende Ehegatte, sonst hätte er überhaupt nicht klagen dürfen. Auch der Umstand, daß der überlebende Kläger nach § 2271 Abs. 2 in der Lage ist, sich durch Ausschlagung des ihm Zugewendeten das Recht zum Widerrufe seiner Verfügungen zu verschaffen, kann die weitergehenden Wirkungen des § 2268 nicht ausschließen. A. A. Strohal § 43 Note 23, Herzfelder und Dernburg 5 § 91, die den § 2268 nur für anwendbar halten, wenn der verstorbene Ehegatte der klagende Teil ist, Strohal mit der Abweichung, daß im Falle des gleichzeitigen Versterbens beider Ehegatten der § 2268 gelten soll.

Im übrigen s. Erl. zu § 2077.

3. Bei der nach Abs. 1 eintretenden Unwirksamkeit des ganzen Testaments muß es für den Fall der Nichtigkeit der Ehe notwendig sein Bewenden haben, weil es hier an der Voraussetzung mangelt, unter der nach § 2265 ein gem. Testament überhaupt errichtet werden kann (RJA. 8 S. 15). Dagegen ist für die Fälle der Auflösung der Ehe und der ihr gleichgestellten Erhebung der Scheidungs- oder Aufhebungsklage im Abs. 2 eine Einschränkung getroffen, die sich auf die Erwägung gründet, daß auch in einem gem. Testamente Verfügungen enthalten sein können, die außer jedem Zusammenhange mit der Ehe der Erblasser stehen und daher nach dem Willen der Erblasser auch dann bestehen sollen, wenn die Ehe vor ihrem Tode aufgelöst wird. Die Vorschrift entspricht dem § 2077 Abs. 3, vgl. auch § 2299 Abs. 3. Sie muß als Ausnahme von dem Grundsatze des Abs. 1 vorsichtig angewendet werden; es müssen also besondere Gründe dafür sprechen, daß eine bestimmte Verfügung ohne Rücksicht auf die Ehe der Erblasser getroffen ist. Diese Gründe können auch aus Umständen entnommen werden, die außerhalb des Testaments liegen. Übrigens wird es sich in den Fällen des Abs. 2 zumeist nur um nicht korrespektive Verfügungen handeln.

4. Haben Ehegatten nicht ein gem. Testament, sondern zwei selbständige Testamente errichtet, so greift nur der § 2077, nicht der § 2268 Platz.

§ 2269.

E. II § 2136 rev. § 2243; III § 2242. P. II Bd. 5 S. 406, 450.

Bollenbeck in Z. d. DNotVer. 1901 S. 396; Güthe das. 1902 S. 41; Jastrow das. 1904 S. 424; Goldmann in Gruch. 48 S. 64 (s. auch Z. d. DNotVer. 1904 S. 366); Kößler DJZ. 1906 S. 1182; Zelter, Testamente gütergemeinschaftlicher Eheleute in JW. 1904 S. 250; Natter in Württemb. Z. f. Rpfl. 1 Nr. 2.

Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesammten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist.

Haben die Ehegatten in einem solchen Testament ein Vermächtniß angeordnet, das nach dem Tode des Ueberlebenden erfüllt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Vermächtniß dem Bedachten erst mit dem Tode des Ueberlebenden anfallen soll.

I. Verfügungen nach dem Tode des Überlebenden. Verfügungen der im § 2269 vorausgesetzten Art bilden den gewöhnlichen Inhalt gemeinschaftlicher Testamente. Die Ehegatten erreichen dadurch, daß sie sich gegenseitig als Erben einsetzen und für die Zeit nach dem Tode des Längstlebenden den gesamten beiderseitigen Nachlaß oder einzelne Vermögensstücke dritten Personen zuwenden, den doppelten Zweck, zunächst dem Überlebenden auf Lebenszeit den Genuß des Gesamtvermögens zu erhalten, für die Folgezeit aber dem Vermögen eine Bestimmung zu geben, die den Interessen beider Teile entspricht. Vielfach wird dabei auch der Zweck erstrebt, einer Zerlegung des Gesamtvermögens in seine ursprünglichen Bestandteile bei dem Tode des überlebenden Ehegatten vorzubeugen, indem das Gesamtvermögen einer und derselben Person oder zwar mehreren Personen, aber nach anderen Teilungsgrundsätzen zugewendet wird. Die juristische Konstruktion solcher Verfügungen ist von jeher bestritten gewesen; sie ist aber nicht nur von theoretischem Interesse, sondern von großer praktischer Bedeutung, weil sich aus ihr die Entscheidung zahlreicher einzelner Fragen ergibt. Das BGB. hat im § 2269 für gem. Testamente und entsprechend im § 2280 für Erbverträge eine Auslegungsregel aufgestellt, die dem regelmäßigen Willen der Ehegatten wohl am meisten entspricht und auch zu klaren und verhältnismäßig einfachen Ergebnissen führt.

II. Der **Abs. 1** betrifft den **Fall, daß für die Zeit nach dem Tode des überlebenden Ehegatten ein Dritter als Erbe des Gesamtvermögens eingesetzt ist.**

1. Juristische Konstruktion. Im bisherigen Rechte sind hauptsächlich drei Konstruktionen aufgestellt worden:

a) Jeder der beiden Ehegatten beruft den Dritten auf das Gesamtvermögen, also auch auf den Nachlaß des anderen Teiles. Der zuerst versterbende Ehegatte ist danach der alleinige Erblasser des Dritten, der überlebende Ehegatte hat das Gesamtvermögen (auch sein eigenes) nur als Fiduziar. So die ältere Theorie des gem. und preuß. Rechtes (s. die Nachweise bei Dernburg preuß. PrivR. III § 183; Löwenwald S. 71 f.).

b) Jeder Ehegatte verfügt nur über sein Vermögen und beruft in erster Linie den anderen Ehegatten zu seinem Erben, ernennt aber zugleich den Dritten für den Fall, daß der andere Ehegatte zuerst sterben sollte, zum Ersatzerben und für den Fall, daß der andere Ehegatte zuletzt sterben sollte, zum Nacherben. Der Dritte erhält mithin den beiderseitigen Nachlaß zufolge verschiedener Berufungsgründe, was dahin führen kann, daß er den Nachlaß des einen Ehegatten erwirbt, den des anderen dagegen nicht. Diese Konstruktion hat überwiegend in der neueren gemeinrechtlichen und preuß. Theorie und Praxis Vertretung gefunden (Dernburg III § 97; preuß. PrR. III § 183; Eccius IV § 257, RG. 25 S. 140).

c) Jeder Ehegatte verfügt nur über sein Vermögen und setzt für den Fall, daß er zuerst sterben sollte, den anderen Ehegatten, für den Fall aber, daß er zuletzt sterben sollte, den Dritten zu seinem Erben ein. Tritt der erste Fall ein, so ist die Erbeinsetzung des Dritten erledigt, der überlebende Ehegatte aber bleibt an die seinerseits vorgenommene Einsetzung des Dritten vermöge des korrespektiven Charakters der beiden Verfügungen gebunden. Der Dritte erwirbt hiernach den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten. Diese Konstruktion hat das Reichsgericht (27 S. 150; 38 S. 217) neuerdings in gemeinrechtlichen Rechtsfällen zugrunde gelegt.

Das BGB. (vgl. M. V S. 338) hat sich für die letzte jener drei Konstruktionen entschieden. Der fragliche Beschluß der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 406) ist zunächst für den Erbvertrag gefaßt und später auf das gem. Testament ausgedehnt worden, während jetzt in der Fassung des Gesetzes bei dem Erbvertrag (§ 2280) auf das gem. Testament (§ 2269) zurückverwiesen wird. Die Auffassung, daß der Dritte den gesamten Nachlaß erst mit dem Tode des überlebenden Ehegatten als dessen Erbe erhält, entspricht dem mutmaßlichen Willen der Erblasser, die ihr Vermögen als eine Einheit ansehen und daher regelmäßig sowohl ein verschiedenes Rechtsverhältnis während der Lebensdauer des überlebenden Ehegatten als auch die Möglichkeit einer Trennung der beiden Vermögensmassen bei dessen Tode ausschließen wollen.

2. Aus der vom Gesetz angenommenen Grundauffassung ergibt sich die Entscheidung bezüglich folgender **Einzelpunkte**:

a) Der Dritte erhält ein vererbliches und nach Maßgabe des § 2033 Abs. 1 übertragbares Recht erst mit dem Tode des überlebenden Ehegatten. Ein vor diesem Zeitpunkte geschlossener Vertrag über das Erbrecht ist gemäß § 312 nichtig. Stirbt der Dritte vor dem überlebenden Ehegatten, so wird seine Erbeinsetzung hinfällig, sofern er nicht ein Abkömmling des überlebenden Ehegatten ist und seinerseits Abkömmlinge hinterläßt, die nach der Auslegungsregel des § 2069 als Ersatzerben gelten. Bei einseitigen Abkömmlingen des erstversterbenden Ehegatten greift § 2069 seinem Wortlaute nach nicht ein, eine Konsequenz der angenommenen Konstruktion, der nötigenfalls durch eine besondere Bestimmung des Testaments vorzubeugen ist; freilich wird sich für die Regelfälle die ausdehnende Auslegung des § 2069 rechtfertigen lassen, daß die in einem gem. Testament enthaltene Zuwendung an einen Abkömmling eines der Ehegatten nicht dadurch die im § 2069 bestimmte Bedeutung verliert, daß der zuwendende Ehegatte zuerst verstirbt (bayer. ObLG. in RJA. 4 S. 17; Erl. 2 Abs. 2 zu § 2069). Nach der zweiten der oben entwickelten Konstruktionen überträgt der als Nacherbe des erstversterbenden Ehegatten berufene Dritte, wenn er nach dem letzteren, aber vor dem überlebenden Ehegatten stirbt, gemäß § 2108 Abs. 2 bezüglich des Nachlasses des erstversterbenden Ehegatten sein Recht auf seine Erben, gleichviel ob er ein Abkömmling der Ehegatten ist und seinerseits von seinen Abkömmlingen beerbt wird oder nicht.

b) Gegenstand der Erbfolge ist das bei dem Tode des Überlebenden vorhandene Vermögen. Der überlebende Ehegatte besitzt nicht nur das eigene und das vom verstorbenen Ehegatten ererbte, sondern auch das später erworbene Vermögen als ein einheitliches, über das er unter Lebenden frei verfügen kann (RG. 58 S. 64). Seine Verfügungsfreiheit findet eine Schranke nur darin, daß er im Falle des § 2270 die korrespektiven Verfügungen des anderen Ehegatten nicht durch böswillige Schenkungen vereiteln darf; hierüber s. Erl. VII zu § 2271. Sonst ist er auch hinsichtlich Schenkungen unbeschränkt. Der Dritte erhält den Nachlaß so, wie er beim Tode des Überlebenden noch vorhanden ist (RG. 26 A S. 54 = Rspr. 8 S. 288), er erhält also einerseits auch den Erwerb, den der überlebende Ehegatte nach dem Tode des erstversterbenden gemacht hat (s. Erl. III a. E. zu § 2271), kann aber andererseits für eine seit jenem Zeitpunkt eingetretene Vermögensminderung keinen Ersatz verlangen. In letzterer Beziehung führt die zweite Konstruktion zu einem anderen Ergebnisse, da der überlebende Ehegatte nach ihr bezüglich des Nachlasses des erstverstorbenen den Beschränkungen und Verpflichtungen eines Vorerben unterliegt und daher eventuell nach § 2130 zum Ersatze verpflichtet ist, wenn er nicht nach §§ 2136—2138 befreit ist.

c) Wenn die Person des oder der als Erben eingesetzten Dritten nicht individuell, sondern nur nach gewissen Merkmalen bestimmt ist, z. B. „die nächsten Verwandten", so entscheidet auch in dieser Beziehung der Zeitpunkt des Todes des überlebenden Ehegatten (vgl. § 2067).

d) Sind mehrere Dritte als Erben eingesetzt, so ist eine verschiedenartige Verteilung des Gesamtnachlasses unter sie denkbar. Insbesondere entsteht in dem Falle, wenn Kinder aus der Ehe der Erblasser nicht vorhanden und deswegen die beiderseitigen Verwandten als Erben eingesetzt sind, die Frage, ob die Verwandten eines jeden Teiles dessen Vermögen oder ob die Verwandten beider Teile das Gesamtvermögen erhalten sollen ohne Unterschied, was von dem Manne und was von der Frau herstammt. Der Konstruktion des BGB. entspricht die zweite Auffassung. Ist ersichtlich gewollt, daß das Vermögen in die ursprünglichen Bestandteile auseinanderfallen soll, so wird nicht die Konstruktion des BGB., sondern die der Nacherbeinsetzung anzuwenden sein. Nach der zweiten Auffassung bestehen wieder verschiedene Möglichkeiten. Es kann das Gesamtvermögen in zwei Hälften zu zerlegen sein, deren eine den Verwandten des Mannes, deren andere denjenigen der Frau zufällt, oder es kann statt der Teilung in zwei gleiche Hälften eine andere Bruchzahl zugrunde zu legen sein, die dem Verhältnisse der Höhe des beiderseitigen Vermögens entspricht. Es können aber auch die beiderseitigen Verwandten ohne Unterschied nach Linien auf das Gesamtvermögen berufen sein, wie wenn sie sämtlich Verwandte des überlebenden Ehegatten wären. Welche dieser verschiedenen Möglichkeiten eintritt, richtet sich lediglich nach dem ausgesprochenen oder zu ermittelnden Willen der Erblasser.

Zulässig ist auch, daß zwar die Person des zu Erben eingesetzten Dritten im gem. Testamente bestimmt, die Festsetzung der Höhe der Erbteile aber dem überlebenden Ehegatten eingeräumt ist (Rspr. 6 S. 178).

e) Ist der als Erbe eingesetzte Dritte gegenüber dem erstversterbenden Ehegatten pflichtteilsberechtigt, insbesondere als dessen einseitiger oder als gemeinschaftlicher Abkömmling beider Ehegatten, so kann er nach dem Tode des erstversterbenden Teiles den Pflichtteil verlangen, ohne die ihm für den Todesfall des überlebenden Ehegatten gemachte Zuwendung auszuschlagen. Dies folgt einerseits aus dem § 2306 Abs. 1, der die Ausschlagung nur dann erfordert, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Erbe berufen ist, d. h. als Erbe desjenigen, gegen dessen Nachlaß er den Pflichtteilsanspruch geltend macht. Zu dem gleichen Ergebnisse führt aber auch § 1946, der die Ausschlagung der Erbschaft erst nach dem Eintritte des Erbfalls gestattet. Es fragt sich indessen, ob man nicht, wie dies für das preuß. Recht angenommen wurde (vgl. Eccius IV § 257 Anm. 46) davon ausgehen muß, daß die Geltendmachung des Pflichtteilsrechts den Verlust der Zuwendung aus dem gem. Testamente zur Folge hat (so Goldmann). Es läßt sich dafür geltend machen, daß der Dritte sich nicht zu seinem Vorteil auf den letzten Willen berufen kann, den er für sich nicht als bindend anerkennt, und daß es zu einer Benachteiligung eines neben dem Pflichtteilsberechtigten berufenen Dritten führen würde, wenn dieser nur die durch Entrichtung des Pflichtteils geschmälerte Zuwendung aus dem Testamente, jener aber daneben noch den Pflichtteil erhalten sollte. Es dürften dies indessen Erwägungen sein, die möglicherweise den Gesetzgeber zu einer Vorschrift der gedachten Art veranlassen können, aber nicht genügen, um das Gesetz ohne eine solche Vorschrift in diesem Sinne auszulegen. Der Pflichtteilsberechtigte, der seinen Pflichtteil in Anspruch nimmt, greift dadurch nicht die von dem zuerst verstorbenen Erblasser getroffene Erbeinsetzung an, sondern macht nur ein für den Fall einer solchen Erbeinsetzung ihm durch das Gesetz eingeräumtes Recht geltend. Ob es dem Willen der Erblasser entspricht, daß der Pflichtteilsberechtigte, wenn er seinen Pflichtteil von dem Nachlasse des zuerst verstorbenen Ehegatten verlangt, nicht Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten werden soll, ist durchaus ungewiß. Hätten die Erblasser an diesen Fall gedacht und bei Geltendmachung des Pflichtteilsrechts den Pflichtteilsberechtigten nicht zum Erben haben wollen, so würden sie dies ausdrücklich bestimmt haben. Da sie dies nicht getan, haben sie eine solche Bestimmung entweder nicht gewollt oder an den fraglichen Fall nicht gedacht. Daß sie, wenn sie daran gedacht hätten, eine Bestimmung der fraglichen Art getroffen haben würden, läßt sich mit Sicherheit nicht annehmen; es ist auch ebenso möglich, daß sie eine Bestimmung anderer Art getroffen z. B. im Falle der Erbeinsetzung eines Dritten neben dem Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung des auf den Pflichtteil Erhaltenen auf den Anteil des Pflichtteilsberechtigten angeordnet haben würden. Man wird höchstens sagen können, daß unter besonderen Umständen die Erbeinsetzung stillschweigend als unter der Bedingung erfolgt angesehen werden könne, daß der Pflichtteilsberechtigte seinen Pflichtteil nicht geltend mache. In Ermangelung derartiger Umstände dürfte aber eine solche Auslegung nicht gerechtfertigt sein. Wie hier die überwiegende Meinung (vgl. auch Friedrichs im Recht 1901 S. 258).

Die Berechtigung des Dritten bei dem Tode des erstversterbenden Ehegatten den Pflichtteil zu fordern, kann besonders mißlich sein, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden und als Erben eingesetzt sind; denn die Befugnis, den Pflichtteil beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten zu verlangen, kann auch nicht dadurch hintangehalten werden, daß auf die Geltendmachung der Befugnis die Beschränkung auf den Pflichtteil beim Tode des überlebenden Ehegatten gesetzt wird. Um wenigstens im Verhältnisse der eingesetzten Dritten untereinander eine Verkürzung der ihr Pflichtteilsrecht nicht geltendmachenden Abkömmlinge zu vermeiden empfiehlt sich der Vorschlag von Jastrow (S. 424), daß für den Fall der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs seitens eines der Eingesetzten den übrigen Eingesetzten ein entsprechendes Vermächtnis (z. B. in Höhe des gesetzlichen Erbteils) zugewendet wird, das mit dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten anfällt und nach dem Tode des überlebenden Ehegatten zahlbar ist.

3. Der Abs. 1 enthält nur eine Auslegungsregel (RG. 59 S. 84; Rspr. 4 S. 427; 6 S. 177), so daß eine abweichende Beurteilung eintritt, wenn sich nach der Fassung des Testaments oder nach den ersichtlich von den Ehegatten erstrebten Zwecken die gesetzliche Vorschrift nicht als ihrem Willen entsprechend erweist. Beispielsweise wird die ausdrückliche Bezeichnung des Dritten als Nacherben sowie die Einräumung einer gewissen Aufsicht an ihn bei der Verwaltung des Nachlasses durch den überlebenden Ehegatten zur Auslegung führen, daß der Dritte bezüglich des von dem erstverstorbenen Ehegatten hinterlassenen Vermögens als Nacherbe eingesetzt ist (RG. 60 S. 115). Ein anderes Beispiel für diese Auslegung s. oben 2d, während die oben 1a bezeichnete ältere Konstruktion praktisch nicht in Betracht kommt (Friedrichs Recht 1901 S. 258).

§. 2270. Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht

---

III. Der Abs. 2 betrifft den **Fall, daß die Ehegatten** in einem gem. Testamente mit gegenseitiger Erbeinsetzung einem Dritten ein **Vermächtnis ausgesetzt** haben, **das nach dem Tode des Überlebenden erfüllt werden** soll.

1. Hier fragt sich, welcher Ehegatte als der Zuwendende anzusehen ist und wann das Vermächtnis dem Bedachten anfällt. Für das bisherige Recht wurde zumeist angenommen, daß jeder Ehegatte das ganze Vermächtnis aussetze, daß es deswegen dem Bedachten schon mit dem Tode des Erstversterbenden anfalle und nur die Fälligkeit bis zum Tode des Überlebenden aufgeschoben sei (Dernburg preuß. PrivR. III § 183; Eccius IV § 257, RG. 11 S. 258). Nach dem BGB. ist auch hier die Auffassung zugrunde zu legen, daß jeder Ehegatte die Verfügung zugunsten des Dritten nur für den Fall trifft, daß er der Überlebende sein werde (s. o. II 1b, 2a; RG. 27 S. 150). Daraus ergibt sich, daß mit dem Tode des erstversterbenden Ehegatten dessen Vermächtnisanordnung erledigt ist (a. A. Wilke Anm. 2; Märker S. 184) und daß der Anfall (die Entstehung des Vermächtnisanspruchs, § 2176) auf Grund der Verfügung des Überlebenden mit dessen Tode als dem für das Vermächtnis maßgebenden Erbfall eintritt. Vor diesem Zeitpunkt ist zwar der überlebende Ehegatte vermöge der Korrespektivität der Verfügungen an die seinerseits erfolgte Vermächtnisanordnung gebunden (§ 2271 Abs. 2), es besteht aber noch kein Recht des Bedachten, das abgetreten oder vererbt werden könnte. Insbesondere handelt es sich nicht etwa um einen Fall nach § 2177, weshalb das dort (Erl. 1) über die Vererblichkeit der Rechtsposition des Bedachten Gesagte hier keine Geltung hat. Auch für eine Anwendung der Auslegungsregel des § 2074 ist hier kein Raum (a. A. Wilke Anm. 2), vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit, daß der Bedachte den Tod des überlebenden Ehegatten erleben muß, aus § 2160. Ist der Bedachte ein Abkömmling des überlebenden Ehegatten, so gilt die Annahme einer stillschweigenden Ersatzberufung seiner Abkömmlinge (§ 2069, s. o. II 2a) auch hier.

2. Auch der Abs. 2 des § 2269 enthält nur eine Auslegungsregel. Möglich ist auch, daß nach dem Willen der Erblasser der Anfall des Vermächtnisses schon mit dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten eintritt und nur die Fälligkeit bis zum Tode des Überlebenden verschoben ist. Dies liegt besonders dann nahe, wenn nicht eine Summe, sondern ein bestimmter dem erstversterbenden Ehegatten gehörender Gegenstand, z. B. ein Landgut, vermacht ist, der nach dem Willen der Erblasser in der Familie jenes Ehegatten verbleiben soll.

IV. Voraussetzung des § 2269 ist, daß die Ehegatten sich allein gegenseitig zu Erben eingesetzt haben. Haben sie auch einen Dritten — mag dies selbst ein Abkömmling sein — zum Erben ernannt, so findet der § 2269 keine Anwendung.

V. Die in den Fällen des § 2269 zugrunde zu legende Konstruktion ist (in Ermangelung besonderer Vorschriften des Reichserbschaftssteuergesetzes v. 3. Juni 1906) auch für die Berechnung der **Erbschaftssteuer** von Bedeutung, insofern diese nach dem persönlichen Verhältnisse des Bedachten zu dem Erblasser von verschiedener Höhe ist (vgl. RG. 38 S. 214; Märker S. 184, s. auch das preuß. Erbschaftssteuergesetz v. 19./24. Mai 1891 § 28 und dazu Gumbinner DJZ. 5 S. 182, RG. 60 S. 115).

VI. Wegen der **Eröffnung eines gem. Testaments**, das Verfügungen gemäß § 2269 enthält, s. Erl. 3b zu § 2273.

VII. Übergangszeit. Ist bei einem gem. Testamente, in welchem sich die Ehegatten gegenseitig als Erben eingesetzt und für die Zeit nach dem Tode des Überlebenden Verfügungen getroffen haben, der eine Ehegatte vor und der andere nach dem 1. Januar 1900 gestorben, so findet der § 2269 keine Anwendung (RJA. 4 S. 17, Rspr. 11 S. 253). Dagegen greift der § 2269 Platz, wenn das gem. Testament vor dem 1. Januar 1900 errichtet ist, beide Ehegatten aber erst nach diesem Zeitpunkte sterben (RG. 59 S. 84, vgl. 60 S. 117).

§ 2270.

E. II § 2137 rev. § 2244; III § 2243. M. II Bd. 5 S. 448 ff.; Bd. 6 S. 397. P. S. 737.

Kiß im Arch. f. Bürg. R. 25 S. 175; Brütt das. 29 S. 385; Oswalt DJZ. 1904 S. 735; Francke in Z. f. Rpfl. in Bayern 1 S. 214 ff.

ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge.

Ein solches Verhältniß der Verfügungen zu einander ist im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

Auf andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse oder Auflagen findet die Vorschrift des Abs. 1 keine Anwendung.

---

1. **Die §§ 2270, 2271 handeln von den sog. korrespektiven Verfügungen,** d. h. solchen Verfügungen eines gem. Testaments, die zueinander im Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit stehen. Der § 2270 bestimmt im Abs. 1, 3 das Wesen und die Wirkung der Korrespektivität und stellt im Abs. 2 eine Rechtsvermutung darüber auf, wann ein solches Verhältnis mehrerer Verfügungen zueinander anzunehmen ist. Im § 2271 wird der Widerruf korrespektiver Verfügungen nach Form und Zulässigkeit geregelt. Wie sich aus § 2270 Abs. 3 ergibt, finden die besonderen Regeln für korrespektive Verfügungen, mithin alle Vorschriften der §§ 2270, 2271 nur auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen Anwendung (s. u. Erl. 6, Erl. I 2a zu § 2271).

2. **Wesen der Korrespektivität.** In der zweiten Kommission bestand Einverständnis darüber, daß zwischen den korrespektiven Verfügungen der beiden Ehegatten ein gewisser Zusammenhang bestehe, den man mit dem wissenschaftlich richtigsten Ausdruck als den Zusammenhang des Motivs zu bezeichnen habe (P. II Bd. 5 S. 450). Jede der beiden Verfügungen sei mit Rücksicht auf die andere getroffen und solle nach dem Willen der Erblasser mit ihr stehen und fallen. Diesen Gedanken bringt Abs. 1 zum Ausdruck, indem er das Wesen des Rechtsverhältnisses dahin bestimmt, es müsse anzunehmen sein, daß die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die des anderen getroffen sein würde, und an ein solches Verhältnis der beiderseitigen Verfügungen die Wirkung anknüpft, daß die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge hat. Eine bestimmte juristische Konstruktion des Rechtsverhältnisses hat im Gesetze nicht festgelegt werden sollen, doch war die Kommission darüber einig, daß die Wirkung der Korrespektivität weder aus einer wechselseitigen Bedingtheit der Verfügungen noch aus einer analogen Anwendung der Grundsätze über gegenseitige (synallagmatische) Verträge abzuleiten sei, wie dies für das bisherige Recht vielfach angenommen wurde und jetzt teilweise auch für das BGB. angenommen wird (Strohal § 43 Note 32; Dernburg 5 § 92; Endemann III § 45 Anm. 10; über andere Konstruktionsversuche s. Löwenwald S. 54ff.). Um der wissenschaftlichen Konstruktion freie Hand zu lassen, ist auch der bei den Beratungen viel verwendete Ausdruck „gemeinschaftliche Verfügungen" im Gesetze vermieden worden, mit welchem solche Verfügungen bezeichnet werden sollten, die zugunsten eines Dritten für die Zeit nach dem Tode des überlebenden Teiles getroffen werden (P. II Bd. 5 S. 454, 459). Da das Wesen und die Wirkung der Korrespektivität im Gesetz einen klaren Ausdruck gefunden hat, überdies auch die im Abs. 2 aufgestellte Rechtsvermutung der praktischen Anwendung zu Hilfe kommt, braucht hier auf die Konstruktionsfrage nicht näher eingegangen zu werden.

Möglich ist auch eine einseitige Korrespektivität dergestalt, daß nur die Verfügung des einen Ehegatten zu der des anderen in dem fraglichen Abhängigkeitsverhältnisse steht, nicht aber umgekehrt (Cosack II § 360 Nr. IV 3b). Die §§ 2270, 2271 setzen indessen voraus, daß von jedem der beiden Ehegatten Verfügungen getroffen sind, von denen anzunehmen ist, daß sie ohne die anderen nicht getroffen sein würden (so auch Strohal § 43a Note 9; Oswalt DJZ. 1904 S. 735).

3. Mit Bezug auf die **Wirkung der Korrespektivität** sind die Fälle der Nichtigkeit und des Widerrufs einer korrespektiven Verfügung getrennt zu betrachten:

a) **Ist eine korrespektive Verfügung nichtig,** sei es von vornherein, sei es infolge einer Anfechtung, so hat dies die Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügung des anderen Ehegatten zur Folge. Ist die Nichtigkeit der Verfügung des einen Ehegatten dem anderen Teile schon bei der Testamentserrichtung bekannt gewesen, so wird dies die Annahme der

Korrespektivität in der Regel ausschließen. Dagegen hat, wenn korrespektive Verfügungen vorliegen und eine derselben nichtig ist, der Umstand, daß der andere Ehegatte nach erlangter Kenntnis von der Nichtigkeit seine Verfügung formell bestehen läßt, keine Bedeutung, dieselbe bleibt unwirksam.

b) **Widerruft** ein Ehegatte die von ihm getroffene korrespektive Verfügung, so wird mit dem Zeitpunkt, in welchem der Widerruf Wirksamkeit erlangt (Erl. II 2a zu § 2271), die entsprechende Verfügung des anderen Ehegatten unwirksam. Dieser Erfolg tritt unabhängig von dem Willen des anderen Ehegatten ein; er kann ihn weder durch die Erklärung des Einverständnisses mit dem Widerruf abwenden, noch kann er seine Verfügung durch eine stillschweigende oder ausdrückliche Bestätigung aufrechterhalten, vielmehr bleibt ihm, wenn er inhaltlich bei ihr beharren will, nur die Neuerrichtung übrig. Ebenso ist unerheblich, ob der Widerruf dem anderen Ehegatten bekannt geworden oder unbekannt geblieben ist. Durch die Vorschrift des § 2271 Abs. 1 ist zwar dafür gesorgt, daß der andere Ehegatte in der Regel von dem Widerrufe Kenntnis erhält und damit in die Lage versetzt wird, sich über die seinerseits zu ergreifenden Maßnahmen schlüssig zu machen. Sollte er jedoch ausnahmsweise von dem Widerrufe keine Kenntnis erlangen (Erl. II 2a zu § 2271), so wird seine Verfügung gleichwohl unwirksam.

Eine Widerrufung des Widerrufs ist regelmäßig ausgeschlossen. Denn im Hinblick auf die im § 2271 Abs. 1 vorgeschriebene Form des Widerrufs ist der § 2257 unanwendbar, es fehlt mithin an einer Form, in der die Zurücknahme des Widerrufs erfolgen könnte, und sie ist auch nach allgemeinen Grundsätzen für unzulässig zu erachten (s. Erl. 4 zu § 2296; wegen des Falles des § 2271 Abs. 2 Satz 1 s. dort Erl. IV 1b a. E.).

Dem Widerruf einer korrespektiven Verfügung steht es im Sinne des § 2270 Abs. 1 nicht gleich, wenn die Verfügung nach eben dieser Vorschrift unwirksam wird. Hat z. B. der eine Ehegatte zwei Verfügungen getroffen, die beide gegenüber einer und derselben Verfügung des anderen Ehegatten korrespektiv sind, und hebt er eine dieser beiden Verfügungen auf, so wird damit die Verfügung des anderen Teiles hinfällig, dies hat aber nicht die Folge, daß nun auch die nicht widerrufene zweite Verfügung des ersten Ehegatten unwirksam würde.

c) Dem Falle der Nichtigkeit und dem Falle des Widerrufs ist gemeinsam, daß nur diejenige Verfügung des anderen Ehegatten unwirksam wird, welche zu der nichtigen bzw. widerrufenen Verfügung im Rechtsverhältnisse der Korrespektivität stand. Betrifft der Nichtigkeitsgrund bzw. der Widerruf sämtliche in dem gem. Testament enthaltene Verfügungen des einen Ehegatten, so ist zu prüfen, wie weit die Verfügungen des anderen Ehegatten korrespektiv oder unabhängig getroffen sind (Löwenwald S. 55f.). Ob auch die letzteren Verfügungen mittelbar von der Unwirksamkeit betroffen werden, richtet sich nach § 2085. Wird eine korrespektive Verfügung nur teilweise widerrufen, insbesondere ein Vermächtnis herabgesetzt, so hängt das Wirksambleiben der Verfügung des anderen Ehegatten davon ab, ob anzunehmen ist, daß er seine Verfügung auch dann getroffen haben würde, wenn die Zuwendung des widerrufenden Ehegatten von vornherein nur den geringeren Umfang gehabt hätte. Die Entscheidung dieser Frage mag im einzelnen Falle schwer zu treffen sein, es kann jedoch weder angenommen werden, daß auch jeder teilweise Widerruf notwendig die korrespektive Verfügung des anderen Ehegatten entkräftet (wie Löwenwald S. 56, 59, 62 meint), noch kann in Ermangelung positiver Vorschriften, wie sie das preuß. ALR. II 1 §§ 487, 488 enthält (vgl. Dernburg preuß. PrivR. III § 184 Anm. 6, 7), dem teilweisen Widerrufe die Wirksamkeit hinsichtlich der eigenen Verfügung des widerrufenden Ehegatten abgesprochen werden. Wegen der Möglichkeit nachträglicher Beschränkung oder Belastung der dem anderen Ehegatten oder einem Dritten durch die korrespektive Verfügung gemachten Zuwendung s. Erl. VI zu § 2271.

d) Eine nur tatsächliche Wirkungslosigkeit der Verfügung z. B. infolge früheren Versterbens oder der Ausschlagung des mit der Zuwendung bedachten Dritten hat nicht kraft Gesetzes die gleiche Wirkung wie die Nichtigkeit der Verfügung (oben a), wenngleich die Meinung der Erblasser im einzelnen Falle dahin gehen kann, daß auch eine derartige Vereitelung der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen nach sich ziehen soll (a. A. Dernburg 5 § 93).

4. Im **Abs. 2** wird eine Vorschrift darüber gegeben, **bei welchen Verfügungen eines gem. Testaments im Zweifel Korrespektivität anzunehmen ist.** Ob man diese Vorschrift als eine Auslegungsregel oder als eine Rechtsvermutung bezeichnen will, ist sachlich unerheblich, da der Begriff der Auslegungsregel und der der Rechtsvermutung, soweit es sich um den Sinn einer Willenserklärung handelt, sich decken. Korrespektivität soll im Zweifel angenommen werden

a) bei Verfügungen, durch die sich die Ehegatten gegenseitig bedenken (als Erbe einsetzen oder ein Vermächtnis zuwenden),

b) wenn einerseits dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) gemacht und andererseits für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen (also dem erstversterbenden) Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

Der Sinn der auf den zweiten Fall bezüglichen Gesetzesworte ergibt sich aus den P. II Bd. 5 S. 454, 459. Es ist danach an solche Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Teiles gedacht, die der Sache nach von beiden Ehegatten gemeinschaftlich, nämlich auf Grund einer dem formellen Testierakte voraufgegangenen Willenseinigung, getroffen werden, mögen sie sich auch der juristischen Struktur nach (s. § 2269) nur als Verfügungen des einen Teiles, nämlich des mit der Zuwendung bedachten überlebenden Ehegatten darstellen. In der Denkschrift (S. 737) kommt das Verhältnis nicht richtig zum Ausdruck, indem dort angenommen wird, daß die Verfügung zugunsten des Dritten nur gerade von demjenigen Ehegatten getroffen werde, welcher auch die Zuwendung an den überlebenden Ehegatten macht, also von dem erstversterbenden Teile (ähnlich Frommhold Anm. 2b; Eichhorn S. 187 und andere). Nach dieser Auffassung würde es in dem zweiten der beiden Fälle an der obersten begrifflichen Voraussetzung der Korrespektivität fehlen, nämlich daran, daß von jedem der beiden Ehegatten eine Verfügung getroffen ist; nur wo sich Verfügungen beider Ehegatten gegenüberstehen, kann überhaupt von Korrespektivität die Rede sein. Der Wortlaut des Gesetzes ergibt nicht, von wem die Verfügung zugunsten des Dritten getroffen sein soll, denn die Worte „von dem anderen" sind grammatisch nur auf die Worte „eine Zuwendung gemacht" zu beziehen. Aus dem Wesen der Korrespektivität aber folgt, daß als Subjekt der zugunsten des Dritten getroffenen Verfügung nicht der bedenkende (erstversterbende), sondern der bedachte (überlebende) Ehegatte zu denken ist (vgl. auch preuß. ALR. II 1 § 493). Der Umstand, daß der bedachte Dritte zu dem erstversterbenden Ehegatten in einem nahen persönlichen Verhältnisse steht, rechtfertigt die Annahme, daß die zu seinen Gunsten getroffene Verfügung mit Rücksicht auf die seitens des erstversterbenden Ehegatten dem überlebenden gemachte Zuwendung getroffen ist, also zu ihr im Verhältnisse der Korrespektivität steht.

Auf den (praktisch weniger wichtigen) Fall, daß seitens beider Ehegatten nur Verfügungen zugunsten Dritter getroffen werden, erstreckt sich die Vorschrift des Abs. 2 nicht; möglich ist jedoch auch hier, daß die beiderseitigen Verfügungen korrespektiver Natur sind.

5. **Korrespektive Verfügungen** sind auch **in getrennten Testamenten** möglich. Denn es ist natürlich denkbar, daß auch zwei Erblasser, die getrennt testieren, mithin auch andere Personen als Ehegatten, letztwillige Verfügungen in dem Sinne errichten, daß die Verfügung des einen nicht ohne die des anderen Erblassers gelten soll. Für derartige Verfügungen gelten aber die Vorschriften des § 2270 nicht. Es besteht also für sie weder eine dem § 2270 Abs. 2 entsprechende Rechtsvermutung, noch gilt für sie die besondere Vorschrift des Abs. 1 über den Einfluß der Nichtigkeit und des Widerrufs einer der beiden Verfügungen, vielmehr entscheiden, wenn die Verfügungen nicht ausdrücklich als wechselseitig bedingte getroffen sind, die allgemeinen Grundsätze über die Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrunde (§ 2078 Abs. 2, vgl. R. V S. 254).

6. Auch für die in einem gem. Testamente getroffenen letztwilligen Verfügungen wird die im Abs. 1 enthaltene besondere Vorschrift über die Wirkung der Korrespektivität im Abs. 3 dahin eingeschränkt, daß sie **nur auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen** zur Anwendung kommt. Die Beschränkung entspricht der für den zulässigen vertragsmäßigen Inhalt eines Erbvertrags geltenden Vorschrift des § 2278 Abs. 2 und ist im Anschluß an diese aufgenommen worden (P. II Bd. 6 S. 397). Andere Verfügungen eines gem. Testaments, z. B. die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938), die Entziehung des Pflichtteils (§ 2336), eine Teilungsanordnung (§ 2048), die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2197 ff., Rspr. 16 S. 72, unzutreffend Sturm S. 100), die Benennung eines Vormundes (§ 1777 Abs. 3) oder eine sonstige familienrechtliche Anordnung (Erl. 2 zu § 1937) werden so beurteilt, als ob sie von dem Verfügenden in einem gewöhnlichen Testamente getroffen wären; es gilt also für sie hinsichtlich der Auslegung und der Rechtsbeständigkeit das vorstehend in Erl. 5 Bemerkte. Daß im Abs. 3 nur der Abs. 1, nicht auch der Abs. 2, ausgeschlossen wird, hat seinen Grund nur darin, daß der Abs. 2 schon an sich nur Verfügungen, durch die eine Zuwendung gemacht wird, also Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, betrifft.

§. 2271. Der Widerruf einer Verfügung, die mit einer Verfügung des anderen Ehegatten in dem im §. 2270 bezeichneten Verhältnisse steht, erfolgt bei Lebzeiten der Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des §. 2296. Durch eine neue Verfügung von Todeswegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben.

Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten; der Ueberlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Ueberlebende zur Aufhebung nach Maßgabe des §. 2294 und des §. 2336 berechtigt.

Ist ein pflichttheilsberechtigter Abkömmling der Ehegatten oder eines der Ehegatten bedacht, so findet die Vorschrift des §. 2289 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

---

§ 2271.

E. II § 2138 rev. § 2245; III § 2244. P. II Bd. 5 S. 451 ff. D. S. 737.

I. 1. Der **Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments** sowie einer in dem gem. Testament enthaltenen Verfügung kann durch gemeinschaftlichen Akt beider Ehegatten oder durch einseitigen Akt eines Ehegatten erfolgen.

Der Widerruf durch gemeinschaftlichen Akt beider Ehegatten kann geschehen

a) durch ein neues gem. Testament, gleichgültig ob dieses selbst korrespektive Verfügungen enthält oder nicht. Die Zulässigkeit ist durch den § 2271 Abs. 1 Satz 2 klargestellt (s. unter II 2 b);

b) durch einen zwischen den Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrag nach Maßgabe des § 2289 Abs. 1 Satz 1;

c) durch gemeinschaftliche Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256), jedoch nur wenn das gem. Testament in öffentlicher Form errichtet worden ist; über die Rücknahme s. Erl. zu § 2272;

d) durch gemeinschaftliche Vernichtung der Testamentsurkunde (§ 2255); hierüber s. Erl. 3 zu § 2272.

Vom einseitigen Widerrufe handelt der § 2271.

2. **Allgemeiner Inhalt des § 2271.**

a) Der § 2271 bezieht sich nur auf die **korrespektiven Verfügungen** eines gem. Testaments und auch auf diese nur, soweit sie eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage enthalten. Die letztgedachte Einschränkung ergibt sich daraus, daß im Abs. 1 mit dem Zitate des § 2270 auch dessen Abs. 3 angezogen wird. Für die hiernach in Frage kommenden Verfügungen wird im § 2271 die Zulässigkeit und die Form des einseitigen Widerrufs geregelt, und zwar wird dabei die Zeit, solange beide Ehegatten leben (Abs. 1) und die Zeit nach dem Tode des Erstversterbenden (Abs. 2) unterschieden. Abs. 3 enthält eine Besonderheit, die für den einen wie für den anderen Zeitabschnitt von Bedeutung ist. Dem gem. Testamente wird durch den § 2271 eine große Ähnlichkeit mit dem (unter Vorbehalt des Rücktritts geschlossenen) Erbvertrage gegeben, wie sich aus den beiderseitigen Vorschriften über die Form des Widerrufs bzw. Rücktritts (§ 2271 Abs. 1, § 2296), über die Bindung des überlebenden Teiles (§ 2271 Abs. 2, § 2298 Abs. 2 Satz 2) und über die Ausnahmen von dieser Bindung (§ 2271 Abs. 2, 3, § 2289 Abs. 2, § 2294) ergibt.

b) Für den einseitigen Widerruf der **nicht korrespektiven Verfügungen** eines gem. Testaments gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 2253 ff. Von den bei einem gewöhnlichen Testamente möglichen Formen des Widerrufs stehen jedoch bei einem gem. Testamente für den einseitigen Widerruf der nicht korrespektiven Verfügungen nur der Widerruf durch Testament (§ 2254) und die Errichtung eines abweichenden Testaments (§ 2258) offen; die Formen des § 2255 (Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde) und des § 2256 (Rücknahme aus der Verwahrung) kommen nicht in Betracht (s. Erl. zu § 2272). Durch Testament (§§ 2254, 2258) können die nicht korrespektiven Verfügungen des gem. Testaments einseitig sowohl in der Form des öffentlichen als des Privattestaments widerrufen werden. Insbesondere kann eine nicht korrespektive Verfügung eines gem. eigenhändigen Testaments auch durch einen von dem

widerrufenden Ehegatten dem gem. Testamente beigefügten Zusatz widerrufen werden, sofern der Zusatz den Formerfordernissen eines eigenhändigen Testaments entspricht (Strohal § 43a Note 8).

c) Wenn ein Ehegatte in dem gem. Testamente korrespektive und nicht korrespektive Verfügungen getroffen hat und seine Verfügungen im vollen Umfang einseitig widerrufen will, so muß er bei Lebzeiten des anderen Teiles neben der Widerrufform des § 2271 Abs. 1 auch die des § 2254 beobachten.

II. Bei Lebzeiten beider Ehegatten ist der einseitige **Widerruf einer korrespektiven Verfügung** unbeschränkt zulässig, er kann jedoch nach **Abs. 1 Satz 1** nur nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des § 2296 erfolgen.

1. Der Widerruf kann hiernach nur durch den Ehegatten persönlich, nicht durch einen Vertreter erfolgen. Der Widerruf ist also ausgeschlossen, wenn der Ehegatte geschäftsunfähig ist. Der in der Geschäftsfähigkeit nur beschränkte Ehegatte kann den Widerruf erklären, er bedarf hierzu nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Diese Grundsätze erklären sich daraus, daß der Widerruf materiell eine Verfügung von Todes wegen ist; sie enthalten demnach gegenüber den §§ 2064, 2229 Abs. 1, 2254 keine Besonderheit.

2. Form des Widerrufs.

a) Der Widerruf erfolgt nach Abs. 1 Satz 1 durch eine gegenüber dem anderen Ehegatten abgegebene, gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung. Der Widerruf bei Lebzeiten der Ehegatten ist hiernach als eine formalisierte, empfangsbedürftige Willenserklärung gestaltet. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfolgt nicht gemäß §§ 2233 ff., sondern nach Maßgabe des FGG. §§ 168 ff. Sofern der andere Ehegatte nicht bereit ist, die Erklärung vor dem Gericht oder Notar entgegenzunehmen, muß sie ihm nach §§ 130—132 übermittelt werden.

Die Übermittelung kann danach formlos geschehen; der Widerruf wird in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem die Erklärung dem anderen Ehegatten zugeht; ob dieser von dem Widerruf auch wirklich Kenntnis erhält, kommt nicht in Betracht. Der Widerruf ist auch dann wirksam, wenn er dem anderen Ehegatten erst nach dem Tode des Widerrufenden zugeht (§ 130 Abs. 2); erforderlich ist dabei jedoch, daß der Widerrufende seinerseits alles getan hat, was von seiner Seite geschehen muß, damit die Erklärung dem anderen Ehegatten zugeht (RG. 65 S. 274, Erl. 7 zu § 130). Ist der Ehegatte, demgegenüber der Widerruf zu erklären ist, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so wird der Widerruf wirksam, sobald er dem gesetzlichen Vertreter zugeht; darauf daß dieser Ehegatte selbst von dem Widerrufe Kenntnis erhält, kommt es nicht an; dies gilt selbst dann, wenn der Ehegatte nur wegen seiner Minderjährigkeit in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und deshalb (§ 2229) testierfähig ist (Strohal § 43a Note 10). Gegenüber dem in der Geschäftsfähigkeit nur beschränkten Ehegatten selbst kann der Widerruf dann erklärt werden, wenn sein gesetzlicher Vertreter hierin einwilligt.

Der widerrufende Ehegatte kann sich zwecks Zustellung seiner Erklärung der Vermittelung eines Gerichtsvollziehers bedienen, was besonders im Falle der Annahmeweigerung von Wichtigkeit ist (§ 132 Abs. 1, CPO. §§ 167, 169 ff., 186). Ist der Aufenthalt des anderen Ehegatten unbekannt, so kann die Zustellung der Widerrufserklärung gemäß § 132 Abs. 2 nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der CPO. (§§ 204—206), also durch Anheftung an die Gerichtstafel und Einrückung eines Auszugs in die öffentlichen Blätter, bewirkt werden.

Diese Folgerungen erscheinen allerdings ungewöhnlich und einigermaßen auffällig, besonders wenn es sich um den Widerruf einer Verfügung handelt, die in einem eigenhändig, also ohne jede Mitwirkung einer Behörde oder Urkundsperson, errichteten Testamente getroffen ist. Es ist auch nicht zu verkennen, daß die Form des Widerrufs es dem schwächeren Teile, besonders bei Ehen der niederen Stände, sehr erschweren kann, von dem gem. Testament abzugehen (P. II Bd. 5 S. 454). Allein diesen Bedenken steht der große Vorteil gegenüber, daß der Widerruf einer korrespektiven Verfügung nicht hinter dem Rücken des anderen Ehegatten erfolgen kann und daß beiden Teilen der Beweis des Widerrufs gesichert wird. Abgesehen von einigen Ausnahmefällen, in denen keine volle Sicherheit für die wirkliche Kenntniserlangung besteht (Ersatzzustellung, öffentliche Zustellung, Erklärung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter), ist durch die Form des § 2271 Abs. 1 Satz 1 dafür gesorgt, daß der Widerruf einer korrespektiven Verfügung und die damit eintretende Entkräftung der entsprechenden eigenen Verfügung (§ 2270 Abs. 1) dem anderen Ehegatten bekannt, dieser mithin in die Lage versetzt wird, eine der veränderten Sachlage angepaßte Entschließung zu treffen. Zugleich aber wird durch die öffentliche Beurkundung der Erklärung und durch die vorsichtigerweise einem Gerichtsvollzieher oder Notar zu übertragende Be-

urkundung der Zustellung soviel erreicht, daß jeder Ehegatte bzw. der Erbe desselben den Widerruf später ohne Schwierigkeit zu beweisen vermag.

b) Durch den Satz 2 des Abs. 1 wird klargestellt, daß der Widerruf korrespektiver Verfügungen auch durch beide Ehegatten gemeinsam mittels eines neuen gemeinschaftlichen Testaments oder eines Erbvertrags erfolgen kann (§§ 2253 ff., 2289, vgl. § 2292). Die Vorschrift bezweckt nur, das Mißverständnis auszuschließen, als ob der im Satz 1 gewiesene Weg der einzige wäre, auf dem überhaupt korrespektive Verfügungen eines gem. Testaments aufgehoben werden könnten; sie bedeutet nicht, daß die Aufhebung durch den einen Ehegatten mit formloser Zustimmung des anderen auch mittels einer gewöhnlichen Verfügung von Todes wegen möglich wäre. So Küntzel Gruch. 41 S. 605; jetzt auch Strohal § 43a Note 15; a. A. Märker S. 186; Wilke Anm. 3; Eichhorn S. 188.

Daß eine korrespektive Verfügung nicht durch ein gewöhnliches Testament, zu dem jedoch der andere Teil seine Zustimmung erteilt hat, aufgehoben werden kann, gilt auch in Ansehung von korrespektiven Vermächtnis- und Auflageverfügungen. Die singuläre Vorschrift des § 2291 darf nicht entsprechend angewendet werden (a. A. Strohal § 43a Note 19; gegen ihn Küntzel a. a. O. S. 607).

3. Der Widerruf ist abweichend von dem testamentarischen Widerrufe (§§ 2254, 2257) nach den allgemeinen Grundsätzen unwiderruflich (Erl. 4 zu § 2296).

4. Errichtet der widerrufende Ehegatte zunächst ein neues Testament mit abweichendem Inhalt und vollzieht dann erst den Widerruf nach Abs. 1 Satz 1, so steht der Umstand, daß der Widerruf erst später erfolgte, der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen, weil es sich nicht um eine Beschränkung der Testierfähigkeit, sondern um ein äußeres Hindernis handelt, das auch nachträglich wirksam beseitigt werden kann (RG. 65 S. 275).

Von selbst versteht sich, daß derjenige Ehegatte, dessen korrespektive Verfügung durch den Widerruf seitens des anderen Teiles nach § 2270 Abs. 1 unwirksam geworden ist, seinerseits ohne weiteres eine neue Verfügung von Todes wegen treffen kann.

5. Die im § 2271 Abs. 1 Satz 1 bezeichnete Form des Widerrufs ist auch dann zu beobachten, wenn der Ehegatte die von ihm getroffenen korrespektiven Verfügungen nur teilweise ändern, insbesondere wenn er den durch die korrespektive Verfügung Bedachten mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschweren will. Vgl. Erl. 3c zu § 2270 und unten Erl. VI.

6. In dem gem. Testamente kann die einseitige Aufhebung korrespektiver Verfügungen gegenüber dem § 2271 Abs. 1 erleichtert sein. Es kann z. B. bestimmt sein, daß ein Ehegatte für den Fall, daß er zuerst versterben sollte, eine bestimmte Verfügung einseitig durch Testament solle aufheben oder ändern dürfen, ohne daß dadurch die anderen Verfügungen dieses oder des anderen Ehegatten berührt werden sollen. Hat übrigens in dem gem. Testamente selbst der eine Ehegatte sich damit einverstanden erklärt, daß der andere Ehegatte eine von ihm in dem gem. Testamente getroffene Verfügung durch einseitige letztwillige Verfügung wieder aufheben könne, so wird hierin regelmäßig der Ausdruck des Willens zu finden sein, daß die betreffende Verfügung überhaupt nicht in dem Verhältnisse der Korrespektivität stehe. Hieraus ergibt sich dann von selbst, daß die Vorschriften des § 2271 darauf keine Anwendung finden. Es wird indessen zu prüfen sein, ob das Einverständnis wirklich allgemein oder nur etwa dahin erklärt ist, daß der andere Ehegatte seine Verfügung nach dem Tode des zuerst versterbenden Ehegatten durch letztwillige Verfügung solle zurücknehmen können. Ist das letztere anzunehmen, so verbleibt es in betreff des Widerrufs, solange beide Ehegatten leben, selbstverständlich bei der Vorschrift des § 2271.

III. Mit dem Tode des anderen Ehegatten werden die zu dessen Gunsten von dem Überlebenden getroffenen Verfügungen des gem. Testaments natürlich unwirksam (§§ 1923, 2160). **An seine übrigen korrespektiven Verfügungen ist der Überlebende** mit dem Tode des anderen Ehegatten **gebunden.** Er kann nur in bestimmten Ausnahmefällen noch von ihnen abgehen, deren wichtigster ist, daß der Überlebende das ihm aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen Angefallene ausschlägt. Die Bindung des überlebenden Ehegatten an das gem. Testament ist im Anschluß an die Vorschriften über den Erbvertrag (§ 2298 Abs. 2 Satz 2, 3) und an die geschichtliche Entwickelung, nach der die gem. Testamente aus den Erbverträgen hervorgegangen sind, von der zweiten Kommission beschlossen worden. Sie entspricht dem bisherigen Rechte, insbesondere einer alten gemeinrechtlichen Praxis, die durch die Rspr. des RG. 6 S. 174; 27 S. 150; 38 S. 217; 41 S. 169 festgehalten worden ist, auch dem preuß. ALR. II 1 § 492 und dem sächs. GB. § 2214. Die Konstruktion des Rechtsverhältnisses ist jedoch nach dem BGB. eine etwas andere, als sie für das bisherige Recht aufgestellt wurde. Bisher wurde dem Tode

des erstverstorbenen Ehegatten an sich noch nicht die Wirkung beigelegt, die korrespektiven Verfügungen des anderen Teiles unwiderruflich zu machen, vielmehr sollte die Bindung des Überlebenden erst mit der Annahme der ihm von dem Verstorbenen gemachten Zuwendungen eintreten (so ausdrücklich für preuß. Recht RG. 31 S. 240, vgl. auch die gemeinrechtlichen Entscheidungen Bd. 6 S. 174; 41 S. 169). Die Bindung des Überlebenden wurde auf eine vertragsmäßige Einigung der Ehegatten zurückgeführt, die dahin gehe, daß sich der Überlebende für den Fall der Annahme des Widerrufsrechts bezüglich seiner eigenen Verfügungen begebe. Für das BGB. nötigt der Wortlaut des § 2271 Abs. 2, der genau der für den Erbvertrag unter Vorbehalt des Rücktritts geltenden gleichartigen Vorschrift des § 2298 Abs. 2 Satz 1 entspricht, zu einer abweichenden Auffassung, die auch sachlich richtiger sein dürfte. Die Bindung tritt danach nicht erst mit der Annahme der Zuwendung ein, vielmehr erlischt das Widerrufsrecht schon mit dem Tode des anderen Ehegatten. Der Überlebende kann sich zwar die Freiheit des Widerrufs verschaffen, indem er das ihm Zugewendete ausschlägt; stirbt er jedoch, ohne angenommen oder ausgeschlagen zu haben, so ist eine Verfügung von Todes wegen, die er abweichend von dem gem. Testament errichtet hat, ungültig, weil er mit dem Tode des anderen Teiles auch ohne Annahme der Zuwendung gebunden war (s. Erl. IV 1a). Die Verschiedenheit der Auffassung ist besonders für den Fall der Zuwendung eines Vermächtnisses von Bedeutung, weil es hier an einer Ausschlagungsfrist fehlt, mit deren Ablaufe die Zuwendung als angenommen gilt.

Die Bindung erstreckt sich nicht nur auf den Nachlaß des verstorbenen, sondern auch auf das eigene Vermögen des überlebenden Ehegatten, auch auf solchen Erwerb, den dieser erst nach dem Tode des anderen Teiles unter Lebenden oder von Todes wegen macht.

IV. Ausnahmen von dem Grundsatze der Bindung des überlebenden Ehegatten:

1. Der wichtigste Ausnahmefall ist (Abs. 2 Satz 1), daß der Überlebende die ihm aus dem Nachlasse des Verstorbenen zufließenden Vorteile **ausschlägt** (§§ 1945 ff., § 2180).

a) Die Aufhebung der korrespektiven Verfügungen des überlebenden Teiles kann nicht erst dann wirksam erfolgen, nachdem die Ausschlagung erklärt ist, vielmehr ist auch eine in der Zwischenzeit errichtete aufhebende Verfügung gültig, wenn die Ausschlagung später rechtzeitig erfolgt. Dieser aus dem Wortlaute des Abs. 2 Satz 1 und aus der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung abzuleitende Satz erleidet jedoch die Einschränkung, daß die Ausschlagung mit der hier in Rede stehenden Wirkung nur durch den überlebenden Ehegatten selbst, nicht auch gemäß § 1952, § 2180 Abs. 3 durch dessen Erben erfolgen kann (a. A. Strohal § 43a Note 28). Die Annahme des Gegenteils würde zu einer unlösbaren Schwierigkeit in dem Falle führen, wenn auf Grund des neu errichteten Testaments eine andere Person (gesetzlicher oder gewillkürter) Erbe werden würde als der in dem gem. Testament Eingesetzte. Denn dem nach dem neuen Testamente Berufenen kann die Ausschlagungsbefugnis nicht zugestanden werden, weil seine Berufung erst durch die Ausschlagung Kraft gewinnen soll; der nach dem gem. Testamente Berufene aber würde, wenn die Ausschlagung die Wirkung hätte, das gem. Testament zu beseitigen, mit der Ausschlagung sich selbst die Legitimation zur Ausschlagung entziehen. Es kann also die Wirkung, die Bindung zu beseitigen, nur einer Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten selbst zugeschrieben werden (vgl. Wilke Anm. 4).

b) Die Ausschlagung muß sich nach dem Wortlaute des Gesetzes auf das dem überlebenden Ehegatten Zugewendete beziehen. Es fragt sich indessen, ob diese Fassung nicht zu eng ist und sich eine Ausdehnung auf andere Fälle rechtfertigt.

α) Es ist zunächst an den Fall zu denken, daß der überlebende Ehegatte von dem zuerst verstorbenen Ehegatten nichts erhält, daß aber beide Ehegatten in dem gem. Testamente zugunsten dritter Personen, z. B. der einseitigen Kinder des anderen Ehegatten, Verfügungen getroffen haben, welche, obwohl sie nicht unter die Vorschrift des § 2270 Abs. 2 fallen, doch nach der allgemeinen Regel des § 2270 Abs. 1 in dem Verhältnisse der Korrespektivität stehen. Eine Ausschlagung von Seiten des überlebenden Ehegatten ist hier nicht möglich. Kann man der Ausschlagung der von dem zuerst verstorbenen Ehegatten dem Dritten gemachten Zuwendung von Seiten des Dritten dieselbe Wirkung beilegen wie der Ausschlagung des überlebenden Ehegatten (Frommhold zu § 2298; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 648)? Dies dürfte sich schwerlich rechtfertigen lassen. Der überlebende Ehegatte soll sich dadurch von der Bindung befreien können, daß er auf die ihm gemachte Zuwendung verzichtet. Die Gründe, die hierfür sprechen, treffen keineswegs auch für den Fall zu, daß ein Dritter die ihm gemachte Zuwendung ausschlägt und dadurch unwirksam macht. Nur die infolge der Nichtig-

keit oder des Widerrufs der einen Verfügung eintretende Unwirksamkeit hat allgemein auch die Unwirksamkeit der anderen Verfügung zur Folge. Für eine entsprechende Anwendung der in betreff der Ausschlagung gegebenen Vorschrift auf den hier fraglichen Fall fehlt es an der erforderlichen Gleichheit der Rechtslage.

β) Eine weitere Frage ist, ob die fragliche Vorschrift auf solche Fälle auszudehnen ist, in denen der überlebende Ehegatte nicht auf Grund einer Verfügung des zuerst verstorbenen Ehegatten, aber als gesetzlicher Erbe auf den Nachlaß oder einen Teil desselben berufen ist. Man wird hier zu unterscheiden haben. Hat der zuerst verstorbene Ehegatte es bei der gesetzlichen Erbfolge des überlebenden Ehegatten mit Rücksicht darauf belassen, daß dieser eine Verfügung zugunsten einer dem erstverstorbenen Ehegatten nahestehenden Person getroffen hat, so kann man ein korrespektives Verhältnis zwischen der Belassung bei dem gesetzlichen Erbrecht und dieser Verfügung annehmen. Ein praktisch nicht selten vorkommender Fall dieser Art liegt insbesondere dann vor, wenn die Ehegatten in Ermangelung naher Verwandter gesetzlich gegenseitig zu Alleinerben berufen sind, hiervon in dem von ihnen errichteten gem. Testament, ohne eine Bestimmung darüber zu treffen, ausgehen, dann aber bestimmen, daß die Verwandten beider Teile in näher bestimmter Art nach dem Tode des überlebenden Ehegatten den ganzen Nachlaß erhalten sollen. Der überlebende Ehegatte wird in einem Falle dieser Art an die Verfügung gebunden sein, aber in entsprechender Anwendung der Vorschrift des § 2271 Abs. 2 für berechtigt gehalten werden müssen, sich durch Ausschlagung der ihm kraft des Gesetzes angefallenen Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten zu befreien (s. v. Jacubezky S. 320f.). Anders liegt das Verhältnis, wenn die Belassung bei der gesetzlichen Erbfolge mit der von dem überlebenden Ehegatten getroffenen Verfügung nicht im Verhältnisse der Korrespektivität steht, ein solches Verhältnis vielmehr nur in Beziehung auf eine andere von dem zuerst verstorbenen Ehegatten getroffene Verfügung besteht. Zu denken ist hierbei z. B. an einen Fall, in welchem die Ehegatten gesetzlich gegenseitig nur zur Hälfte berufen sind und das gem. Testament sich darauf beschränkt, daß jeder der Ehegatten für den Fall des Todes eine Verfügung zugunsten einer dem anderen Ehegatten nahestehenden Person trifft und diese Verfügungen nach § 2270 Abs. 1 als korrespektive anzusehen sind. Hier kann sich der überlebende Ehegatte durch Ausschlagung seines gesetzlichen Erbteils von der Bindung nicht befreien, vielmehr liegt das Verhältnis ebenso wie in dem oben gedachten Falle.

γ) Endlich ist der Fall in Betracht zu ziehen, daß der zuerst verstorbene Ehegatte eine Verfügung zugunsten des überlebenden Ehegatten und zugunsten eines Dritten gemacht hat und beide Verfügungen zu einer Verfügung des überlebenden Ehegatten in dem Verhältnisse der Korrespektivität stehen. Hier ist zweifelhaft, ob sich der überlebende Ehegatte von der Bindung durch die Ausschlagung der ihm gemachten Zuwendung befreien kann. Der Wortlaut des § 2271 Abs. 2 spricht für die Bejahung (a. A. Strohal § 43a Note 33) und auch der der Vorschrift zugrunde liegende Gedanke dürfte nicht dagegen sprechen. Es genügt also zur Beseitigung der Bindung, daß der Ehegatte ausschlägt; die Zuwendung an den Dritten aber wird, wenn der Ehegatte seine Verfügung aufhebt, nach § 2270 Abs. 1 unwirksam (nicht, wie Cosack II § 360 Nr. IV 3c annimmt, nur nach § 2078 Abs. 2 anfechtbar) und bleibt auch dann unwirksam, wenn der überlebende Ehegatte die Aufhebung seiner Verfügung widerruft (s. Erl. 3b zu § 2270, Erl. 3 a. E. zu § 2298; a. A. Strohal a. a. O. Note 34, welcher die Unwirksamkeit nur annimmt, wenn sich beim Tode des überlebenden Ehegatten herausstellt, daß dieser seine korrespektive Verfügung auch wirklich aufgehoben hat).

Auch der überlebende Ehegatte braucht nur auszuschlagen, was ihm in dem gem. Testamente zugewendet ist; Zuwendungen, die ihm von dem Verstorbenen durch andere selbständige Verfügungen von Todes wegen gemacht sind, können, wenn der überlebende Ehegatte seine Verfügung aufhebt, nach § 2078 anfechtbar sein.

e) Erfolgt die Ausschlagung, so wird dadurch allein die korrespektive Verfügung des überlebenden Ehegatten noch nicht unwirksam, sondern die Ausschlagung gibt dem überlebenden Ehegatten nur das Recht, seine Verfügung aufzuheben. Hierunter ist nicht, wie Cosack (II § 360 Nr. IV 3e) meint, nur die Aufhebung durch ein neues Testament abweichenden Inhalts (§ 2258), sondern auch der Widerruf nach §§ 2253ff. zu verstehen. Das Wort „aufheben" ist in dem weiteren Sinne gebraucht wie in der Überschrift des siebenten Titels und im § 2255 (vgl. auch E. I § 1961, wo außer dem § 1936 auch der § 1933 angezogen wird). Es ist daher auch die von Cosack gezogene Folgerung unzutreffend, daß zur Aufhebung von korrespektiven Verfügungen eines gem. Testaments nach dem Tode eines Ehegatten die nur negative Testierfähigkeit des Überlebenden (§ 2253 Abs. 2) nicht ausreiche. Dagegen sind allerdings die §§ 2255, 2256

unanwendbar, aber aus einem anderen Grunde (Erl. 2, 3 zu § 2272). Übrigens kann die Aufhebung auch durch einen Erbvertrag erfolgen (§ 2289).

d) Ist der überlebende Ehegatte zur Zeit des Todes des erstverstorbenen geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er dadurch, daß sein gesetzlicher Vertreter die Ausschlagung unterläßt, endgültig an das gem. Testament gebunden werden. Es kann dies besonders dann vorkommen, wenn die Ehefrau noch während der Minderjährigkeit Witwe wird (M. V S. 256). Eine Abweichung von dem Grundsatze der persönlichen Errichtung einer Verfügung von Todes wegen (§§ 2064, 2274, s. auch § 2275 Abs. 2) liegt in dieser Besonderheit nicht.

2. Im **Abs. 2 Satz 2** ist eine weitere Ausnahme von dem Grundsatze der Bindung des überlebenden Ehegatten für den Fall aufgenommen, **daß sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die einen Grund zur Entziehung des Pflichtteils bildet.** Die Aufhebung der Verfügung liegt hier im Sinne des verstorbenen Ehegatten, der ein pflichtmäßiges Verhalten des Bedachten stillschweigend voraussetzte. Sie hat daher auch nicht zur Folge, daß die dem überlebenden Ehegatten von dem verstorbenen gemachte Zuwendung nun etwa nach § 2270 Abs. 1 rückwirkend unwirksam würde. Auf eine Verfehlung, die zur Zeit der Errichtung des gem. Testaments schon bestand und bekannt war, kann die Aufhebung nicht gegründet werden (vgl. Rehbein OTribEntsch. IV S. 316).

Die einzelnen Gründe, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils, mithin hier den überlebenden Ehegatten zur Aufhebung seiner korrespektiven Verfügung berechtigen, sind bezüglich der Abkömmlinge im § 2333, bezüglich der Eltern des Erblassers im § 2334 angegeben. Der § 2335, der sich auf die Pflichtteilsentziehung gegenüber dem Ehegatten bezieht, kommt hier nur für den Fall in Betracht, daß der überlebende Ehegatte mit dem Bedachten eine neue Ehe geschlossen hat. Gehört der Bedachte, der sich der Verfehlung schuldig macht, nicht zu den pflichtteilsberechtigten Personen, so bemißt sich nach § 2294 ihm gegenüber das Recht des überlebenden Ehegatten zur Aufhebung seiner Verfügung nach den Vorschriften, welche für die Pflichtteilsentziehung gegenüber einem Abkömmlinge gelten. Da die Pflichtteilsentziehungsgründe der §§ 2333, 2334 fast sämtlich auch Verfehlungen gegen den Ehegatten des Erblassers umfassen, so kann der überlebende Ehegatte auch wegen einer solchen Verfehlung des Bedachten gegen den verstorbenen seine korrespektive Verfügung aufheben.

Von selbst versteht sich, daß der Überlebende nur seine eigene Verfügung, nicht auch die des anderen Teiles aufheben kann. Bei den sog. gemeinschaftlichen Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Teiles führt jedoch die Auslegungsregel des § 2269 dahin, daß die Verfügung des Erstverstorbenden mit dessen Tode gegenstandslos wird und die Zuwendung aus dem beiderseitigen Nachlasse nur noch auf der Verfügung des Überlebenden beruht (Erl. 3 b zu § 2269), weshalb mit deren Aufhebung die Zuwendung überhaupt hinfällig wird. In diesem Sinne ist es richtig, daß der überlebende Ehegatte dem Bedachten auch das aus dem Nachlasse des erstverstorbenen Zugewendete entziehen kann (Löwenwald S. 49, 51).

Was die Aufhebung selbst betrifft, so folgt aus der Verweisung auf § 2336, daß sie durch eine letztwillige Verfügung zu bewirken ist, die den Grund der Aufhebung angeben muß. Der Grund muß zur Zeit der Errichtung der Verfügung bestehen und ist von demjenigen zu beweisen, welcher sich auf die Aufhebung beruft. Ist die Aufhebung erfolgt, weil der Bedachte einen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel führt (§ 2333 Nr. 5), so ist sie unwirksam, wenn sich der Bedachte zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten von diesem Lebenswandel dauernd abgewendet hat.

Wegen der zulässigen Beschränkung des Bedachten in guter Absicht s. V.

3. Außer den zu Erl. 1, 2 erörterten gibt es noch andere, **im Gesetze nicht besonders aufgeführte Fälle**, in denen die Bindung des überlebenden Ehegatten nicht eintritt oder wegfällt:

a) Mit dem Begriffe der Korrespektivität ist nicht unvereinbar, daß die Ehegatten die Bindung des überlebenden Teiles in dem gem. Testamente von vornherein ausschließen, demselben also die Freiheit der Verfügung von Todes wegen auch nach der Annahme des ihm Zugewendeten ausdrücklich vorbehalten (Rspr. 12 S. 386). Denn wenn der eine Ehegatte seine Verfügung auch nicht ohne die des anderen getroffen haben würde, so ist doch denkbar, daß er für die Zeit nach seinem Tode den anderen nicht auf die gesetzlichen Ausnahmefälle beschränken, sondern ihm vertrauensvoll überlassen will, auch aus anderen Gründen neue, veränderten Verhältnissen angepaßte Verfügungen zu treffen. Häufiger wird sich in dem gem. Testamente die Bestimmung finden, daß der Überlebende bei dem Eintritte gewisser Voraussetzungen, z. B. bei

seiner Wiederverheiratung an seine korrespektiven Verfügungen nicht mehr gebunden sein soll, indem für diesen Fall eine besondere Regelung der Verhältnisse vorgesehen wird (s. unten VIII).

b) Macht der Dritte, der nach dem Tode des überlebenden Ehegatten eine Zuwendung aus dem beiderseitigen Nachlaß erhalten soll, nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten sein Pflichtteilsrecht geltend, so erlischt die Bindung des überlebenden Ehegatten dann, wenn aus besonderen Gründen ausnahmsweise ein dahingehender Wille der Erblasser anzunehmen sein sollte (Erl. 2 zu § 2269 a. E.).

c) Der Überlebende erhält die Verfügungsfreiheit zurück, wenn der bedachte Dritte vor dem Erbfalle stirbt und, sofern er ein Abkömmling des Überlebenden ist, nicht Abkömmlinge hinterläßt, die an seine Stelle treten (§§ 1923, 2160; § 2069). Gleiches gilt, wenn der bedachte Dritte ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird.

d) Durch die Bindung des überlebenden Ehegatten wird die Anfechtbarkeit der korrespektiven Verfügung gemäß §§ 2078, 2079 nicht ausgeschlossen. Die Anfechtung auf Grund dieser Vorschriften steht, da es sich um ein Testament handelt, nur den im § 2080 bezeichneten Personen zu. Es fragt sich aber, ob sich nicht in einem Falle dieser Art eine entsprechende Anwendung der für den Erbvertrag geltenden Vorschriften rechtfertigt und die Anfechtung daher auch dem Erblasser selbst zuzugestehen ist (§ 2281). Die Frage ist sehr zweifelhaft, doch dürfte die Gleichheit der Verhältnisse bei dem gemeinschaftlichen Testament und dem Erbvertrag in der hier fraglichen Beziehung die Bejahung rechtfertigen (s. unten Erl. VIII).

V. Im Abs. 3 werden die **Vorschriften über die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht** auf solche Zuwendungen übertragen, die in einem gem. Testamente durch korrespektive Verfügung einem pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge der Ehegatten oder eines der Ehegatten gemacht sind. Der § 2289 Abs. 2, dessen entsprechende Anwendung vorgeschrieben ist, nimmt seinerseits auf den § 2338 Bezug. Hiernach kann ein Ehegatte, wenn der bedachte Abkömmling sich in solchem Maße der Verschwendung ergeben hat oder in solchem Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, die dem Abkömmlinge gemachte Zuwendung durch die Anordnung beschränken, daß nach dem Tode des Abkömmlinges dessen gesetzliche Erben das Zugewendete als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollten. Er kann auch auf die Lebenszeit des Abkömmlinges die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen, in welchem Falle der Abkömmling auf den jährlichen Reinertrag Anspruch hat. Die Anordnungen sind unwirksam, wenn sich der Abkömmling zu der Zeit, zu welcher ihm die Zuwendung anfällt, dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder wenn zu dieser Zeit die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht (§ 2338 Abs. 2).

Die in Rede stehenden Beschränkungen kann jeder Ehegatte nicht nur seinen eigenen Abkömmlingen, sondern auch einem einseitigen Abkömmlinge des anderen Ehegatten auferlegen. Jeder Ehegatte aber kann sie nur bezüglich einer Zuwendung treffen, die er dem betreffenden Abkömmlinge gemacht hat, nicht bezüglich einer Zuwendung des anderen Teiles; wegen der sog. gemeinschaftlichen Zuwendungen s. oben Erl. IV 2.

Wie schon die Stellung in einem besonderen Absatz ergibt, gilt die Vorschrift des Abs. 3 für die Zeit vor und nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten. Gegenüber dem Abs. 1 enthält sie eine Besonderheit, insofern die fraglichen Anordnungen nicht in der Widerrufsform des Abs. 1 Satz 1, sondern durch eine letztwillige Verfügung nach § 2336 Abs. 1, 2 zu treffen sind (§ 2289 Abs. 2, § 2338 Abs. 2 Satz 1). Gegenüber dem Abs. 2 aber bedeutet der Abs. 3 eine Ausnahme von der mit dem Tode des erstversterbenden Teiles eintretenden Bindung des Überlebenden (vgl. Erl. III, IV). Die von dem anderen Ehegatten getroffene korrespektive Verfügung wird durch eine gemäß Abs. 3 angeordnete Beschränkung des bedachten Abkömmlinges nicht ohne weiteres entkräftet, der Grundsatz des § 2270 Abs. 1 findet mithin hier keine Anwendung.

VI. **Teilweise Änderung korrespektiver Verfügungen.** Zweifelhaft ist, wie abgesehen von dem Falle des Abs. 3 mittelbare Änderungen einer korrespektiven Verfügung, insbesondere Beschränkungen und Beschwerungen des Bedachten, zu beurteilen sind. Solche Änderungen fallen juristisch nicht unter den Begriff des Widerrufs, können ihm jedoch im wirtschaftlichen Ergebnisse sehr nahekommen. Der andere Ehegatte würde sehr unzureichend geschützt sein, wenn die Schutzvorschriften des § 2271 Abs. 1, 2 dadurch umgangen werden könnten, daß zur Beseitigung der in seinem Interesse errichteten Verfügung nur eine andere juristische Form gewählt wird. Es dürfte sich daher, insbesondere auch auf Grund eines aus Abs. 3 zu entnehmenden arg. e contrario, rechtfertigen, die im § 2271 für den Widerruf einer korrespektiven Verfügung auf-

gestellten Grundsätze auf Änderungen der fraglichen Art zu übertragen. Danach kann eine Beschränkung oder Belastung des Bedachten, sei es der andere Ehegatte oder ein Dritter, bei Lebzeiten beider Ehegatten nur in der Weise erfolgen, daß der Verfügende neben den Formen der Errichtung einer letztwilligen Verfügung auch die Form des Widerrufs nach § 2271 Abs. 1 beobachtet. Nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten können solche Änderungen nur noch unter denselben Voraussetzungen erfolgen, unter denen eine völlige Aufhebung der korrespektiven Verfügung zulässig ist, insbesondere also im Falle der Ausschlagung des Zugewendeten oder auf Grund eines entsprechenden Vorbehalts in dem gem. Testamente. Teilweise abweichend Frommhold Anm. 3; Brütt Arch. f. Bürg. R. 29 S. 385 (vgl. übrigens auch Erl. 3c zu § 2270).

VII. Einfluß der Bindung des überlebenden Ehegatten auf dessen Verfügungsrecht. Ob und inwieweit der überlebende Ehegatte durch das gem. Testament in der **Verfügung unter Lebenden** beschränkt wird, hängt von der Rechtsstellung ab, die er nach dem Tode des erstversterbenden zu dem beiderseitigen Vermögen erhält. Ist er betreffs des Nachlasses des Erstverstorbenen nur Vorerbe, so unterliegt er insoweit den Beschränkungen und Verpflichtungen eines solchen (§§ 2113 ff.) nach Maßgabe der etwa in dem Testamente getroffenen Bestimmungen (§§ 2136, 2137). Erhält dagegen nach der Auslegungsregel des § 2269 der bedachte Dritte den gesamten Nachlaß als Erbe des Überlebenden, so ist dieser nach dem Tode des anderen Ehegatten unbeschränkter Herr des vereinigten Vermögens. Mit Bezug auf sein eigenes Vermögen ist danach der überlebende Ehegatte unter Lebenden stets frei von Beschränkungen. Er kann auch nicht durch das gem. Testament besonderen dinglich wirkenden Beschränkungen in der Verfügung über sein eigenes Vermögen unterworfen werden. Einer solchen Selbstbeschränkung des Überlebenden, die sich auf § 2271 nicht gründen läßt, steht § 137 entgegen; der letztwilligen Verfügung des verstorbenen Ehegatten aber kann, soweit sie auf eine Beschränkung des überlebenden in der Verfügung über sein eigenes Vermögen abzielt, nur die Kraft einer negativen Potestativbedingung (§ 2075) beigelegt werden. Der überlebende Ehegatte darf aber doch die Verfügungsfreiheit nicht gegen Treu und Glauben zur Schädigung der in dem gem. Testamente bedachten Dritten mißbrauchen, vielmehr dürften bei böswilliger Vermögensminderung die in den §§ 2287, 2288 für den Erbvertrag gegebenen Vorschriften zu entsprechender Anwendung zu bringen sein (so auch RG. 58 S. 64; a. A. Wilke zu § 2269 u. § 2287).

Bei Lebzeiten beider Ehegatten ist von einer Beschränkung eines der Ehegatten in der Vornahme vermögensrechtlicher Verfügungen inter vivos keine Rede. Fühlt sich einer der Ehegatten durch solche Verfügungen, z. B. Schenkungen des anderen in den Voraussetzungen getäuscht, von denen er bei Errichtung des gem. Testaments ausgegangen ist, so mag er das Testament bzw. seine Verfügungen widerrufen. Die Voraussetzung, daß der eine Ehegatte in der Lage ist, wegen des Verhaltens des anderen seine korrespektive Verfügung zu widerrufen, kann unter Umständen, z. B. nach dem Eintritte von Geisteskrankheit nicht zutreffen; in Fällen solcher Art wird mitunter die Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 eine Abhilfe gewähren.

VIII. Werden nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten gegen den überlebenden Pflichtteilsrechte begründet, insbesondere durch seine Wiederverheiratung und durch die Geburt von Kindern in der neuen Ehe, aber auch durch Annahme an Kindesstatt, so wird die Rechtsstellung dieser Personen durch das gem. Testament nicht berührt. Denn die Bindung des überlebenden Ehegatten schließt nur die willkürliche Aufhebung oder Änderung einer korrespektiven Verfügung, nicht aber die Einwirkung solcher späteren Ereignisse aus, die nach allgemeinen Grundsätzen unabhängig von einer neuen Willenserklärung des Erblassers eine letztwillige Verfügung ganz oder teilweise entkräften (RG. 22 S. 277). Die Pflichtteilsberechtigten können daher nach dem Tode des überlebenden Ehegatten gegenüber den in dem gem. Testamente Bedachten nicht nur den Pflichtteilsanspruch geltend machen (§§ 2303 ff., 2317), sondern auch das Testament nach § 2079 anfechten. Man wird sogar dem überlebenden Ehegatten selbst die Befugnis zugestehen müssen, seine bindend gewordenen letztwilligen Verfügungen nach §§ 2079, 2281 anzufechten, um demnächst zur Fürsorge für die neuen Pflichtteilsberechtigten ein anderes Testament zu errichten (s. oben Erl. IV 3d). Die Anfechtung durch die Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2079 führt zur Hinfälligkeit aller korrespektiven Verfügungen des gem. Testaments (Erl. 3 zu § 2079, § 2270 Abs. 1). Es kommt alsdann zu einer Auseinandersetzung auf Grund der gesetzlichen Erbfolge, die für die beiden Ehegatten eine verschiedene ist. Den damit verbundenen Weitläufigkeiten kann durch geeignete Bestimmungen des Testaments vorgebeugt werden. Insbesondere wird es sich, wenn mit der Möglichkeit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten zu rechnen ist, in der Regel empfehlen, das gem. Testament nicht im Sinne

§. 2272. Ein gemeinschaftliches Testament kann nach §. 2256 nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden.

---

des § 2269 zu errichten, sondern dem überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Nachlasses des erstversterbenden nur die Stellung eines Vorerben zu geben, an die Wiederverheiratung aber den Eintritt der Nacherbfolge anzuknüpfen. Der überlebende Ehegatte hat alsdann, sobald er eine neue Ehe eingeht, den Nachlaß (am einfachsten den Überrest) nach dem Verhältnisse der gesetzlichen Erbfolge den Kindern bzw. den sonstigen Verwandten des Verstorbenen als Nacherben herauszugeben, während er selbst eine entsprechende Quote als seinen Erbteil behält und im übrigen an das gem. Testament nicht mehr gebunden ist.

Was vorstehend über das Anfechtungsrecht der übergangenen Pflichtteilsberechtigten gesagt ist, gilt übrigens auch dann, wenn sich der Hinzutritt derselben schon bei Lebzeiten beider Ehegatten vollzogen hat. Fälle dieser Art sind jedoch, da die Möglichkeit der Geburt weiterer gemeinschaftlicher Kinder in dem gem. Testamente stets berücksichtigt zu werden pflegt, praktisch von geringerer Bedeutung. Es kommt hauptsächlich der Fall einer einseitigen Annahme an Kindesstatt (§ 1746) oder einer Legitimation durch Ehelichkeitserklärung (§§ 1723, 1726) in Betracht.

IX. Übergangsrecht. Bei einem gem. Testamente, das vor dem 1. Januar 1900 errichtet worden ist, richtet sich die Bindung des Erblassers nach den bisherigen Gesetzen (EG. Art. 214 Abs. 2; RG. 50 S. 316; 62 S. 13; JW. 1906 S. 223; RJpr. 2 S. 471; 4 S. 446; 11 S. 255; KG. 22 S. A 25; a. A. Buka DJZ. 1905 S. 403). Hierzu vgl. Erl. 4 zu Art. 214.

§ 2272.

E. II § 2139 rev. § 2246; III § 2245. M. II Bd. 5 S. 459.

1. Die **Rückgabe eines gem. Testaments aus der amtlichen Verwahrung** erfolgt nach §§ 2256, 2272 nur, wenn beide Ehegatten gemeinschaftlich die Rückgabe verlangen und zum Zwecke der Rücknahme persönlich und gleichzeitig erscheinen. Dies gilt ohne Unterschied, ob die Rücknahme die Bedeutung des Widerrufs (§ 2256) hat oder nicht, mithin auch für ein nach § 2248 hinterlegtes eigenhändiges gem. Testament. Können sich die Ehegatten nicht darüber einigen, wem von ihnen das Testament auszuhändigen ist, so kann die Rückgabe nicht stattfinden, weil diese erst mit der Empfangnahme der Urkunde vollendet ist (Erl. 2 Abs. 3 zu § 2256). Die Rückgabe setzt ferner voraus, daß beide Ehegatten insoweit geschäftsfähig sind, als dies zum Widerruf eines Testaments erforderlich ist (Erl. 2 zu § 2256). Sollte die Rückgabe versehentlich nur an einen Ehegatten erfolgt sein, so hat sie auch bei einem in öffentlicher Form errichteten Testamente nicht die Wirkung des Widerrufs.

2. Der § 2272 gilt nicht nur, solange beide Ehegatten leben, sondern schlechthin, er hat somit zur Folge, daß ein gem. Testament nach dem Tode eines Ehegatten überhaupt nicht mehr zurückgegeben wird. Dies mag für den Fall zweifelhaft erscheinen, wenn der Überlebende das ihm Zugewendete ausschlägt, weil er alsdann nach § 2271 Abs. 2 an sein Testament nicht mehr gebunden ist, die Verfügungen des Erstverstorbenen aber entweder gegenstandslos (Erl. 3b zu § 2273) oder durch die Eröffnung des gem. Testaments bekannt geworden und durch die angefertigte beglaubigte Abschrift gesichert sind. Allein es ist doch unter allen Umständen für unzulässig zu erachten, daß der eine Erblasser das Testament des anderen, das dieser der amtlichen Verwahrung anvertraut hat, einseitig aus dieser zurücknimmt. Sofern bereits die Eröffnung des gem. Testaments stattgefunden hat, würde die Rückgabe auch dem Satze widerstreiten, daß die Urschrift eines eröffneten Testaments überhaupt nicht aus der gerichtlichen Verwahrung herausgegeben wird (Erl. 4 zu § 2264, Erl. 2c zu § 2273).

3. Der Widerruf eines gem. Testaments kann nach § 2255 auch dadurch erfolgen, daß die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr eine Veränderung vorgenommen wird, durch die der Wille eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben ausgedrückt zu werden pflegt. Erforderlich ist jedoch, daß beide Ehegatten die Absicht haben, das Testament aufzuheben und zu diesem Zwecke die Urkunde zu vernichten oder in der bezeichneten Weise zu verändern. Liegt diese Voraussetzung nur in der Person eines Ehegatten vor, so ist die Vernichtung oder Veränderung der Urkunde ohne rechtliche Wirkung, es behalten mithin auch alle Verfügungen desjenigen Ehegatten, in dessen Person die Voraussetzung zutrifft, ihre Gültigkeit. Dagegen ist nicht notwendig, daß beide Ehegatten gemeinschaftlich die äußere Handlung vornehmen, durch welche die Urkunde ver-

§. 2273. Bei der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments sind die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntniß der Betheiligten zu bringen. Von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten ist eine beglaubigte Abschrift anzufertigen. Das Testament ist wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen.

---

nichtet oder verändert wird, vielmehr genügt es insoweit, wenn ein Ehegatte im Einverständnisse mit dem anderen handelt (Erl. 3 zu § 2255).

Das Gesagte gilt auch von nicht korrespektiven Verfügungen des gem. Testaments, insbesondere von den nicht in Erbeinsetzungen, Vermächtnissen oder Auflagen bestehenden Verfügungen (§ 2270 Abs. 3). A. A. Strohal § 43a Note 7, der eine Ausnahme bezüglich der nichtkorrespektiven Verfügungen eines Ehegatten machen will, die dieser besonders niedergeschrieben hat; diese soll er selbst durch Durchstreichen ꝛc. einseitig widerrufen können.

§ 2273.

E. II § 2140 rev. § 2247; III § 2246. P. II Bd. 5 S. 424, 459.

Niedner im Recht 1900 S. 185; Bischoff das. S. 203; Körner das. 1901 S. 94; Geiger DJZ. 1900 S. 359; Sternberg JW. 1900 S. 633; Kleffel das. 1902 S. 386.

1. Im § 2273 werden über die **Eröffnung eines gem. Testaments** einige Vorschriften getroffen, welche die allgemeinen Vorschriften über die Testamentseröffnung (§§ 2260 bis 2264) teilweise abändern. Dieselben sind jedoch von besonderen Voraussetzungen abhängig und erleiden daher, wenn diese Voraussetzungen nicht zutreffen, nach mehrfacher Richtung Einschränkungen (s. Erl. 2c, 4). Sie haben überdies nur den Charakter von Ordnungsvorschriften, so daß ihre Verletzung der Gültigkeit des gem. Testaments keinen Eintrag tut (vgl. Erl. 5 zu § 2260). In der Regel wird ein gem. Testament eröffnet, sobald einer der Ehegatten stirbt; ein letztwilliges Verbot, das Testament vor dem Tode des Überlebenden zu eröffnen, ist nach § 2263 nichtig (Rspr. 11 S. 250), auch der Überlebende kann der Eröffnung nicht widersprechen; wegen eines Ausnahmefalls s. Erl. 3b. Ob nach dem Tode des Überlebenden eine nochmalige Eröffnung stattfindet, richtet sich nach dem Inhalt und der Fassung des gem. Testaments (Erl. 3a, 5).

2. Die **Besonderheiten** bei der Eröffnung eines gem. Testaments sind folgende:

a) **Geheimhaltung der Verfügungen des Überlebenden.** Soweit die Verfügungen beider Ehegatten sich sondern lassen, dürfen die Verfügungen des Überlebenden weder verkündet noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten gebracht werden (Satz 1). Es findet also insoweit die Verkündung und Vorlegung des Testaments nach § 2260 Abs. 2, die Mitteilung des Inhalts nach § 2262 und die Gewährung von Einsicht und Abschrift nach § 2264 nicht statt. Wird bei der Eröffnung die Vorlegung der Verfügungen des verstorbenen Ehegatten oder später (s. unten zu c) die Gewährung von Einsicht verlangt, so müssen die Verfügungen des Überlebenden irgendwie verdeckt werden. Die Beschränkung der Vorlegung und Einsicht gilt natürlich nicht für den überlebenden Ehegatten selbst, der auch durch den Wortlaut der Vorschrift nicht getroffen wird, da er von seinen Verfügungen bereits Kenntnis hat. Dagegen ist es nicht zulässig, mit Zustimmung des überlebenden Ehegatten anderen Personen gegenüber von den Vorschriften des § 2273 abzuweichen, weil es sich um Formvorschriften handelt (a. A. betreffs des Satz 1 Jastrow II S. 304; Strohal § 49 Note 19).

Ob die Verfügungen des überlebenden Ehegatten sich sondern lassen, hängt von der Art ab, wie die Verfügungen beider Ehegatten sprachlich miteinander verbunden sind. Wenn die Verfügung des Verstorbenen zur Ergänzung ihres Inhalts auf die des Überlebenden verweist oder ohne deren Kenntnis nicht verständlich ist, können die beiden Verfügungen auch dann nicht voneinander gesondert werden, wenn jede Verfügung auf einem anderen Blatte steht. Sind sie nicht untrennbar sprachlich miteinander verbunden, so ist die Möglichkeit der Sonderung nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Verfügungen des verstorbenen und die des überlebenden Ehegatten nicht äußerlich getrennt an verschiedenen Stellen des Testaments stehen, sondern Verfügungen des einen und solche des anderen Ehegatten in buntem Wechsel aufeinander folgen. Für die Frage der Möglichkeit der Sonderung ist es auch ohne Belang, ob die Verfügungen der beiden Ehegatten zueinander im Verhältnisse der Korrespektivität (§ 2270) stehen (RJA. 1 S. 45); insbesondere ist auch im Falle des § 2269 die Frage, ob die Verfügungen des über-

lebenden Ehegatten, die dieser über seinen dereinstigen Nachlaß getroffen hat, nach dem Tode des erstverstorbenen zu eröffnen sind, lediglich danach zu beantworten, ob diese Verfügungen sprachlich untrennbar mit den Verfügungen des Verstorbenen zusammenhängen (RJA. 6 S. 178). Vermächtnisanordnungen z. B., die jeder der Ehegatten für den Fall seines Überlebens getroffen hat, sind also nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten nicht zu verkünden (s. unten 3b). Mitunter ist es übrigens auch zweifelhaft, ob eine Verfügung des verstorbenen oder des überlebenden Ehegatten vorliegt; in solchen Zweifelsfällen ist § 2273 nicht anzuwenden.

b) Von den **Verfügungen des verstorbenen Ehegatten** (soweit sie sich aussondern lassen) ist eine **beglaubigte Abschrift** anzufertigen, die bei dem Gericht offen aufbewahrt wird (Satz 2; vgl. wegen der Anfertigung auszugsweiser beglaubigter Abschriften das preuß. FGG. Art. 57 Abs. 3).

c) **Aufbewahrung des Testaments.** Das Testament ist demnächst wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen (Satz 3). Wenn die Wiederverschließung wegen der anzufertigenden Abschrift nicht sogleich im Eröffnungstermine geschehen kann, ist ein besonderer Termin zur Wiederverschließung anzusetzen und dem überlebenden Ehegatten bekanntzugeben. Die Wiederverschließung erfolgt jedoch auch dann, wenn der Ehegatte in diesem Termine nicht erscheint; die Aufnahme eines Protokolls ist entbehrlich (vgl. bayer. JMB. v. 20. März 1903 § 37 Abs. 3; Jung in Z. d. bayer. NV. 1 S. 55; Kaisenberg das. 1 S. 93; Jastrow II S. 304; Weizsäcker-Lorenz S. 106). Die Wiederverschließung und die Rückbringung zur Verwahrung ist nach Maßgabe der für die erste Verschließung und Verwahrung des Testaments geltenden Vorschriften (§§ 2246, 2248) zu bewirken. Das Testament ist daher in einen neuen Umschlag zu legen, mit einer neuen Aufschrift zu versehen, in der die Eröffnung und Wiederverschließung erwähnt wird, in das nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorschriften etwa geführte Verwahrungsbuch unter einer neuen Nummer einzutragen und es ist dem überlebenden Ehegatten ein neuer Hinterlegungsschein zu erteilen.

Aus der Fassung des Satz 3, die nach der Aufnahme des eigenhändigen Testaments keine Änderung erfahren hat, entstehen Zweifel für den Fall, daß ein eigenhändiges gem. Testament nicht nach § 2248 in amtliche Verwahrung gebracht, sondern im Besitze der Ehegatten geblieben und von dem Überlebenden gemäß § 2259 zur Eröffnung abgeliefert worden ist. Von einer Rückbringung in die Verwahrung kann hier nicht die Rede sein. Es fragt sich aber, ob ein solches Testament nach der Eröffnung dem überlebenden Ehegatten zurückzugeben ist (Körner S. 94; Jastrow) oder ob es nunmehr in die amtliche Verwahrung genommen werden muß. Das Richtige dürfte sein, daß eine Rückgabe des Testaments unzulässig ist (so auch KG. 24 S. B 5), weil dieses neben den Verfügungen des überlebenden doch auch diejenigen des verstorbenen Ehegatten enthält, das eröffnete Testament eines Verstorbenen aber einer Privatperson überhaupt nicht ausgehändigt wird (Erl. 4 zu § 2264). Das Testament verbleibt daher in der Verwahrung des Gerichts; es empfiehlt sich, dem überlebenden Ehegatten eine Bescheinigung über den Verbleib des Testaments zu geben, weil dadurch eine gewisse Gewähr dafür geschaffen wird, daß das Testament beim Tode des Überlebenden zum Vorscheine kommt (Lotz im Recht 1906 S. 1188). In die „besondere amtliche Verwahrung" (Erl. 6 zu § 2246) wird das Testament nur genommen, wenn der überlebende Ehegatte dies verlangt; im letzteren Falle ist eine beglaubigte Abschrift nach Satz 2 anzufertigen.

d) **Wiedereröffnung.** Das nach Satz 3 wieder verschlossene Testament kann unter Umständen bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten nochmals geöffnet werden, z. B. wenn die Urschrift in einem Prozesse vorgelegt werden soll (Bischoff S. 293) oder wenn erst nach der Wiederverschließung die Erteilung eines Erbscheins nach dem erstverstorbenen Ehegatten beantragt wird. In solchen Fällen wird mitunter die nach Satz 2 angefertigte beglaubigte Abschrift genügen; wenn dies nicht der Fall ist, insbesondere wenn der Sinn der Verfügungen des Verstorbenen nach der auszugsweisen Abschrift zweifelhaft bleibt, muß jedoch die Öffnung des Testaments gestattet sein. Auf Grund des § 2264 kann die Einsicht der Urschrift nur so lange begehrt werden, als die Wiederverschließung nicht stattgefunden hat, später wird nur die beglaubigte Abschrift vorgewiesen.

3. Die vorstehend entwickelten Sondervorschriften und auch die allgemeinen Vorschriften über die Testamentseröffnung können nach dem Inhalte der in dem gem. Testamente getroffenen Verfügungen **besonderen Abweichungen** unterliegen:

a) Enthält das gem. Testament ausschließlich Verfügungen, die nur für den Tod des erstverstorbenen Ehegatten von Bedeutung sind, so werden die Verfügungen des Überlebenden mit

dem Tode des anderen Ehegatten gegenstandslos. Die Wiederverschließung und spätere nochmalige Eröffnung des Testaments würde zwecklos sein. Der § 2273 ist daher in diesem Falle nicht zur Anwendung zu bringen. Die fragliche Voraussetzung trifft namentlich dann zu, wenn der Inhalt des Testaments sich in der gegenseitigen Erbeinsetzung erschöpft (Körner S. 95). Nicht minder sind Verfügungen, welche die Ehegatten gemäß §§ 1512—1516 über die Anteile ihrer Abkömmlinge am Gesamtgute der fortgesetzten GG. getroffen haben, nach dem Tode des zuerst versterbenden Ehegatten zu verkünden und nicht wieder in Verwahrung zu bringen, weil sie als Verfügungen des überlebenden Ehegatten durch dessen Überleben hinfällig geworden sind (bayer. ObLG. in RJA. 1 S. 180).

b) Gemeinschaftliche Verfügungen, die nur für den Tod des überlebenden Ehegatten, also von jedem Ehegatten nur für den Fall seines Überlebens getroffen sind, sind bei dem Tode des Erstversterbenden nicht zu verkünden, weil sie bezüglich seiner gegenstandslos geworden sind (Rspr. 11 S. 250). Es hat daher, wenn in einem Testamente nach § 2269 die Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Teiles von der gegenseitigen Erbeinsetzung äußerlich getrennt gehalten sind, die Verkündung dieser Verfügungen und selbst die Öffnung der sie etwa enthaltenden besonderen Schrift zu unterbleiben (bayer. ObLG. in RJA. 1 S. 45; KG. in Rspr. 16 S. 56; DJZ. 1908 S. 366). Natürlich muß die Tatsache, daß das Testament oder eine einzelne darin befindliche, besonders verschlossene Schrift nur Verfügungen enthält, die sich auf die Zeit nach dem Tode des Überlebenden beziehen, erkennbar und glaubhaft sein. Unter dieser Voraussetzung verstößt aber die Befolgung des von den Erblassern ausgesprochenen Gebots, das Testament bzw. die Schrift erst nach dem Tode des Überlebenden zu eröffnen, nicht gegen die §§ 2260, 2263.

4. Wenn sich das gem. Testament bei einem anderen Gericht als dem Nachlaßgerichte des erstversterbenden Ehegatten in amtlicher Verwahrung befindet, so gilt auch bei einem gem. Testamente der § 2261, daneben aber auch der § 2273. Hiernach hat das verwahrende Gericht (nicht das Nachlaßgericht) zunächst darüber zu entscheiden, inwieweit die Verfügungen des überlebenden Ehegatten von der Verkündung auszunehmen sind (KG. 32 S. A 100). Wird das ganze Testament verkündet, so ist lediglich nach § 2261 zu verfahren. Hat aber nur eine Teileröffnung stattgefunden, so hat das verwahrende Gericht nach § 2273 Satz 2 von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten eine beglaubigte Abschrift anzufertigen; im Beglaubigungsvermerk ist zu bezeugen, daß das Testament weitere Verfügungen des verstorbenen Ehegatten nicht enthält. Die Abschrift ist alsdann an das Nachlaßgericht zu senden, welches nach den §§ 2262, 2264 zu verfahren hat, während das Testament selbst von dem verwahrenden Gerichte (KG. 20 S. A 262) wiederzuverschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen ist. Da die nach § 2273 Satz 2 hergestellte Abschrift dem Nachlaßgerichte häufig keine genügende Unterlage, insbesondere für die Erteilung des Erbscheins, bieten wird, ist das Nachlaßgericht befugt, von dem verwahrenden Gerichte die Übersendung der Urschrift des gem. Testaments zu verlangen. Bevor das verwahrende Gericht die Übersendung ausführt, hat es nach § 2261 Satz 2 von dem ganzen gem. Testament eine (den Beteiligten nicht offenstehende) beglaubigte Abschrift zurückzubehalten; das Nachlaßgericht hat die Urschrift des Testaments, wenn es sie nicht mehr benötigt, dem verwahrenden Gerichte zur Wiederverschließung und Rückbringung in die Verwahrung zurückzugeben. Landesgesetzlich kann übrigens bestimmt werden, daß die weitere Verwahrung bei dem Nachlaßgericht erfolgt oder daß wenigstens der überlebende Ehegatte die weitere Verwahrung dort verlangen kann (Erl. 6 zu § 2246; vgl. preuß. AG. Art. 81 § 2 Abs. 2).

5. Wenn die Verfügungen der beiden Ehegatten sich nicht sondern lassen, findet § 2273 keine Anwendung. Es wird dann nach dem Tode des Erstversterbenden der ganze Inhalt des Testaments verkündet, die Anfertigung einer beglaubigten Abschrift und die Wiederverschließung des Testaments unterbleibt, vielmehr wird letzteres wie jedes andere eröffnete Testament offen aufbewahrt. Der überlebende Ehegatte ist nicht berechtigt zu verlangen, daß es wiederverschlossen und in die besondere amtliche Aufbewahrung genommen wird (a. A. Bischoff S. 294). Nach dem Tode des überlebenden Ehegatten findet eine nochmalige Verkündung seiner Verfügungen nicht statt (RJA. 1 S. 186; a. A. Strohal § 48 Note 22).

6. Auf ein vor dem 1. Januar 1900 errichtetes gem. Testament ist § 2273 anzuwenden, wenn der erstversterbende Ehegatte nach dem 31. Dezember 1899 gestorben ist. Ist dagegen der eine Ehegatte vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben, so finden die bisherigen Vorschriften für die Eröffnung des gem. Testaments auch dann Anwendung, wenn der überlebende Ehegatte erst unter der Herrschaft des BGB. stirbt (Rspr. 1 S. 130; Niedner im Recht 1900 S. 185;

Vierter Abschnitt.
Erbvertrag.

Körner das. 1901 S. 94; Sternberg JW. 1900 S. 633; Erl. 2i zu Art. 213 EG.; a. A. KG. 33 S. A 103).

7. Der § 2273 findet keine Anwendung, wenn die Eröffnung eines gem. Testaments auf Grund der landesgesetzlichen Vorschriften erfolgt, nach denen ein sehr lange Zeit verwahrtes Testament auch ohne Kenntnis von dem Tode des Erblassers zu eröffnen ist (Erl. 9 zu § 2260). Denn die Vermutung des eingetretenen Todes, auf welcher diese Vorschriften beruhen, erstreckt sich natürlich auf beide Ehegatten, § 2273 aber setzt voraus, daß einer derselben noch lebt.

Vierter Abschnitt.

Schiffner, Der Erbvertrag nach BGB., 1899; dazu Hellmann in Krit. Viert. Bd. 44 S. 130; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 591—670, 1899; Böhm, Erbrecht §§ 69—73; Jastrow, Formularbuch ꝛc. I S. 191—200, II S. 306—322; Märker, Nachlaßbehandlung S. 198—221; Küntzel in Gruch. Bd. 41 S. 609ff.; Meischeider im Recht 1900 S. 201f.; Bendix im Recht 1900 S. 280; Cohn in JW. 1900 S. 731; Mugdan, Die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen unter Berücksichtigung des gesetzlichen Erbrechtes und des Familienrechtes.

1. **Zulassung des Erbvertrags, Anwendungsfälle.** Nach dem Vorgange des bisherigen Rechtes hat das BGB. den Erbvertrag aufgenommen trotz der Bedenken, die von mancher Seite im Hinblick auf die Schwierigkeiten und die Gefahren des Instituts gegen die Aufnahme erhoben worden waren (vgl. Gstlg. V S. 54ff.). Es ist auch davon abgesehen worden, die Zulassung des Erbvertrags auf gewisse Personen oder gewisse Fälle zu beschränken, weil man annahm, daß es immerhin eine Reihe von Fällen gebe, in denen das Institut sich als notwendig oder doch nützlich erweisen werde, daß aber eine Aufzählung der einzelnen Fälle sich in befriedigender Weise kaum durchführen lasse und es daher besser dem praktischen Rechtsleben überlassen bleibe, von der rechtlich unbeschränkt anerkannten Einrichtung den richtigen Gebrauch zu machen. Den Hauptanwendungsfall wird wie bisher der Abschluß eines Erbvertrags zwischen Ehegatten oder Verlobten, insbesondere in Verbindung mit einem Ehevertrage, bilden. Als sonstige Fälle, in denen ein Bedürfnis für die Zulassung des Erbvertrags anzuerkennen sei, wurden in der zweiten Kommission die Gleichstellung von Kindern aus verschiedenen Ehen (Einkindschaft, vgl. Schiffner S. 91f.), der Erbverpfründungsvertrag (Erl. 1 zu § 2295), die Versorgung des Überlebenden von zusammenlebenden Personen und endlich gewisse bäuerliche Verhältnisse aufgeführt (P. II Bd. 5 S. 372). Für den Erbvertrag zwischen Ehegatten und Verlobten gelten in einzelnen Beziehungen besondere Vorschriften, nämlich betreffs der persönlichen Fähigkeit des Erblassers zum Abschluß und zur Aufhebung des Vertrags (§§ 2275, 2290, 2291), betreffs der Form (§ 2276 Abs. 2) und betreffs der Abhängigkeit des Erbvertrags von dem Bestande der Ehe bzw. des Verlöbnisses (§§ 2077, 2279); betreffs der Ehegatten s. auch §§ 2280, 2292 (Schiffner S. 85f.).

2. Über den **Begriff und die rechtliche Natur des Erbvertrags** s. Erl. 1, 3 zu § 1941. Die dort bereits erwähnte Theorie von Hartmann, nach welcher der Erbvertrag ein aus einer einseitigen Verfügung von Todes wegen und einem nur äußerlich damit verbundenen vertragsmäßigen Widerrufsverzichte zusammengesetztes Doppelgeschäft sein soll, wird für das BGB. von Hellwig (S. 591ff., besonders S. 599 Anm. 227) verteidigt; sie soll für dasselbe „sachlich richtig, formell wegen des § 2302 bedenklich“ sein. Eine Widerlegung dieser Auffassung würde hier zu weit führen, s. gegen Hellwig Schiffner S. 61ff., Strohal I § 45 II und II 4; Frommhold S. 246, vgl. hier Erl. 2a zu § 2275, Erl. 2a zu § 2289. Aber auch von den Schriftstellern, die nicht auf den Boden der Hartmannschen Theorie stehen, wird nicht allgemein anerkannt, daß der Erbvertrag ein wirklicher Vertrag im materiellen Sinne (s. Vorbm. 2 vor

§ 145) ist. Insbesondere erblickt Endemann (III § 57 Anm. 17—19, § 59 Anm. 9, § 61 Anm. 11; weitere Literaturnachweise s. bei Schiffner S. 9 Anm. 15) trotz der Vertragsform in dem Erbvertrag eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Auch diese Ansicht ist nicht zutreffend, vielmehr ist der Erbvertrag als ein wirklicher Vertrag anzuerkennen, für den allerdings wegen seines erbrechtlichen Charakters gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts einige Besonderheiten gelten. Die Verfügung von Todes wegen wird bei dem Erbvertrag ebenso wie bei dem Testamente nur von dem Erblasser, nicht etwa von beiden Vertragschließenden, getroffen, allein dieser Umstand steht der Annahme eines Vertrags ebensowenig entgegen, wie die Annahme eines dinglichen Vertrags dadurch gehindert wird, daß bei diesem die Verfügung über die veräußerte oder belastete Sache nur von dem einen Teile ausgeht. Die Verfügung geht von dem Erblasser aus, aber sie ist erst im Sinne des Erblassers vollendet, wenn der andere Vertragschließende sie angenommen und gewissermaßen festgehalten hat. Mit der Vollendung der Verfügung ist zugleich ihre grundsätzliche Unwiderruflichkeit gegeben. (Vgl. zu der Konstruktionsfrage insoweit Schiffner S. 8ff., 14, 59f.; Strohal I § 45 II; Cosack § 361 Nr. I 1a; Frommhold Anm. 2 zu § 2278.) Eine Folge der hier vertretenen Auffassung ist, daß in den Fällen des § 2275 Abs. 2, 3 der von einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossene Erbvertrag nach Maßgabe der §§ 108, 109 durch spätere Genehmigung wirksam wird (Erl. 2b zu § 2275).

Eine Besonderheit des Erbvertrags liegt darin, daß ein bindender Vertragsantrag (§§ 145ff.) bei ihm ausgeschlossen ist. Dies folgt schon daraus, daß für den Erbvertrag der gerichtlich oder notariell beurkundete Abschluß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile wesentliches Formerfordernis ist (§ 2276; vgl. Hellwig S. 600; Jastrow II S. 9). Ferner ist der Erbvertrag unter allen Umständen als ein abstraktes und unentgeltliches Rechtsgeschäft anzusehen (a. A. Dernburg V § 95 III, der mit seinem Widerspruch aber doch nur meint, daß der Erbvertrag unter der Bedingung der Gültigkeit oder der Verwirklichung eines anderen Vertrags geschlossen werden könne). Die Veranlassung, die den Erblasser dazu bestimmt, die Verfügung von Todes wegen zu errichten und sich bezüglich ihrer vertragsmäßig zu binden, gehört, auch wenn sie geschäftlicher Natur ist, nicht zum Inhalte des Erbvertrags. Ein entgeltlicher Erbvertrag liegt weder vor, wenn der Erblasser sich irgendwelche Vorteile unter Lebenden ausbedingt, noch dann, wenn bei einem zweiseitigen Erbvertrage (s. Erl. 3) die beiden Erblasser sich gegenseitig oder mit Rücksicht auf den anderen Teil bestimmte dritte Personen bedenken. Weder in dem einen noch in dem anderen Falle kann im rechtlichen Sinne von einer Gegenleistung gesprochen werden, vielmehr sind stets zwei Verträge zu unterscheiden, die zu einander nur im Verhältnisse des Bestimmungsgrundes stehen. Demgemäß sind z. B. die in der KO. (§ 222, § 226 Abs. 2 Nr. 5) enthaltenen Vorschriften über die Behandlung von Vermächtnissen im Nachlaßkonkurs auch auf vertragsmäßig angeordnete Vermächtnisse unterschiedslos anzuwenden (a. A. Dernburg V § 95 Anm. 4). Bezüglich des sog. Erbverpfründungsvertrags ist das hier Gesagte in Erl. 1 zu § 2295 näher ausgeführt, wegen des zweiseitigen Erbvertrags s. die Erl. zu § 2298 Erl. 1 a. E. (vgl. ferner Hellwig S. 605, 608, 622; Schiffner S. 15, 38, 96ff.; Strohal I § 47 Anm. 1; Frommhold Anm. 1 zu § 2295).

Nicht unter den Begriff des Erbvertrags fallen

a) Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312),

b) obligatorische Verträge über die Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen (§ 2302),

c) Erbverzichte (§§ 2346ff.),

d) Verträge, in denen der eine Teil dem anderen verspricht, nach dem Tode des letzteren an einen Dritten eine Leistung zu bewirken, insbesondere die Abfindungsvereinbarungen in den auf eine sog. antizipierte Erbfolge gerichteten Gutsüberlassungsverträge (§ 330 Satz 2, § 331; Hellwig S. 623ff.; Schiffner S. 95 Anm. 27, RG. Bd. 2 S. 272, Bd. 25 S. 37; Strohal I § 44 Anm. 7).

3. Seinem Inhalte nach ist der Erbvertrag insofern beschränkt, als nur Verfügungen bestimmten Inhalts, nämlich Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, als vertragsmäßige getroffen werden können (§ 1941 Abs. 1, § 2278 Abs. 2, vgl. Nr. 4b). Im übrigen aber besteht volle Freiheit. Vertragsmäßige Verfügungen können von nur einem der beiden Vertragschließenden oder von beiden Teilen getroffen werden; es ist mithin entweder nur

der eine Teil Erblasser und der andere lediglich annehmender Vertragschließender (einseitiger Erbvertrag) oder es kommen jedem Teile beide Eigenschaften zu (zweiseitiger Erbvertrag). In dem letzteren Falle liegt an sich nur eine Verbindung zweier einseitiger Erbverträge in einem und demselben Rechtsakte vor, es gelten jedoch für diesen Fall besondere Rechtssätze, die dem zweiseitigen Erbvertrag eine höhere Bedeutung verleihen als die einer bloß äußerlichen Zusammenfassung zweier verschiedener Rechtsgeschäfte (Erl. 1 zu § 2278, Erl. 1 zu § 2298). In keinem Falle brauchen die vertragsmäßigen Verfügungen eines Erbvertrags gerade zugunsten des anderen Teiles getroffen zu sein, vielmehr sind auch Verfügungen zugunsten dritter Personen zulässig und es können sogar Zuwendungen an Dritte den ausschließlichen Inhalt des Erbvertrags bilden (s. Erl. 2 zu § 1941). Diese unbeschränkte Zulassung des Erbvertrags zugunsten eines Dritten, an dessen Bedenkung der andere Vertragschließende keinerlei rechtliches Interesse zu haben braucht, enthält gegenüber der für das bisherige Recht überwiegend vertretenen Ansicht eine Neuerung des BGB., über deren innere Berechtigung die Ansichten geteilt sind (vgl. einerseits Schiffner S. 68ff., andererseits Hellwig S. 608ff.; Endemann III § 58 Anm. 12). Die Grundsätze des obligatorischen Vertrags auf Leistung an einen Dritten (§§ 328—335) finden auf den Erbvertrag zugunsten eines Dritten keine Anwendung, insbesondere erwirbt der andere Vertragschließende kein eigenes Recht auf die Leistung an den bedachten Dritten (vgl. § 335), und von einem Rechte des Dritten vor dem Tode des Erblassers (vgl. § 328 Abs. 2) ist nicht die Rede; auch eine entsprechende Anwendung des § 332 ist gemäß § 2065 Abs. 1, § 2279 Abs. 1 ausgeschlossen (vgl. zu der ganzen Frage Schiffner S. 71ff.; Hellwig S. 622ff.). Von einem Beitritte des Dritten kann nicht gesprochen werden; eine Bindung des Erblassers gegenüber dem bedachten Dritten, welche die Möglichkeit ausschließt, daß die vertragsmäßige Verfügung ohne Zustimmung des Dritten wieder aufgehoben wird (Erl. 1 zu § 2290), ist nur auf dem Wege herzustellen, daß der Erblasser mit dem Bedachten einen völlig neuen Erbvertrag des gleichen Inhalts abschließt (M. V S. 348; Schiffner S. 44, 81).

4. Über das Verhältnis des Erbvertrags zu den letztwilligen Verfügungen ist im allgemeinen folgendes zu sagen:

a) Beide fallen unter den höheren Begriff der Verfügung von Todes wegen. Gemeinsam ist ihnen das Erfordernis der persönlichen Errichtung durch den Erblasser (§§ 2064, 2274). Bei der Schließung des Erbvertrags sind die Förmlichkeiten der öffentlichen Testamentserrichtung zu beobachten (§ 2276), auch für die Verwahrung und die Eröffnung des Erbvertrags gelten im wesentlichen die gleichen Vorschriften wie für das Testament (§§ 2277, 2300). In materieller Hinsicht wird im § 2279 Abs. 1 allgemein bestimmt, daß auf vertragsmäßige Zuwendungen und Auflagen die für letztwillige Zuwendungen und Auflagen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Verschiedenheiten bestehen, abgesehen von der schon hervorgehobenen Beschränkung des Inhalts des Erbvertrags (§ 2278 Abs. 2), hinsichtlich der Fähigkeit des Erblassers (§ 2275), hinsichtlich der Anfechtung, die bei dem Erbvertrag auch dem Erblasser offen steht (§§ 2281ff.), vor allem aber hinsichtlich der Aufhebung der getroffenen Verfügungen. Im Gegensatze zum Testament ist der Erbvertrag seiner Natur nach für den Erblasser grundsätzlich unwiderruflich, er erzeugt eine Bindung des Erblassers, die sich in beschränktem Umfange schon bei Verfügungen unter Lebenden äußert (§§ 2286—2288), namentlich aber die Wirksamkeit jeder früheren letztwilligen Verfügung und jeder späteren Verfügung von Todes wegen ausschließt, soweit diese die vertragsmäßige Verfügung beeinträchtigen würde (§ 2289). Dem entspricht es, daß der Erbvertrag grundsätzlich nur im Wege eines Übereinkommens beider Vertragschließenden aufgehoben werden kann (§§ 2290—2292). Es gibt jedoch wichtige Ausnahmefälle, in denen dem Erblasser der einseitige Rücktritt vom Erbvertrage freisteht (§§ 2293 bis 2297).

b) Neben den vertragsmäßigen Verfügungen können in dem Erbvertrag auch einseitige Verfügungen von Todes wegen getroffen werden, und zwar bei einem einseitigen Erbvertrage nicht nur von dem Vertragserblasser, sondern auch von dem anderen Teile. Verfügungen dieser Art sind der Sache nach letztwillige Verfügungen, sie können daher jeden Inhalt haben, der bei einer letztwilligen Verfügung möglich ist, und stehen im wesentlichen unter den Grundsätzen des Testamentsrechts (§ 2299).

c) Ein Erbvertrag, der als Vertrag nichtig ist, kann unter Umständen als letztwillige Verfügung aufrechterhalten werden, wenn er allen Erfordernissen einer testamentarischen Verfügung entspricht. Dies ist sowohl dann möglich, wenn ein eventueller Wille des Erblassers,

die vertragsmäßige Verfügung auch als letztwillige zu treffen, wirklich vorhanden war, als auch dann, wenn eine Umdeutung (Konversion, § 140) nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers angängig erscheint. Ob die Nichtigkeit des Erbvertrags auf mangelnder Fähigkeit des Erblassers (§ 2275) oder auf einem Mangel der Form (§ 2276) oder auf dem für einen Erbvertrag nicht geeigneten Inhalte der Verfügung beruht (§ 2278 Abs. 2, s. dort Erl. 3 a. E.), ist unerheblich. Im bisherigen Rechte war die Konversion teilweise ausgeschlossen, so im preuß. ALR. I 12 § 619 und im sächs. GB. § 2547, für das gem. Recht wurde sie verneint von Dernburg III § 126 Nr. 4, bejaht von Windscheid III § 529 Anm. 3. Für das BGB. besteht kein Grund, in dem in Rede stehenden Falle die Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 140 auszuschließen (vgl. M. I S. 218, M. V S. 317; Bd. I Erl. zu § 140; Strohal I § 45 II 4; Schiffner S. 196ff.). Weiter gehen Hellwig S. 602 und Cosack II § 361 Anm. 42, die eine gesetzliche Vermutung für die Aufrechterhaltung der nichtigen vertragsmäßigen Verfügung als einer letztwilligen annehmen, und zwar letzterer auf Grund des § 2084, § 2279 Abs. 1, ersterer aber entsprechend seiner grundsätzlichen Auffassung des Erbvertrags (s. o. Vorbm. 2) auf Grund des § 2085.

5. Über den **Sprachgebrauch des Gesetzes** sei hier folgendes bemerkt:

Das Wort „Erbvertrag" umfaßt den Erbeinsetzungsvertrag, den Vermächtnisvertrag und den Auflagevertrag, welche letzteren Bezeichnungen im Gesetze selbst nicht gebraucht werden (vgl. Erl. 1, 4 zu § 1941, Erl. 2 zu § 2278). Die bei dem Vertragsschlusse beteiligten Personen werden als die „Vertragschließenden", im § 2277 auch als die „Parteien" bezeichnet. Vertragschließender ist aber nur der materiell Beteiligte, das Wort hat also einen anderen Sinn als der Ausdruck „Beteiligter" im FGG. (§ 168 Satz 2), womit derjenige bezeichnet wird, dessen Erklärung beurkundet werden soll, mithin im Falle der Vertretung nicht der Vertretene, sondern der Vertreter (vgl. jedoch Erl. 2a, b zu § 2276). Der Vertragserblasser wird immer schlechthin „Erblasser", der vertragsmäßig eingesetzte Erbe dagegen auch „Vertragserbe" genannt (§§ 1941, 2278). Das Wort „der Bedachte" hat bei dem Erbvertrage den gewöhnlichen Sinn (s. Vorbm. 2 vor § 2064), bezeichnet also sowohl den Vertragserben als den vertragsmäßig bedachten Vermächtnisnehmer. Der dem Erblasser bei dem Vertragsschlusse gegenüberstehende Teil wird stets nur „der andere Vertragschließende" genannt, das Wort „annehmen" ist vermieden. Die „Anfechtung" hat bei dem Erbvertrage denselben Sinn wie bei einer letztwilligen Verfügung und überhaupt im BGB., sie fällt nicht, wie Hellwig annimmt, unter den Begriff der Aufhebung oder des Widerrufs. Von einem „Widerrufe" spricht das BGB. bei den vertragsmäßigen Verfügungen überhaupt nicht, vielmehr nur von Aufhebung oder Rücktritt. Als „Rücktritt" wird die einseitige Aufhebung des Erbvertrags bezeichnet, zu welcher der Erblasser nach §§ 2293—2295 ausnahmsweise befugt ist, jedoch nur dann, wenn sie bei Lebzeiten des anderen Teiles gemäß § 2296 durch rechtsförmliche Erklärung gegenüber diesem erfolgt. Dagegen wird der Ausdruck „Aufhebung" gebraucht, wenn es sich um die Beseitigung des Erbvertrags oder einer vertragsmäßigen Verfügung im Wege beiderseitigen Einverständnisses handelt (§§ 2290—2292), aber auch dann, wenn der Erblasser nach dem Tode des anderen Vertragschließenden ein ihm zustehendes Rücktrittsrecht gemäß § 2297 im Wege einer letztwilligen Verfügung ausübt, obwohl zwischen diesem Falle und dem des § 2296 sachlich kein Unterschied besteht (s. Erl. 1 zu den §§ 2293—2298). Vgl. wegen der Terminologie des BGB. und der Wissenschaft auch Schiffner S. 18, 20f., 32f., 38, 43, 49, 168.

6. **Anordnung des Stoffes:** Die §§ 2274—2277 regeln die Schließung, die §§ 2278 bis 2280 den Inhalt des Erbvertrags. Die §§ 2281—2285 beziehen sich auf die Anfechtung durch den Erblasser und durch andere dazu Berechtigte. In den §§ 2286—2289 ist die Einwirkung des Erbvertrags auf das Verfügungsrecht des Erblassers geregelt. Die §§ 2290—2297 handeln von der Aufhebung des Erbvertrags, und zwar zunächst von der Aufhebung im Wege beiderseitigen Einverständnisses (durch Vertrag § 2290, durch Testament mit Zustimmung des anderen Teiles § 2291 oder durch gem. Testament § 2292) und alsdann von dem Rücktritte des Erblassers (Rücktrittsgründe §§ 2293—2295, Form §§ 2296, 2297). Der § 2298 bestimmt die gegenseitige Abhängigkeit der in einem zweiseitigen Erbvertrage getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen. Der § 2299 handelt von den einseitigen Verfügungen, die in einem Erbvertrage getroffen werden können, § 2300 von der Eröffnung des Erbvertrags. Am Schlusse des Abschnitts ist eine Vorschrift über die Schenkung von Todes wegen angefügt (§ 2301) und die Nichtigkeit obligatorischer Verträge über die Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen ausgesprochen (§ 2302).

§. 2274. Der Erblasser kann einen Erbvertrag nur persönlich schließen.

§. 2275. Einen Erbvertrag kann als Erblasser nur schließen, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist.

Ein Ehegatte kann als Erblasser mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließen, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Er bedarf in diesem Falle der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so ist auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

Die Vorschriften des Abs. 2 gelten auch für Verlobte.

---

§ 2274.

E. I § 1941; II § 2141 rev. § 2248; III § 2247. P. I S. 9967 ff., 11461 f.; M. V S. 314. P. II Bd. 5 S. 374 ff.

1. **Die Vorschrift, daß der Erblasser einen Erbvertrag nur persönlich schließen kann,** daß mithin auf seiner Seite jede Vertretung im Willen und in der Willenserklärung ausgeschlossen ist, entspricht dem für die Testamentserrichtung geltenden Grundsatze des § 2064 (s. dort Erl. 1) und dem bisherigen Rechte. Außer für die Schließung gilt das Erfordernis des persönlichen Handelns auch für die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrags durch den Erblasser (§ 2284 Satz 1), für den Abschluß eines Aufhebungsvertrags (§ 2290 Abs. 2 Satz 1), für den Rücktritt vom Erbvertrag (§ 2296 Abs. 1 Satz 1), und mit einer Einschränkung hinsichtlich des Falles der Geschäftsunfähigkeit für die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser (§ 2282). Das Recht, vertragsmäßig über seinen Nachlaß von Todes wegen zu verfügen, ist weder auf bestimmte Personen beschränkt noch sind dafür, abgesehen von der Geschäftsfähigkeit, besondere persönliche Eigenschaften, insbesondere ein höheres Lebensalter erforderlich (Vorbm. 1, Erl. 1 zu § 2275).

2. **Der andere Vertragschließende** kann, sofern er nicht bei einem zweiseitigen Erbvertrag auch seinerseits Erblasser ist, bei der Schließung des Erbvertrags durch einen Bevollmächtigten oder durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten werden, ohne Unterschied, ob er in dem Erbvertrage bedacht wird oder nicht (vgl. Erl. 3 zu § 2275). Übrigens kann der annehmende Teil auch eine juristische Person sein, so daß eine Vertretung notwendig stattfinden muß (Märker S. 199; Jastrow II S. 309).

3. Denkbar ist, **daß dem Erblasser mehrere Personen als annehmende Vertragschließende gegenüberstehen,** z. B. dann, wenn der Erblasser seine Geschwister als Erben einsetzt und den Vertrag mit ihnen allen abschließt. Sachlich liegen in einem solchen Falle mehrere Erbverträge vor, die nur äußerlich in einem Rechtsakte zusammengefaßt sind (vgl. Schiffner S. 43, 62). Das gleiche gilt, wenn in demselben Akte mehrere Erblasser nicht untereinander (§ 2278 Abs. 1), sondern mit einem und demselben Dritten oder auch mit verschiedenen Dritten einen Erbvertrag schließen. Eine solche Verbindung mehrerer Erbverträge ist, da für den Erbvertrag ein dem § 2265 entsprechendes positives Verbot nicht besteht und wohl auch nicht vermittelst des § 2279 Abs. 1 aus § 2265 abgeleitet werden kann, als zulässig anzusehen (RG. Bd. 67 S. 65), aus Zweckmäßigkeitsgründen aber besser zu vermeiden.

§ 2275.

E. I § 1942; II § 2142 rev. § 2249; III § 2248. P. I S. 9967 ff., 11371, 11461 f., 12254; M. V S. 314 f. P. II Bd. 5 S. 374 ff. D. S. 738.

1. **Erfordernis der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit auf seiten des Erblassers.** Für denjenigen Vertragsteil, welcher bei dem Erbvertrag als Erblasser auftritt, wird im Abs. 1, wesentlich übereinstimmend mit dem bisherigen Rechte, wegen der seinerseits zu übernehmenden Bindung unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erfordert. Fehlt es hieran, so ist der Erbvertrag nichtig; es kann dem Mangel weder durch die vorherige oder spätere Zustimmung des gesetzlichen Vertreters noch durch die Genehmigung des Erblassers selbst nach erlangter unbeschränkter Geschäftsfähigkeit abgeholfen werden (M. V S. 346; Strohal I § 44 II). Wegen der Möglichkeit der Aufrechterhaltung als Testament s. Vorbm. 4c. Mehr als die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit wird jedoch auch auf seiten des Vertragserblassers nicht erfordert; Anträge, welche die Fähigkeit, sich als Erblasser vertragsmäßig zu binden, an ein bestimmtes höheres Lebensalter, nämlich an

die Erreichung des dreißigsten bzw. fünfzigsten Lebensjahrs (vgl. § 1744) anknüpfen wollten, sind von der zweiten Kommission abgelehnt worden (P. II Bd. 5 S. 375 f.).

2. Von dem Grundsatze des Abs. 1 wird in Abs. 2, 3 für Ehegatten und Verlobte eine Ausnahme gemacht. Diese können, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, mit dem anderen Ehegatten bzw. Verlobten einen Erbvertrag schließen, dessen Gültigkeit dadurch bedingt ist, daß der gesetzliche Vertreter zustimmt und im Falle einer Bevormundung auch das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung erteilt. Die Ausnahmevorschrift ist von der zweiten Kommission mit Rücksicht auf die häufigen Fälle aufgenommen worden, in denen ein Erbvertrag mit einem Ehevertrage verbunden wird (vgl. Zstlg. V S. 57). Sie ist jedoch nicht auf den Fall beschränkt, daß eine solche Verbindung tatsächlich vorliegt; auch hat sie nicht zur Voraussetzung, daß in dem Erbvertrage der andere Ehegatte bzw. Verlobte bedacht wird. Betreffs der Voraussetzungen, unter denen ein Verlöbnis anzunehmen ist, gilt hier nichts Besonderes (s. Vorbm. 1 vor § 1297; Jastrow I S. 192 Anm. 8; Endemann III § 59 Anm. 5).

Im einzelnen ist mit Bezug auf Abs. 2, 3 noch zu bemerken:

a) Die Fälle, für welche die Ausnahmevorschrift gilt, bestimmen sich nach den allgemeinen Vorschriften über die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 114). Für den Fall der Minderjährigkeit ist eine untere Altersgrenze nicht aufgestellt, was bei Verlobten und bei einer von dem Erfordernisse der Ehemündigkeit befreiten Ehefrau (§ 1303 Abs. 2) von Bedeutung ist; es entscheidet also wie bei Eheverträgen unter Verlobten schließlich nur die Vorschrift des § 104 Nr. 1. Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind, können unter den Voraussetzungen des § 2275 Abs. 2, 3 einen Erbvertrag als Erblasser wirksam schließen, obwohl sie zur Errichtung eines Testaments nach § 2229 Abs. 3 nicht befähigt sind. So der Beschluß der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 376) und die allgemeine Ansicht; Strohal I § 44 Anm. 10; a. A. Hellwig S. 642 Anm. 327 a und Meischeider im Recht 1900 S. 204. Der Hinweis dieser beiden Schriftsteller auf den § 2229 Abs. 3 reicht zur Begründung ihrer Ansicht nicht aus. Denn wenn diese Vorschrift auch erst vom Bundesrat aufgenommen worden ist und es denkbar erscheint, daß eine entsprechende Beschränkung des § 2275 Abs. 2 nur übersehen worden ist, so geht es doch über die Grenzen der Gesetzesauslegung hinaus, deswegen die fragliche Beschränkung in den § 2275 hineinzutragen. Abgesehen davon hat aber auch die verschiedene Behandlung des Testaments und des Erbvertrags einen guten Sinn. Denn wenn einerseits der Erbvertrag wegen seiner Unwiderruflichkeit als das bedenklichere Geschäft erscheint, so fällt doch andererseits ins Gewicht, daß er hier unter Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters und bei einem volljährigen Erblasser stets auch des Vormundschaftsgerichts geschlossen wird, während der Erblasser bei der Errichtung eines Testaments sich selbst überlassen ist.

b) Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte oder Verlobte muß den Erbvertrag nach § 2274 persönlich schließen. Der gesetzliche Vertreter, mithin der Inhaber der elterlichen Gewalt oder der Vormund, in Ausnahmefällen auch ein Pfleger (§ 1909) oder der einem solchen rechtlich gleichgestellte Beistand der Mutter (§ 1693), hat nur seine Zustimmung zu erklären. Für den Fall, daß mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden sind, gilt das in Erl. 1 zu § 1437 Bemerkte. Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf es nur, wenn der gesetzliche Vertreter ein Vormund (Pfleger, Beistand) ist, nicht dagegen neben der Zustimmung des Inhabers der elterlichen Gewalt.

Für die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gelten die allgemeinen Vorschriften, es finden insbesondere die §§ 108, 109, § 182 Abs. 1, 2, §§ 183, 184 und § 1828 Anwendung. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann mithin auch nach dem Abschlusse des Erbvertrags wirksam erklärt werden und ist an eine besondere Form nicht gebunden. Nach Erlangung bzw. Wiedererlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit kann der Erblasser selbst seine bis dahin unverbindliche Erklärung formlos wirksam genehmigen. Hieraus folgt, daß der Richter oder Notar seine Mitwirkung bei der Errichtung eines Erbvertrags unter Ehegatten oder Verlobten nicht deswegen ablehnen darf, weil einer der Vertragschließenden in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bzw. die Genehmigung des Vertragsinhalts durch das Vormundschaftsgericht noch nicht beschafft ist. Es besteht jedoch über diese Fragen lebhafter Streit. Auf dem hier vertretenen Standpunkte stehen Schiffner S. 47; Strohal I § 44 Anm. 11; Böhm S. 225; Märker S. 199; Jastrow I S. 492 Anm. 5, 7; Bendix im Recht 1900 S. 281. Dagegen halten Endemann III § 59 Anm. 9; Hellwig S. 601 Anm. 232; Frommhold Anm. 2; Meischeider S. 203; Süßheim in Gruch. Bd. 45 S. 63; Dernburg V § 97 II 3;

§. 2276. Ein Erbvertrag kann nur vor einem Richter oder vor einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile geschlossen werden. Die Vorschriften der §§. 2233 bis 2245 finden Anwendung; was nach diesen Vorschriften für den Erblasser gilt, gilt für jeden der Vertragschließenden.

Für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird, genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form.

Enneccerus II § 328 Anm. 2 die vorerwähnten Vorschriften nicht für anwendbar. Die sehr verschiedenen Gründe, auf die diese Ansicht gestützt wird, sind teils nicht zutreffend, teils wenigstens nicht durchgreifend, insbesondere ist die Ansicht von Hellwig, daß der Erbvertrag, wenn nicht sofort bei seiner Schließung den für Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, gegebenen Vorschriften nicht entsprochen ist, nichtig sei, mit den §§ 107 ff. nicht zu vereinigen, und die Ansicht von Endemann, daß die Vorschriften des § 111 über einseitige Willenserklärungen Anwendung finden müßten, ist mit dem Wesen des Erbvertrags unvereinbar (s. Vorbm. 2). Die unter Umständen allerdings nicht unbedenklichen praktischen Folgen der formlosen Genehmigung von seiten des unbeschränkt geschäftsfähig gewordenen Ehegatten genügen nicht, um das Gesetz zu korrigieren (vgl. übrigens auch Erl. 2 zu § 1437).

3. Der dem Erblasser gegenüberstehende andere Vertragschließende kann, da er durch den Erbvertrag lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, auch in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein und bedarf alsdann nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (§ 107; vgl. Schiffner S. 48). Selbst ein Geschäftsunfähiger kann durch seinen gesetzlichen Vertreter in dieser Eigenschaft einen Erbvertrag schließen. Es sind mithin insoweit die allgemeinen Grundsätze über Verträge maßgebend. Dies gilt auch dann, wenn nach der Fassung des Erbvertrags, insbesondere unter Ehegatten, die Verfügung als gemeinschaftliche beider Vertragsteile erscheint, materiell sich aber doch nur auf die Beerbung eines von ihnen bezieht (P. II, Bd. 5 S. 378; so auch Frommhold S. 246, obwohl er in Fällen der fraglichen Art beide Teile als Verfügende ansieht). Bei einem zweiseitigen Erbvertrage dagegen sind beide Teile Erblasser und unterliegen daher dem § 2275.

4. Wegen der Frage, inwieweit **bei anderen auf den Erbvertrag bezüglichen Rechtshandlungen** der Erblasser oder der andere Vertragschließende bei unbeschränkter Geschäftsfähigkeit oder bei beschränkter Geschäftsfähigkeit der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und eventuell der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, s. § 2282 Abs. 1, 2 (Anfechtung), § 2284 (Bestätigung), § 2290 Abs. 2, 3 (Aufhebungsvertrag), § 2296 Abs. 1 (Rücktritt).

§ 2276.

E. I §§ 1943, 1944; II § 2143 rev. § 2250; III § 2249. P. I E. 9947 ff.; M. V E. 315 ff. P. II Bd. 5 E. 379 ff. D. E. 738.

1. Form des Erbvertrags. Während im gem. Rechte in Ermangelung positiver Vorschriften der Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge von der herrschenden Ansicht auch auf den Erbvertrag angewendet wurde (vgl. Schiffner S. 114 Anm. 1—3), hat das BGB. nach dem Vorgange vieler Landesrechte für den Abschluß des Erbvertrags eine Form vorgeschrieben, die der Bedeutung des Rechtsgeschäfts und dem Verhältnisse des Erbvertrags zum Testamente Rechnung trägt. Der Erbvertrag wird nach § 2276 Abs. 1 **vor einem Richter oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile**, und zwar regelmäßig unter Beobachtung aller **Förmlichkeiten der Testamentserrichtung** geschlossen. Die beiden ersten Erfordernisse (vgl. Erl. 1 zu § 128) hat der Erbvertrag mit dem Ehevertrag (§ 1434) und mit dem Annahmevertrage (§ 1750 Abs. 2) gemeinsam. Gegenüber der Testamentsform ist die Form des Erbvertrags insofern strenger, als notwendig die Förmlichkeiten der öffentlichen ordentlichen Testamentserrichtung (§§ 2233—2245) beobachtet werden müssen, während die eigenhändige Form (§ 2231 Nr. 1) und die außerordentlichen Formen (§§ 2249—2252) ausscheiden. Der Richter, vor dem der Erbvertrag geschlossen wird, ist nach dem FGG. § 167 Abs. 1 der Amtsrichter. Wegen der den Landesgesetzen überlassenen Ausschließung der Gerichte oder der Notare von der sachlichen Zuständigkeit (EG. Art. 141) und wegen der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts oder Notars s. Erl. I 3, 4 zu § 2231. Neben den hiernach anwendbaren Vorschriften des BGB. sind gemäß EG. Art. 151 die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden als Ordnungsvorschriften zu befolgen (s. Erl. 2 zu § 2232).

2. Die Vorschriften über die Förmlichkeiten der Testamentserrichtung (§§ 2233—2245) finden nach Abs. 1 Satz 2 in der Weise Anwendung, **daß, was nach ihnen für den Erblasser gilt, für jeden der Vertragschließenden,** mithin auch für den nur annehmenden Teil bzw. den an seiner Stelle erscheinenden Vertreter Geltung hat. Immerhin ergeben sich aus der verschiedenen Stellung der beiden Vertragsteile auch hinsichtlich der Form Verschiedenheiten. Insbesondere kann die Erklärung der zu treffenden Verfügungen von Todes wegen nur von dem Erblasser ausgehen, während der andere Vertragschließende erklären muß, daß er die Erklärung des Erblassers annehme. So Strohal I § 44 III; Cosack II § 361 Anm. 2; Schiffner S. 48, 57, 59 f.; Jastrow I S. 194 Anm. 4b; a. A. Endemann III § 57 Anm. 18, § 61 Anm. II, welcher anzunehmen scheint, daß der andere Teil überhaupt nichts zu erklären, sondern nur als Empfänger der Willenserklärung des Erblassers (als „Formperson") mitzuwirken habe. Das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit gilt nur für die Vertragschließenden selbst, nicht auch für den gesetzlichen Vertreter des Erblassers, der nach § 2275 Abs. 2 seine Zustimmung erteilen muß (vgl. Erl. 2b zu § 2275; Wilke Anm. 1; Bendix im Recht 1900 S. 281; a. A. Meischeider ebendort S. 203).

3. Zu der im Abs. 1 Satz 2 vorgeschriebenen Anwendung der §§ 2233—2245 ist noch folgendes zu bemerken:

Wenn im § 2276 Abs. 1 Satz 2 bestimmt ist, daß die für den Erblasser geltenden Vorschriften der angezogenen Paragraphen für jeden der Vertragschließenden gelten, so darf daraus nicht der Satz abgeleitet werden, daß auch bei einem einseitigen Erbvertrage nur eine Form gewählt werden dürfe, die jeder der beiden Vertragschließenden als Testator würde benutzen können. Dieser Satz würde zu dem unmöglichen (von Jastrow I S. 195 allerdings anscheinend für richtig gehaltenen) Ergebnisse führen, daß, wenn der annehmende Teil stumm ist, auch der sprechende Erblasser sich nur der Übergabe einer Schrift bedienen könnte und die Erklärung, daß diese Schrift seine Verfügungen von Todes wegen enthalte, bei der Verhandlung niederschreiben müßte (§ 2243). Die Erstreckung der fraglichen Vorschriften auf den anderen Vertragschließenden ist vielmehr so zu verstehen, daß eine Vorschrift, die einen besonderen Umstand in der Person des Erblassers zur Voraussetzung hat, auf den anderen Vertragschließenden anzuwenden ist, wenn die fragliche Voraussetzung auch in dessen Person zutrifft, und daß, wenn die Voraussetzung nur in der Person des anderen Vertragschließenden besteht, grundsätzlich auch die fragliche Vorschrift auf dessen Erklärung beschränkt bleibt. In letzterer Beziehung muß jedoch nach dem Grunde und Zwecke der einzelnen Vorschrift geprüft werden, ob nicht das Bestehen der besonderen Voraussetzung in der Person des anderen Vertragschließenden dazu führt, auch die Erklärung des Erblassers, mithin den ganzen Errichtungsakt, der besonderen Form zu unterwerfen. Hiernach ist der Abschluß des Erbvertrags durch Übergabe einer Schrift (s. unten zu b) ausgeschlossen, wenn auch nur der annehmende Teil minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag (§ 2238 Abs. 2; a. A. Strohal I § 44 Anm. 16, 2). Dagegen hat Stummheit des Erblassers nur zur Folge, daß dieser an die Form des § 2243 gebunden ist, während der andere Vertragschließende seine Annahmeerklärung mündlich abzugeben hat, und andererseits kann, wenn der andere Vertragschließende stumm ist, der Erblasser seine Verfügungen mündlich erklären und es braucht nur der andere Teil bei der Verhandlung die Erklärung niederzuschreiben, daß er die von ihm vernommene Erklärung des Erblassers annehme. Ebenso muß ein Dolmetscher nach § 2244 zwar schon dann zugezogen werden, wenn auch nur einer der beiden Vertragschließenden erklärt, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, aber es wird, wie sich von selbst versteht, durch den Dolmetscher nur mit dem fremdsprachigen und nicht etwa auch mit dem deutsch redenden Teile verhandelt.

Im einzelnen ist hervorzuheben:

a) Handelt bei der Schließung des Erbvertrags für den nur annehmenden Teil ein Vertreter, so fragt sich, ob die im § 2234 bestimmten Ausschließungsgründe nach der Person des Vertreters oder des Vertretenen zu beurteilen sind. Materiell ist unzweifelhaft der Vertretene der Vertragschließende. Nach dem FGG. § 168 wird zwar derjenige, welcher die Erklärung abgibt, hier also der Vertreter als der Beteiligte angesehen. Diese Vorschrift ist indessen für den Erbvertrag ebensowenig maßgebend wie die zur Ergänzung desselben dienenden Vorschriften des § 170. Die für den Erbvertrag allein maßgebende Vorschrift, daß die für den Erblasser geltenden Vorschriften auch für den anderen Vertragschließenden gelten, gestattet sowohl ihrem Wortlaut als auch ihrem Zwecke nach die Anwendung jener Vorschriften nur auf den Vertretenen, nicht auf den Vertreter. Jedenfalls dürfte eine ausschließliche Anwendung auf den Vertreter un-

zulässig sein und man könnte höchstens nach Analogie des FGG. § 170 dahin gelangen, die fraglichen Vorschriften sowohl auf den Vertretenen als auf den Vertreter anzuwenden. Mit dem Wortlaute der hier fraglichen Vorschrift und deren Natur als einer Formvorschrift dürfte eine solche Ausdehnung aber schwerlich vereinbar sein (a. A. Strohal I § 44 Anm. 17; wie hier Dernburg V § 97 III Anm. 6; vgl. über diese Jastrow I S. 194 Anm. 4a; Märker S. 200 f.).

b) Nach § 2276 in Verbindung mit § 2238 kann auch die Schließung eines Erbvertrags entweder durch mündliche Erklärung des letzten Willens oder durch Übergabe einer Schrift erfolgen. Die letztere Möglichkeit, die nach dem E. I ausgeschlossen sein sollte, von der zweiten Kommission jedoch im Anschluß an das preußische und sächsische Recht hergestellt worden ist, führt zu manchen Schwierigkeiten. Jedenfalls braucht die Schrift nur die Verfügungen des Erblassers zu enthalten, die Annahme bzw. die Einigung braucht aus ihr nicht hervorzugehen. Diese ist vielmehr in der die Übergabe der Schrift begleitenden mündlichen Erklärung zum Ausdrucke zu bringen, die nach Lage des Falles verschieden lauten wird, stets aber ergeben muß, wer der Erblasser ist und daß es sich um eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen handelt. Sind beide Teile Erblasser, so können ihre Verfügungen in einer gemeinschaftlichen Schrift oder in zwei getrennten Schriften übergeben werden. Zweifelhaft ist, ob beide Erblasser sich stets nur einer und derselben Form bedienen können oder ob auch eine gemischte Form in der Art, daß der eine Teil seinen letzten Willen mündlich erklärt, der andere Teil aber seine Verfügungen schriftlich übergibt, zulässig ist. Gegen den Ausschluß einer solchen gemischten Form dürften entscheidende Gründe nicht sprechen (Strohal I § 44 Anm. 18; Dernburg V § 97 III Anm. 7; Schiffner S. 116 f.; a. A. Endemann § 59 Anm. 12; Märker S. 201; Frommhold Anm. 1; Jastrow I S. 193 Anm. 3 und die bisherige Auflage). Handelt bei einem einseitigen Erbvertrage für den nur annehmenden Teil ein Vertreter, so sind die Voraussetzungen, unter denen besondere Beschränkungen oder Erschwerungen der Form eintreten (§ 2238 Abs. 2, § 2243, §§ 2244, 2245), aus der Person des Vertreters, nicht des Vertretenen, zu entnehmen (Jastrow I S. 195 Anm. 4d; Märker S. 201; Strohal I § 44 Anm. 17, 2).

c) Das von dem Richter oder Notar aufgenommene Protokoll ist nach § 2276 in Verbindung mit § 2242 von beiden Vertragschließenden zu unterschreiben. So auch Märker S. 200; Schiffner S. 117; die von Böhm S. 226 Anm. 3 im Anschluß an die Theorie und Praxis des preußischen Rechtes (vgl. Dernburg preuß. PrivR. III § 176 Anm. 14) aufgestellte Ansicht, daß die Unterschrift des nur annehmenden Vertragschließenden entbehrlich sei, ist gegenüber der ausdrücklichen Vorschrift des § 2276 Abs. 1 Satz 2 nicht haltbar.

d) Das Verfahren nach § 2245, also die Aufnahme des Protokolls in einer fremden Sprache, ist nur dann statthaft, wenn beide Vertragschließende erklären, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein. Kann einer von ihnen auch deutsch sprechen, so muß ein Dolmetscher zugezogen und hinsichtlich des nicht deutsch sprechenden Teiles nach § 2244 verfahren werden (Böhm S. 226; Jastrow I S. 185 Anm. 4, a. A. anscheinend Schiffner S. 117). Der § 2245 ist auch dann nicht anwendbar, wenn der Erbvertrag mit einem anderen Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird, weil das Verfahren nach § 2245 bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nicht zugelassen ist (FGG. § 179).

4. Besondere Vorschriften für Erbverträge, die mit einem Ehevertrage verbunden werden. Im Abs. 2 ist mit Rücksicht auf die in einzelnen Gegenden verbreitete Gewohnheit, bei dem Abschlusse von Eheverträgen auch Bestimmungen über die dereinstige Beerbung der Vertragschließenden aufzunehmen (Bflg. V S. 58, vgl. auch preuß. AGO. II 1 § 10 Nr. 5) eine erleichterte Form für Erbverträge zwischen Ehegatten oder Verlobten vorgesehen, die mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden werden. Für einen solchen Erbvertrag genügt die Form des Ehevertrags (§§ 1432, 1434), d. h. Abschluß vor Gericht oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile. Es fällt mithin, abgesehen von den Ausnahmefällen des FGG. § 169, die Mitwirkung des Gerichtsschreibers, des zweiten Notars oder der Zeugen (§ 2233) weg und es treten die sonstigen Erleichterungen ein, die sich aus dem FGG. §§ 170 ff. gegenüber dem BGB. §§ 2234 ff. ergeben. Inwiefern hier auch die Vorschriften des BGB. §§ 2238 ff. zur Anwendung kommen sollen (Schiffner S. 119; Frommhold Anm. 2), ist nicht ersichtlich; vgl. indessen Strohal I § 44 Anm. 21, 22, der in betreff der Frage, ob nach Maßgabe des § 2238 die Erklärung auch durch Überreichung eines Schriftsatzes abgegeben werden kann, unterscheiden will, ob im allgemeinen die Form des Erbvertrags oder die des Ehevertrags angewendet ist und für den ersteren Fall den § 2238 für anwendbar erklärt, im letzteren Falle dagegen nach FGG. § 176 nur die Überreichung eines offenen Schriftsatzes für zulässig hält). Dagegen ist eine Stell-

§. 2277. Die über einen Erbvertrag aufgenommene Urkunde soll nach Maßgabe des §. 2246 verschlossen, mit einer Aufschrift versehen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden, sofern nicht die Parteien das Gegentheil verlangen. Das Gegentheil gilt im Zweifel als verlangt, wenn der Erbvertrag mit einem anderen Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird.

Ueber einen in besondere amtliche Verwahrung genommenen Erbvertrag soll jedem der Vertragschließenden ein Hinterlegungsschein ertheilt werden.

---

vertretung des Erblassers auch in den hier in Rede stehenden Fällen ausgeschlossen, denn der § 2274 ist keine Formvorschrift. So auch Cosack II § 361 Anm. 18; Märker S. 202; Jastrow I S. 195 Anm. 8b; a. A. Endemann III § 59 Anm. 16; Frommhold Anm. 2; inkonsequent Böhm S. 227 Anm. 1, der den § 2274 in den Fällen des § 2276 Abs. 2 für unanwendbar hält, wenn aber der Erbvertrag einseitige Verfügungen enthält (§ 2299), den § 2064 angewendet wissen will. Muster für Verträge der hier in Rede stehenden Art s. bei Jastrow II Nr. 122, 169, 170. Ein nach § 2276 Abs. 2 geschlossener Erbvertrag hat materiell dieselbe Kraft, wie wenn er in der ordentlichen Form des Abs. 1 geschlossen wäre, insbesondere kann er auch einseitige Verfügungen von Todes wegen enthalten (Erl. 2 zu § 2299). Die Wirksamkeit eines nach § 2276 Abs. 2 abgeschlossenen Erbvertrags unter Verlobten ist, soweit die Form in Betracht kommt, nicht durch das Zustandekommen der Ehe bedingt, s. jedoch die materielle Vorschrift des § 2279 Abs. 2, § 2077 Abs. 2, 3.

5. In der im § 2276 vorgeschriebenen Form erfolgt nach § 2290 Abs. 4 auch die **vertragsmäßige Aufhebung eines Erbvertrags** oder einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung.

§ 2277.

E. I § 1945 Satz 1, 2; II § 2144 rev. § 2251; III § 2250. P. I S. 9948, 9960 ff.; M. V S. 319. P. II Bd. 5 S. 381 f.

1. Der § 2277 regelt die **Verschließung und amtliche Verwahrung des Erbvertrags** im Anschluß an die entsprechenden Vorschriften für das Testament, jedoch mit dem wichtigen Unterschiede, daß die Verschließung und besondere Verwahrung nicht unbedingt vorgeschrieben ist, sondern mit dem Willen der Parteien unterbleibt. Aus der Bezugnahme auf den § 2246 ergibt sich, daß die Vertragsurkunde mit allen Anlagen, insbesondere mit der etwa übergebenen Schrift, von dem Richter oder Notar in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen und der Parteien mit dem Amtssiegel zu verschließen ist. Die von dem Richter oder Notar zu unterschreibende Aufschrift, die nach § 2246 die Verfügung „näher bezeichnen" soll, wird insbesondere angeben müssen, wer bei dem Erbvertrag Erblasser ist, ob beide Teile oder welcher von ihnen, damit für die spätere Eröffnung ein Anhalt vorhanden ist. Für die Ausführung der besonderen amtlichen Verwahrung der Erbverträge gilt dasselbe wie für die der Testamente (Erl. 6 zu § 2246), jedoch ist nach Abs. 2 ein Hinterlegungsschein (Erl. 7 zu § 2246) jedem der Vertragschließenden, mithin bei einem einseitigen Erbvertrag auch dem nur annehmenden Teile zu erteilen. Übrigens enthält der § 2277 gleich dem § 2246 nur Ordnungsvorschriften.

2. **Die Verschließung und die besondere amtliche Verwahrung des Erbvertrags unterbleibt, wenn die Parteien dies übereinstimmend verlangen.** Den Parteien ist jedoch nur gestattet, das nach dem Gesetz eintretende Verfahren gänzlich auszuschließen; sie können nicht verlangen, daß die Vertragsurkunde zwar verschlossen, aber nicht in die besondere Verwahrung gebracht werde, noch umgekehrt, daß sie unverschlossen in diese Verwahrung gelange. Die Fassung des E. I ließ zwar diese Auffassung zu, in der absichtlich geänderten Fassung des Gesetzes findet sie jedoch keinen Anhalt und nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen ist sie zu verwerfen. So auch Jastrow I S. 197 Anm. 2b; a. A. Frommhold Anm. 1. Die Protokollierung des von den Parteien gestellten Verlangens ist nicht vorgeschrieben, aber zweckmäßig. Haben die Parteien die Verschließung und besondere Verwahrung des Erbvertrags ausgeschlossen, so können sie dieselbe nicht nachträglich verlangen. Denn die Verschließung und Verwahrung nach § 2246 (s. dort Erl. 5) findet nur im unmittelbaren Anschluß an die Beurkundung statt, aus der Vorschrift über die amtliche Verwahrung des eigenhändigen Testaments (§ 2248) aber kann kein Schluß auf den Erbvertrag gezogen werden.

3. Nach Abs. 1 Satz 2 ist **im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien die Verschließung und besondere Verwahrung der Vertragsurkunde nicht wollen, wenn der Erbvertrag mit einem**

§. 2278. In einem Erbvertrage kann jeder der Vertragschließenden vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen treffen.

Andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen können vertragsmäßig nicht getroffen werden.

---

anderen Vertrag in derselben Urkunde verbunden wird. In Fällen dieser Art überwiegt das Interesse, das die Parteien an der alsbaldigen Benutzung der Urkunde haben, in der Regel die Sicherung und Geheimhaltung der vertragsmäßigen Verfügung von Todes wegen. Es genügt eine rein äußerliche Verbindung der beiden Verträge, wenngleich wohl stets auch ein innerer Zusammenhang bestehen wird (vgl. Schiffner S. 61f.). Der wichtigste Fall ist derjenige der Verbindung des Erbvertrags mit einem Ehevertrage (§§ 1432, 1434). Zweifelhaft ist, ob, wenn der Erbvertrag nicht in der im § 2276 Abs. 1 vorgeschriebenen Form, sondern in der nach § 2276 Abs. 2 für Eheverträge zulässigen Form abgeschlossen ist, eine besondere amtliche Verwahrung überhaupt zulässig, sondern, wie bei anderen Eheverträgen, vollständig ausgeschlossen ist. Mit dem Wortlaute des § 2277 läßt sich eine solche Unterscheidung indessen schwerlich rechtfertigen und durch entscheidende innere Gründe wird sie nicht geboten (Strohal I § 44 V Anm. 29; Herzfelder Erl. 2 zu § 2277; a. A. die frühere Auflage). Die Vorschrift gilt aber nicht allein für Eheverträge, sie gilt auch für andere Verträge, z. B. für einen Annahmevertrag (§§ 1741 ff.) oder für einen Erbverpfründungsvertrag (Erl. 1 zu § 2295). Nach dem Wortlaute des Gesetzes werden auch solche Verträge betroffen, die erst nach dem Tode eines der Vertragschließenden eine Wirkung äußern, obwohl der Grund der Vorschrift hier wegfällt, insbesondere Erbverzichtsverträge (§§ 2346 ff.) und selbst Verträge, durch die nur ein älterer Erbvertrag aufgehoben wird (§ 2290; vgl. KG. Bd. 20 S. A 153). Der Richter oder Notar wird aber in den letztgedachten Fällen gut tun, wenn er die Parteien befragt, ob sie nicht die Verschließung und besondere Verwahrung der Vertragsurkunde wünschen.

4. **Wird der Erbvertrag** gemäß dem ausdrücklich gestellten oder gesetzlich vermuteten Verlangen der Parteien **nicht verschlossen und in besondere Verwahrung gebracht, so bleibt doch die Urschrift in der gewöhnlichen amtlichen Verwahrung des Gerichts oder Notars.** Dies ist zwar nicht reichsgesetzlich vorgeschrieben, dürfte aber für gerichtliche und notarielle Urkunden überhaupt entsprechend dem bisherigen auf Gesetz oder Gewohnheit beruhenden Rechtszustande wohl überall landesgesetzlich bestimmt sein; vgl. M. V S. 319; preuß. FGG. Art. 42; Märker S. 203; Schiffner S. 118f.; Jastrow I S. 197 Anm. 2d; a. A. Frommhold Anm. 1, der den Parteien ein Recht auf Aushändigung der Vertragsurkunde gibt. Die Parteien erhalten auf Antrag Ausfertigungen wie bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden (FGG. § 182, vgl. preuß. FGG. Art. 43, 45—49, 51, 63, 64). Ist eine verschlossene Schrift übergeben worden, so kann, da diese nicht eröffnet werden darf, ihr Inhalt natürlich in die Ausfertigung nicht aufgenommen werden und es wird daher die Erteilung einer Ausfertigung in der Regel überhaupt nicht stattfinden.

5. **Die Rückgabe des Erbvertrags aus der besonderen amtlichen Verwahrung** darf nur an beide Vertragschließende gemeinschaftlich erfolgen (M. V S. 319). Sie hat nicht wie bei dem Testamente (§ 2256) die Wirkung einer Aufhebung der Verfügung von Todes wegen. Denn, da es von dem Willen der Parteien abhängt, ob der Erbvertrag überhaupt in die besondere Verwahrung gebracht wird, kann ihm die nach ihrem Willen eintretende Aufhebung der Verwahrung nicht die Wirksamkeit entziehen (M. V S. 341, P. II Bd. 5 S. 409). Es findet übrigens auch eine Aushändigung an die Parteien nicht statt, vielmehr hat die Rückgabe nur die Bedeutung, daß der Verschluß geöffnet wird und die Vertragsurkunde aus der besonderen amtlichen Verwahrung in die gewöhnliche amtliche Verwahrung des Gerichts oder des Notars gelangt, vor dem der Erbvertrag geschlossen ist (vgl. Rspr. Bd. 8 S. 285). In Wahrheit handelt es sich also nur um eine Aufhebung des Verschlusses und der besonderen Verwahrung. (Vgl. Jastrow I S. 198f.; II S. 319f.; Märker S. 203, 211; Weißäcker-Lorenz S. 103: abweichend Frommhold Anm. 4 zu § 2290, der die Herausgabe des Erbvertrags an die Parteien für zulässig hält.)

§ 2278.

E. I § 1940 Abs. 3, § 1956 Abs. 4; II § 2145 rev. § 2252; III § 2251. P. I S. 9921f., 10007ff., 10017ff., 11371, 11429; M. V S. 313, 333ff. P. II Bd. 5 S. 366, 373f., 400ff. D. S. 738.

1. Wie schon in der Vorbm. 3 hervorgehoben, ist **der Erbvertrag entweder ein einseitiger oder ein zweiseitiger,** je nachdem in ihm nur von dem einen Teile oder von beiden Teilen

vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen getroffen werden. Bei dem zweiseitigen Erbvertrage, der nicht notwendig ein gegenseitiger zu sein braucht, liegen im Grunde zwei einseitige Erbverträge vor, die mittels eines gemeinschaftlichen Rechtsakts geschlossen werden (vgl. Schiffner S. 33, 37; Endemann III § 58 Nr. 1a). Ein innerer Zusammenhang braucht zwischen den beiderseitigen Verfügungen nicht zu bestehen. Da er jedoch tatsächlich die Regel bildet, stehen nach § 2298 die beiderseitigen Verfügungen im Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist. Schon im § 1941 Abs. 1 ist ausgesprochen, daß durch einen Erbvertrag Erbeinsetzungen erfolgen sowie Vermächtnisse und Auflagen angeordnet werden können. Der § 2278 Abs. 2 ergänzt diese Vorschrift dahin, daß andere als die genannten Verfügungen vertragsmäßig nicht getroffen werden können. Da jedoch nach § 2299 Abs. 1 jeder Vertragschließende in dem Erbvertrag einseitig jede Verfügung treffen kann, die in einem Testamente zulässig ist, ergibt sich die Möglichkeit, daß Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen in einem Erbvertrag als vertragsmäßige und als einseitige nebeneinander stehen. Eine Auslegungsregel darüber, ob eine Verfügung dieser Art als vertragsmäßige (bindende) oder als einseitige (letztwillige) anzusehen ist, hat das BGB. nicht aufgestellt. Der E. I enthielt eine Vorschrift des Inhalts, daß bei den in einem Erbvertrag enthaltenen Erbeinsetzungen und Vermächtnissen im Zweifel die Bindung des Erblassers als gewollt anzunehmen sei. Die zweite Kommission hat diese Vorschrift, allerdings unter sachlicher Billigung ihres Inhalts (s. P. II Bd. 5 S. 402, 458), gestrichen. Die Auslegung ist hiernach vollkommen frei. Gereicht die Verfügung zum Vorteile des anderen Vertragschließenden, so wird die Bindung des Erblassers in der Regel zu bejahen sein, bewirkt sie dagegen eine Belastung desselben, so spricht dies für die Verneinung. Bei Zuwendungen an einen Dritten ist das Interesse, das der andere Vertragsteil an der Verfügung hat, als Auslegungsmoment zu verwerten. Vgl. Schiffner S. 75; Hellwig S. 616; Endemann III § 57 Anm. 23, § 60 Anm. 10.

2. Nach dem möglichen vertragsmäßigen Inhalte des Erbvertrags sind **Erbeinsetzungsverträge, Vermächtnisverträge und Auflageverträge zu unterscheiden.** Jede dieser vertragsmäßigen Verfügungen kann für sich allein oder in Verbindung mit Verfügungen der anderen Art den vertragsmäßigen Inhalt des Erbvertrags bilden. Es ist also neben den schon dem bisherigen Rechte bekannten sog. selbständigen Vermächtnisvertrag der selbständige Auflagevertrag getreten, der freilich von keiner erheblichen praktischen Bedeutung sein dürfte.

a) Die vertragsmäßige Erbeinsetzung kann auf einen Teil der Erbschaft beschränkt sein, so daß daneben in Ansehung des Restes die gesetzliche oder die testamentarische Erbfolge Platz greift (vgl. Schiffner S. 52). Der Vertragserbe kann auch als bloßer Ersatzerbe oder als Nacherbe berufen sein. Ist der andere Vertragschließende als Erbe eingesetzt und steht ihm zugleich ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Erblasser zu, so fragt sich, ob in dem Abschlusse des Erbvertrags ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht und auf das etwaige Pflichtteilsrecht zu erblicken ist. Die zweite Kommission hat eine Vorschrift des E. I (§ 1950), nach der die Frage im Zweifel zu verneinen sein sollte, gestrichen (P. II Bd. 5 S. 387 f.). Es entscheidet mithin die freie Auslegung des Vertrags, da die gegenteilige Annahme, daß in dem Abschlusse des Erbvertrags notwendig ein Zufriedengeben mit der vertragsmäßigen Zuwendung enthalten sei, nicht für zutreffend erachtet werden kann (Schiffner S. 147; Eccius preuß. PrivR. IV § 247 Anm. 35). Ist in dem vorausgesetzten Falle der Vertragserbe auf einen Teil der Erbschaft eingesetzt und tritt hinsichtlich des Restes nach § 2088 die gesetzliche Erbfolge ein, so wird allerdings die Absicht der Vertragschließenden oft dahin gehen, daß der Vertragserbe an der gesetzlichen Erbfolge nicht teilnehmen, also nicht nur als Vertragserbe, sondern überhaupt auf den vertragsmäßig bestimmten Erbteil beschränkt sein soll. Vgl. im übrigen die Erl. zu § 1948 und zu § 1951. Zulässig ist auch, daß der an Kindesstatt Angenommene den Annehmenden durch Erbvertrag als Erben einsetzt, was Schiffner (S. 25, 103, 106) wegen der §§ 1759, 1767 bezweifelt oder doch auf den Fall beschränken will, daß der Erbvertrag nicht gleichzeitig mit dem Annahmevertrage geschlossen wird (s. dagegen Erl. 2 zu § 1759, Erl. 2 zu § 1767).

b) Der Vermächtnisvertrag begründet nach §§ 2174, 2279 wie das letztwillig angeordnete Vermächtnis nur eine Forderung auf Leistung des vermachten Gegenstandes, die in der Regel mit dem Erbfall, unter Umständen auch erst in einem späteren Zeitpunkte dem Bedachten anfällt d. h. zur Entstehung kommt (§§ 2176—2179). Beschwerter kann nach §§ 2147, 2279 der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer sein, und zwar sowohl ein vertragsmäßig als auch ein letztwillig Bedachter. Wird in dem letzteren Falle dem Beschwerten die ihm gemachte Zuwendung entzogen, so bleibt doch das auf ihr lastende vertragsmäßige Vermächtnis nach § 2161 bestehen.

§. 2279. Auf vertragsmäßige Zuwendungen und Auflagen finden die für letztwillige Zuwendungen und Auflagen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

Bedachter kann wie bei dem Erbeinsetzungsvertrage der andere Vertragschließende oder ein Dritter sein. Auch ein vertragsmäßiges Vorausvermächtnis (§ 2150) ist möglich und wird namentlich bei Erbverträgen unter Eheleuten nicht selten vorkommen (vgl. Schiffner S. 50f.). Die Haftung des Beschwerten richtet sich auch bei dem vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisse nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. insbesondere §§ 1992, 2186ff. in Verbindung mit § 2279). Tritt jedoch infolge der Konkurrenz mehrerer Vermächtnisse eine Kürzung ein, so gehen vertragsmäßige Vermächtnisse den einseitig angeordneten vor (§ 2289 Abs. 1, s. dort Erl. 2b; vgl. Eccius preuß. PrivR. IV § 247 Anm. 61). Kein Vermächtnisvertrag liegt vor, wenn eine Leistung an einen Dritten vereinbart wird, die mit dem Tode des Versprechensempfängers fällig werden soll. Es handelt sich vielmehr hierbei um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch das eine lediglich befristete Verpflichtung des Versprechenden erzeugt wird (s. Vorbm. 2 a. E.; Hellwig S. 623ff.; Endemann III § 62 Nr. 2e).

c) Der Auflagevertrag ist erst von der zweiten Kommission aufgenommen worden, während der E. I eine Bindung des Erblassers bei Auflagen in Ermangelung eines Bedürfnisses nicht zulassen wollte (M. V S. 335f.; P. II Bd. 5 S. 405). Es mag zugegeben werden, daß dem Auflagevertrag, insbesondere dem sog. selbständigen, besondere praktische Bedeutung nicht zukommt; daß jedoch, wie Endemann III § 62 Anm. 22 annimmt, bei einer Auflage überhaupt niemand ein Interesse an der Unwiderruflichkeit habe, ist im Hinblick auf Zuwendungen an Dritte, die unter einer Auflage erfolgen, offenbar unzutreffend. Eine Klage auf Vollziehung steht auch bei der vertragsmäßigen Auflage nur den im § 2194 bezeichneten Personen, mithin nicht dem anderen Vertragschließenden als solchem, zu (Hellwig S. 596, Endemann a. a. O.). Teilungsordnungen können nicht als vertragsmäßige angeordnet werden, sofern sie nicht im einzelnen Falle als indirekte Bestimmung der Erbteile oder als Vorvermächtnisse oder als Auflagen aufzufassen sind (Strohal I § 44 I Anm. 1; Schiffner S. 58, 93; Wilke Anm. 2 zu § 2279; vgl. Erl. 1 zu § 2048; etwas anders die frühere Auflage).

3. **Alle übrigen als die im § 1941 Abs. 1 bzw. § 2278 Abs. 2 genannten Verfügungen von Todes wegen sind nur als letztwillige Verfügungen möglich,** wenngleich sie nach § 2299 auch in einem Erbvertrage getroffen werden können. Diese Beschränkung entspricht dem § 2270 Abs. 3, nach welchem bei dem gemeinschaftlichen Testamente die besonderen Vorschriften über korrespektive Verfügungen nur auf Erbeinsetzung, Vermächtnisse und Auflagen Anwendung finden. Demgemäß kann nur durch letztwillige Verfügung die Ernennung eines Testamentsvollstreckers erfolgen, die als Vertrauenssache bis zum Tode des Erblassers dem freien Widerruf unterliegen muß. Entsprechendes gilt für die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge und für die Entziehung des Pflichtteils. Insbesondere aber sind die vielfachen familienrechtlichen Anordnungen, die durch Verfügung von Todes wegen getroffen werden können (Erl. 2 zu § 1937), nur als letztwillige, nicht als vertragsmäßige Verfügungen zulässig, weil sie entweder rein persönlicher Natur sind oder zwar einen vermögensrechtlichen Charakter haben, die Bindung des Erblassers aber doch den Zwecken widerstreiten würde, zu denen ihm die fragliche Verfügungsmacht eingeräumt ist (M. V S. 334f.). Wegen der Zulässigkeit der Errichtung einer Stiftung durch vertragsmäßige Verfügung s. Bd. I Erl. 1 zu § 83. Haben die Parteien eine Verfügung, die als vertragsmäßige nicht möglich ist, als vertragsmäßige treffen wollen, so fragt sich, ob dieselbe gänzlich nichtig ist oder als letztwillige Verfügung Geltung hat. Nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers wird die Entscheidung gemäß § 140 in der Regel im letzteren Sinne zu treffen sein, ohne daß daraus mit Hellwig S. 603 ein Grund für die Hartmannsche Theorie des Erbvertrags abzuleiten wäre (vgl. Vorbm. 2, 4c; Schiffner S. 58, 65; Wilke Anm. 3; s. auch Erl. 2 zu § 2298; Rspr. Bd. 10 S. 313, Bd. 11 S. 256).

§ 2279.

E. I § 1946, § 1948 Abs. 2; II § 2146 rev. § 2253; III § 2252. P. I S. 9925ff., 9935; M. V S. 320f., 322. P. II Bd. 5 S. 373, 382ff.

1. **Die Übertragung der Vorschriften,** die nach dem dritten Abschnitte **für letztwillige Zuwendungen** (Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse) **und Auflagen** gelten, auf die entsprechenden

Die Vorschriften des §. 2077 gelten für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder Verlobten auch insoweit, als ein Dritter bedacht ist.

---

vertragsmäßigen Verfügungen rechtfertigt sich dadurch, daß letztwillige und vertragsmäßige Verfügungen unter den höheren Begriff der Verfügung von Todes wegen fallen und im wesentlichen demselben rechtlichen und wirtschaftlichen Zwecke dienen. Es handelt sich aber nur um eine entsprechende Anwendung, weshalb auch nicht mit Wilke (Anm. 1) in dem § 2279 ein Beweis dafür erblickt werden kann, daß der Erbvertrag seinem Wesen nach kein Vertrag, sondern eine letztwillige Verfügung sei. Neben den Vorschriften über letztwillige Verfügungen kommen die allgemeinen Vorschriften über Verträge nur insoweit in Betracht, als sie für Verträge jeder Art gelten, nicht soweit sie sich nur auf obligatorische Verträge beziehen (§§ 305 ff.). Allein auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. sind größtenteils nicht anwendbar, insbesondere soweit sie sich auf den bindenden Vertragsantrag beziehen (s. Vorbm. 2); es kommen nur die §§ 155, 157 in Frage (vgl. Endemann III § 57 Anm. 16).

2. Aus den Ergebnissen, zu denen der im § 2279 Abs. 1 aufgestellte Grundsatz führt, ist, teils wegen besonderer Wichtigkeit, teils wegen der Abweichung vom bisherigen Rechte **folgendes hervorzuheben:**

a) Für die Auslegung des Erbvertrags sind die Regeln der §§ 2066 ff. entsprechend anzuwenden. Daneben gilt jedoch auch § 157, insofern auch bei einem Erbvertrage Treu und Glauben entscheiden muß. Hinsichtlich der Behandlung der Bedingungen war für das bisherige Recht streitig, ob die Grundsätze der Verträge oder die der letztwilligen Verfügungen zur Anwendung zu bringen seien. Für das BGB. ist die Frage ohne Bedeutung, da nach diesem in der fraglichen Beziehung, insbesondere betreffs der unmöglichen und der unerlaubten Bedingungen Verschiedenheiten zwischen dem Vertrag und dem Testamente nicht bestehen (s. Vorbm. zu §§ 2074—2076; Schiffner S. 63 f.). Die in den §§ 2074—2076 aufgestellten Auslegungsregeln für bedingte Zuwendungen gelten nach § 2279 Abs. 1 auch bei dem Erbvertrage. Natürlich darf die einer vertragsmäßigen Verfügung beigefügte Bedingung nicht mit der bindenden Kraft des Erbvertrags im Widerspruche stehen (Böhm S. 226, 238). Die Anwachsung, deren Anwendung bei dem Erbvertrag im bisherigen Rechte gleichfalls bestritten und teilweise nur in beschränktem Umfang anerkannt war, tritt nach dem BGB. bei vertragsmäßigen Zuwendungen ebenso ein wie bei letztwilligen (§§ 2094, 2095, 2158, 2159). Voraussetzung ist in der Regel allerdings, daß die mehreren Erben oder Vermächtnisnehmer durch denselben Erbvertrag berufen sind; hat der Erblasser mehrere Erben durch verschiedene Erbverträge oder teils durch Erbvertrag, teils durch Testament eingesetzt, so tritt unter ihnen Anwachsung nur ein, wenn der Erblasser dies erkichtlich gewollt hat (M. V S. 320 f.; vgl. Schiffner S. 53; s. auch Strohal I § 45 Anm. 2, 4). Die Vorschriften über die Ersatzberufung (§§ 2096 ff., 2190), insbesondere auch über die stillschweigende Ersatzberufung bei der Bedenkung von Abkömmlingen (§ 2069), finden Anwendung. Da bei dem Erbvertrage besonderes Gewicht darauf gelegt wird, die Erbfolge bestimmter Personen sicherzustellen, wird von der Ersatzberufung häufig Gebrauch gemacht werden; es können auch ohne namentliche Bezeichnung die gesetzlichen Erben eines Bedachten substituiert werden (Schiffner S. 158 Anm. 8). Die Vorschriften der §§ 2089 ff., 2157 über die Erhöhung oder Minderung der Bruchteile von Erben oder Vermächtnisnehmern finden bei dem Erbvertrage nicht nur im Verhältnisse mehrerer vertragsmäßig Bedachten untereinander, sondern auch im Verhältnisse der vertragsmäßig und der nach § 2299 im Erbvertrag einseitig bedachten Erben und Vermächtnisnehmer Anwendung. Denn bei der Ermittelung des wirklichen Willens des Erblassers, der sich im Ausdrucke vergriffen hat, ist der Inhalt des Vertrags im ganzen in Betracht zu ziehen (M. V S. 321). Dagegen ist eine Minderung der vertragsmäßig bestimmten Bruchteile zugunsten solcher Personen, die durch Testament bedacht sind, ausgeschlossen (§ 2289 Abs. 1).

b) Hinsichtlich des Einflusses von Willensmängeln gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 116 ff., 142 ff., soweit sich nicht aus den §§ 2078 ff. in Verbindung mit § 2279 und aus den §§ 2281—2285 ein anderes ergibt. Demgemäß finden die Vorschriften der §§ 116, 118 über die Wirkung der Mentalreservation und des Scherzes ꝛc. bei dem Erbvertrage wie bei letztwilligen Verfügungen (s. Vorbm. 2a zu §§ 2078—2083) Anwendung. Zu § 116 gilt jedoch auch der Satz 2, da der Erbvertrag eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Aus dem gleichen Grunde gilt für den Erbvertrag auch die Vorschrift des § 117 über die Simulation, die

bei letztwilligen Verfügungen nicht anwendbar ist. Die Anfechtung des Erbvertrags wird für den Erblasser in den §§ 2281—2284 besonders geregelt, für die übrigen Anfechtungsberechtigten findet sie mit der sich aus § 2285 ergebenden Einschränkung nach Maßgabe der Vorschriften statt, die für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen gelten (§§ 2078 ff. in Verbindung mit § 2279). Danach ist ein Anspruch auf Ersatz des sog. negativen Interesses auch bei der Anfechtung eines Erbvertrags nicht gegeben (§ 122, § 2078 Abs. 3). Bezüglich aller Willensmängel ist bei dem Erbvertrage zu unterscheiden, ob sie sich auf die Verfügung von Todes wegen selbst oder nur auf deren Vertragsmäßigkeit, also auf die Bindung des Erblassers, beziehen (Hellwig S. 653, 668; Strohal I § 45 Anm. 2, 5). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die Simulation (§ 117) und die dem anderen Teile bekannte Mentalreservation (§ 116 Satz 2) für die Verfügung selbst überhaupt nicht in Betracht kämen, wie Hellwig auf Grund der Hartmannschen Theorie annimmt, vielmehr reicht die Wirkung eines Willensmangels stets soweit wie der Mangel selbst. Es hängt mithin von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob die Verfügung selbst oder nur die Bindung des Erblassers entkräftet wird.

c) Daß auch der Vertragserbe den Tod des Erblassers erleben muß (s. Erl. 3 zu § 1941), folgt schon aus der vermöge ihrer Stellung auch für den Erbvertrag geltenden Vorschrift des § 1923. Die für die Nacherbeinsetzung und für das Vermächtnis in dieser Beziehung geltenden Vorschriften des § 2108 Abs. 2 und des § 2160 sind nach § 2279 bei dem Erbvertrag entsprechend anwendbar. Die Annahme oder Ausschlagung einer vertragsmäßigen Zuwendung bestimmt sich nach den §§ 1942 ff., 2180. Das Ausschlagungsrecht steht dem Bedachten auch dann zu, wenn er der andere Vertragschließende ist, da in dem Abschlusse des Erbvertrags noch nicht die Annahme der Zuwendung im Sinne der §§ 1943, 2180 enthalten ist. Auch ein vertragsmäßiger Verzicht auf das Ausschlagungsrecht gegenüber dem Erblasser, den Böhm S. 231 (entsprechend dem preuß. ALR. I 12 § 643 und dem sächs. GB. § 2550) für zulässig hält, ist unwirksam (Schiffner S. 62 Anm. 21, S. 145 Anm. 7). Ist der Erbe durch Testament und durch Erbvertrag berufen, so kann er die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrund annehmen und aus dem anderen ausschlagen (§ 1948 Abs. 2).

3. Im Abs. 2 ist eine **besondere Vorschrift für Erbverträge zwischen Ehegatten oder Verlobten** gegeben. Aus der entsprechenden Anwendung des § 2077 folgt, daß eine vertragsmäßige Verfügung zugunsten des Ehegatten oder Verlobten des Erblassers vorbehaltlich eines abweichenden Willens des letzteren unwirksam ist, wenn die Ehe nichtig oder vor dem Tode des Erblassers aufgelöst ist oder wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes eine begründete Scheidungsklage wegen Verschuldens des anderen Teiles erhoben hatte bzw. wenn das Verlöbnis vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist. Diese Folge tritt bei dem Erbvertrag ein, gleichviel ob der Vertrag zwischen den Ehegatten bzw. Verlobten oder zwischen dem Erblasser und einem Dritten geschlossen ist. Im Abs. 2 werden die Vorschriften des § 2077 aber auch auf den Fall ausgedehnt, daß der Ehegatte bzw. Verlobte des Erblassers nur als anderer Vertragschließender mitwirkt und der Bedachte ein Dritter ist. Denn auch die Zuwendung an den Dritten steht meist in einem inneren Zusammenhange mit dem Verhältnisse der Vertragschließenden untereinander und erscheint daher nach dem Willen des Erblassers von dem Fortbestande dieses Verhältnisses bedingt. Der Gegenbeweis ist nach § 2077 Abs. 3 zulässig. Wie im Falle des § 2268 (s. dort Erl. 2c) wird man auch hier die Voraussetzung des § 2077 Abs. 1 Satz 2 dahin erweitern müssen, daß die Unwirksamkeit der Zuwendung an den Dritten auch dann eintritt, wenn die Austragung des Scheidungsprozesses nicht durch den Tod des Erblassers, sondern durch den Tod des anderen Ehegatten vereitelt worden ist (a. A. Strohal I § 45 Anm. 4; § 43 Anm. 23; Dernburg V § 91 Anm. 2). Dagegen darf man nicht soweit gehen, bei einem einseitigen Erbvertrage die Unwirksamkeit der Zuwendung (an den überlebenden Ehegatten oder an einen Dritten) auch dann anzunehmen, wenn der Erblasser selbst sich eines Scheidungsgrundes schuldig gemacht hat und die Scheidungsklage gegen ihn erhoben ist, weil der § 2077 Abs. 1 Satz 2 (abweichend vom Satz 1) nur den Fall im Auge hat, daß der Ehegatte des Erblassers der schuldige Teil ist. Tritt nach § 2279 Abs. 1 in Verbindung mit § 2077 oder nach § 2279 Abs. 2 die Unwirksamkeit einer dem Ehegatten des Erblassers oder einem Dritten gemachten vertragsmäßigen Zuwendung ein, so hat dies bei einem zweiseitigen Erbvertrage nach § 2298 Abs. 1, 3 in der Regel die Unwirksamkeit aller vertragsmäßigen Verfügungen beider Teile zur Folge. Immerhin sind die Wirkungen der §§ 2077, 2279 auch unter Berücksichtigung der letztgedachten Konsequenz nicht so weitgehend wie bei dem gem. Testamente die des § 2268 (vgl. Cosack II § 360 a. E.; Schiffner S. 191 f.).

§. 2280. Haben Ehegatten in einem Erbvertrage, durch den sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der beiderseitige Nachlaß an einen Dritten fallen soll, oder ein Vermächtnis angeordnet, das nach dem Tode des Ueberlebenden zu erfüllen ist, so finden die Vorschriften des §. 2269 entsprechende Anwendung.

§. 2281. Der Erbvertrag kann auf Grund der §§. 2078, 2079 auch von dem Erblasser angefochten werden; zur Anfechtung auf Grund des §. 2079 ist erforderlich, daß der Pflichttheilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist.

Soll nach dem Tode des anderen Vertragschließenden eine zu Gunsten eines Dritten getroffene Verfügung von dem Erblasser angefochten werden, so ist die Anfechtung dem Nachlaßgerichte gegenüber zu erklären. Das Nachlaßgericht soll die Erklärung dem Dritten mittheilen.

---

§ 2280.

E. II § 2147 rev. § 2254; III § 2253. M. II Bd. 5 S. 406 f.

Im § 2280 wird **für Erbverträge zwischen Ehegatten, in denen diese sich gegenseitig zu Erben einsetzen und zugleich über den Verbleib ihres Vermögens nach dem Tode des überlebenden Teiles Bestimmungen treffen, die gleiche Auslegungsregel aufgestellt, die nach § 2269 für gem. Testamente des entsprechenden Inhalts gilt.** Es ist danach im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte, der nach dem Tode des Überlebenden den beiderseitigen Nachlaß erhalten soll, für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten eingesetzt ist. Betreffs eines Vermächtnisses aber, das nach dem Tode des Überlebenden erfüllt werden soll, ist im Zweifel anzunehmen, daß es dem Bedachten erst mit dem Tode des Überlebenden anfällt. Wegen des Näheren kann auf die Erl. zu § 2269 verwiesen werden; vgl. auch M. V S. 337 ff. und Schiffner S. 86 ff.; Strohal I § 43 IV.

§ 2281.

E. I § 1948 Abs. 1; II § 2148 Abs. 1, 3 rev. § 2255; III § 2254. M. I S. 9925 ff., 9934 f., 11346; M. V S. 322 f. M. II Bd. 5 S. 385 f., 395 ff., 418.

1. Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser und den anderen Vertragschließenden. Von der Behandlung der Willensmängel bei dem Erbvertrag ist schon in der Erl. 2b zu § 2279 die Rede gewesen. Nach § 2279 gelten in dieser Beziehung bei dem Erbvertrage die Grundsätze über letztwillige Verfügungen, während im bisherigen Rechte teilweise die Grundsätze des Vertragsrechts angewendet wurden (vgl. Schiffner S. 149 Anm. 5; Hellwig S. 604, 651). Für die Anfechtung des Erbvertrags sind jedoch in den §§ 2281—2285 nach einzelnen Richtungen besondere Vorschriften gegeben, von denen sich die §§ 2281—2284 auf die Anfechtung durch den Erblasser beziehen, während § 2285 die Anfechtung durch die im § 2080 bezeichneten Personen betrifft, denen das Anfechtungsrecht gemäß § 2279 grundsätzlich wie bei einer letztwilligen Verfügung zusteht. Dem Erblasser ist hinsichtlich des Erbvertrags ein Anfechtungsrecht eingeräumt, weil ihm hier das Recht des Widerrufs nicht zusteht, das bei den letztwilligen Verfügungen ein Anfechtungsrecht für ihn entbehrlich macht. Der andere Vertragschließende kann nach dem Tode des Erblassers den Erbvertrag nach Maßgabe der §§ 2078 ff., 2279, 2285 anfechten, wenn er zu den im § 2080 bezeichneten Personen gehört. Dagegen ist er in seiner Eigenschaft als Vertragschließender vor und nach dem Tode des Erblassers zur Anfechtung nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften (§§ 119 ff., 142 ff.) befugt. So auch Schiffner S. 149 Anm. 3 und Frommhold Anm. 3a; Strohal I § 45 Anm. 6; a. A. Hellwig S. 638, 657, der dem anderen Vertragschließenden als solchem überhaupt kein Anfechtungsrecht bezüglich des Erbvertrags zugestehen will. Ist mit dem Erbvertrag ein anderer Vertrag, z. B. ein Verpfründungsvertrag, verbunden, so steht jedem Teile bezüglich dieses Vertrags ein besonderes Anfechtungsrecht nach den allgemeinen Vorschriften zu (Hellwig S. 655; vgl. Erl. 1 zu § 2295). Die Gläubiger des Erblassers, deren Rechte durch den Erbvertrag nicht berührt werden, haben natürlich kein Anfechtungsrecht (Schiffner S. 151 Anm. 12).

2. Anfechtungsgründe sind für den Erblasser nach §§ 2078, 2079, § 2281 Abs. 1 Irrtum in der Erklärung oder im Beweggrunde, widerrechtliche Drohung und Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten.

a) Beruht der Irrtum auf Betrug (s. Erl. 2, α, β zu § 2078), so besteht das Anfechtungsrecht auch dann, wenn der Betrug nicht von dem anderen Vertragschließenden, sondern ohne dessen Vorwissen von einem Dritten gegen den Erblasser verübt worden ist. Der § 123 Abs. 2 findet mithin bei dem Erbvertrage keine Anwendung (anderes E. I § 1948 Abs. 1).

b) Soweit sich die Anfechtung auf die Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten gründet, kommt es abweichend von § 2079 nur darauf an, daß der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist, d. h. daß er pflichtteilsberechtigt sein würde, wenn der Erblasser im Zeitpunkte der Anfechtung stürbe. Die Anfechtung bleibt daher auch dann wirksam, wenn der Pflichtteilsberechtigte demnächst noch vor dem Erbfalle wegfällt. Der Grund hierfür liegt darin, daß der Erblasser durch den Bestand des Vertrags schon bei seinen Lebzeiten beeinträchtigt wird und die Möglichkeit haben muß, eine andere, vor der Anfechtung seitens des Pflichtteilsberechtigten gesicherte Verfügung von Todes wegen wirksam zu treffen, daß eine Anfechtung mit bedingter Wirkung aber aus praktischen Gründen untunlich ist (M. V S. 323; vgl. Küntzel in Gruch. Bd. 41 S. 608f.; Hellwig S. 656f.; Strohal I § 45 Anm. 9, der zwar im Ergebnis übereinstimmt, die Vorschrift aber de lege condenda für bedenklich hält; ebenso Herzfelder Erl. 2 zu § 2281). Ob der Eintritt des Pflichtteilsberechtigten auf einer von dem Willen des Erblassers abhängenden Handlung, wie Eheschließung, Annahme an Kindesstatt, beruht, ist wie bei dem gem. Testament im Falle des § 2271 Abs. 2 unerheblich (Schiffner S. 150f.; vgl. Erl. VIII zu § 2271). Die Anfechtung auf Grund der §§ 2079, 2281 kann aber in dem Erbvertrage beschränkt oder ausgeschlossen werden (§ 2079 Satz 2; vgl. Jastrow II S. 315 Anm. 5).

Hat der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten durch letztwillige Verfügung gemäß § 2336 den Pflichtteil entzogen und demnächst vertragsmäßig über den Erbteil desselben verfügt, so gibt der Wegfall des Entziehungsgrundes gemäß § 2336 Abs. 4, § 2337 (Besserung oder Verzeihung) dem Erblasser hinsichtlich des Erbvertrags weder ein Anfechtungs- noch ein Rücktrittsrecht, vielmehr steht dem Berechtigten lediglich der Pflichtteilsanspruch zu. (P. II Bd. 5 S. 412f.; Herzfelder Erl. 2 zu § 2281; a. A. Strohal I § 45 Anm. 8, der wenigstens für den Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte sich gebessert hat, die Anfechtung der vertragsmäßigen Verfügung dann zulassen will, wenn der Erblasser bei der Verfügung von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß eine Besserung nicht eintreten werde).

3. Betreffs der Frage, wem gegenüber die Anfechtungserklärung des Erblassers abzugeben ist, muß die Zeit vor und nach dem Tode des anderen Vertragschließenden unterschieden werden.

a) Bei Lebzeiten des anderen Teiles erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber diesem gemäß § 143 Abs. 1, 2 (nicht nach Abs. 3, wie Endemann III § 61 Anm. 11 auf Grund der unzutreffenden Ansicht annimmt, daß es sich bei dem Erbvertrag um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handele). Dies gilt auch für Verfügungen des im § 2081 Abs. 1, 3 bezeichneten Inhalts, insbesondere für Erbeinsetzungen und Auflagen, obwohl man in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift aus § 2279 folgern könnte, daß die Anfechtung in diesen Fällen entsprechend dem § 2081 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen müßte. Denn der § 2081 gilt nur für die Anfechtung seitens dritter Personen und dürfte daher auch bei dem Erbvertrage nur auf diese zu beziehen sein, außerdem aber kann man bei Lebzeiten der Vertragschließenden nicht wohl von einem Nachlaßgerichte sprechen (Hellwig S. 660). Für die Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden gelten die §§ 130—132.

b) Nach dem Tode des anderen Vertragschließenden ist die Anfechtung gemäß Abs. 2 dem Nachlaßgerichte gegenüber zu erklären. Es handelt sich hierbei nur um Verfügungen zugunsten eines Dritten, da Verfügungen zugunsten des anderen Vertragschließenden mit dessen Tode gegenstandslos werden. Unter dem Nachlaßgericht ist dasjenige des verstorbenen Vertragsteils zu verstehen, nicht etwa die Behörde, welcher für den Nachlaß des Erblassers die Funktion des Nachlaßgerichts zukommen würde, wenn der Erblasser zur Zeit der Anfechtung stürbe (Hellwig S. 668, 659; Schiffner S. 153; Frommhold Anm. 4). Auch in den Fällen der §§ 1342, 1597 ist das Nachlaßgericht desjenigen Teiles, für welchen eine abzugebende

§. 2282. Die Anfechtung kann nicht durch einen Vertreter des Erblassers erfolgen. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er zur Anfechtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Für einen geschäftsunfähigen Erblasser kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Erbvertrag anfechten.

Die Anfechtungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Anfechtungserklärung bestimmt ist, zur Entgegennahme dieser Erklärung zuständig, während im § 2081 unter dem Nachlaßgerichte nur dasjenige des Erblassers verstanden werden kann. Dem Nachlaßgericht ist durch die Ordnungsvorschrift des Abs. 2 Satz 2 die Verpflichtung auferlegt, die Anfechtungserklärung dem bedachten Dritten mitzuteilen. Eine Mitteilung an sonstige Beteiligte, insbesondere an denjenigen, welchem die Aufhebung der angefochtenen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde (§ 2080 Abs. 1), ist nicht vorgeschrieben. Wenn bei einem zweiseitigen Erbvertrage der überlebende Teil eine Zuwendung seitens des Verstorbenen erhalten und angenommen hat, wird dadurch die Anfechtung einer von ihm zugunsten eines Dritten getroffenen vertragsmäßigen Verfügung nicht ausgeschlossen.

4. Das Anfechtungsrecht des Erblassers ist ein höchst persönliches. Es kann nicht durch einen Vertreter ausgeübt werden (Ausnahme § 2282 Abs. 2) und geht nicht auf die Erben über. Nach dem Tode des Erblassers können vielmehr, abgesehen von dem anderen Vertragschließenden, nur die im § 2080 bezeichneten Personen auf Grund ihres eigenen Rechtes gemäß §§ 2078 ff., 2279, 2285 den Erbvertrag anfechten.

§ 2282.

E. I § 1948 Abs. 4; II § 2148 Abs. 2, § 2149 Abs. 1, 2 rev. § 2256; III § 2255. P. I S. 9925 ff., 12254 f.; M. V S. 324. P. II Bd. 5 S. 385 f.

1. Der § 2282 regelt die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser hinsichtlich der Fähigkeit des Anfechtenden bzw. der Zulässigkeit der Vertretung (Abs. 1, 2) **und hinsichtlich der Form der Anfechtungserklärung** (Abs. 3). Die Abs. 1, 2 entsprechen den Vorschriften über die Anfechtung der Ehe und der Ehelichkeit eines Kindes (§§ 1336, 1595). Grundsätzlich soll nur die persönliche Willensentscheidung des Verfügenden Beachtung finden, die Anfechtung durch einen Vertreter, sei es ein Bevollmächtigter, sei es der gesetzliche Vertreter, ist daher ausgeschlossen. Hiervon wird im Abs. 2 wie in den §§ 1336, 1595 für den Fall der Geschäftsunfähigkeit eine Ausnahme gemacht, indem hier der gesetzliche Vertreter für befugt erklärt wird, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Erbvertrag namens des Erblassers anzufechten. Die Vorschrift wird unter Umständen dazu dienen, eine schnellere Entscheidung herbeizuführen, als wenn die Anfechtung erst nach dem Tode des Erblassers durch die alsdann dazu berechtigten Personen erfolgte. Teilen sich mehrere Personen in die gesetzliche Vertretung des geschäftsunfähigen Erblassers, so kommt das Anfechtungsrecht demjenigen gesetzlichen Vertreter zu, welchem die Sorge für das Vermögen zusteht; vgl. im übrigen Erl. 2 zu § 1336, betreffs der späteren Anfechtung durch den Erblasser selbst § 2283 Abs. 3. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt (§§ 106, 114, vgl. § 2275 Abs. 2), so bedarf er zur Anfechtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (Abs. 1 Satz 2), vielmehr kann er wie bei der vertragsmäßigen Aufhebung und dem Rücktritte von dem Erbvertrage selbständig wirksam handeln, da er durch die Anfechtung nur die Freiheit der Verfügung von Todes wegen wiedererlangt (§ 2290 Abs. 2, § 2296 Abs. 1, § 107).

2. Die Anfechtungserklärung des Erblassers wird im Abs. 2 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterworfen. Auch hier ist die Ähnlichkeit in der Wirkung zwischen der Anfechtung und dem Rücktritte (§ 2296 Abs. 2) bestimmend gewesen. Die Form muß beobachtet werden, gleichviel ob die Anfechtung gegenüber dem anderen Vertragschließenden oder nach § 2281 Abs. 2 gegenüber dem Nachlaßgerichte zu erklären ist (Schiffner S. 153; vgl. Erl. 3 zu § 2281). Für die Übermittelung der beurkundeten Erklärung an den Gegner oder das Nachlaßgericht ist keine besondere Form vorgeschrieben. Ist die Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht abzugeben, so wird die Erklärung zum Protokolle des Nachlaßgerichts, wenn gemäß EG. Art. 147 als solches eine nichtgerichtliche Behörde zuständig ist, nicht für ausreichend zu

§. 2283. Die Anfechtung durch den Erblasser kann nur binnen **Jahresfrist** erfolgen.

Die Frist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit **dem Zeitpunkt**, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit **dem Zeitpunkt**, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde **Kenntnis erlangt**. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden **Vorschriften der** §§. 203, 206 entsprechende Anwendung.

Hat im Falle des §. 2282 Abs. 2 der gesetzliche Vertreter den **Erbvertrag** nicht rechtzeitig angefochten, so kann nach dem Wegfalle der **Geschäftsunfähigkeit** der Erblasser selbst den Erbvertrag in gleicher Weise anfechten, wie wenn **er ohne** gesetzlichen Vertreter gewesen wäre.

---

erachten sein, weil die Beurkundung seitens einer solchen Behörde keine gerichtliche **Beurkundung** ist (vgl. die abweichende Annahme in Erl. 1 zu § 1945, wo lediglich öffentliche **Beglaubigung** erfordert wird, aber auch Hellwig S. 658).

§ 2283.

E. I § 1948 Abs. 5; II § 2150 verb. § 2257; III § 2256. P. I E. 9925 ff.; M. V S. 324 f. P. II Bd. 5 E. 385 f.

1. Für die Anfechtung des Erbvertrags durch den Erblasser wird im § 2283 eine Ausschlußfrist aufgestellt. Die Vorschriften des § 2283 entsprechen im allgemeinen denjenigen der §§ 124, 2082, doch fehlt hier die Beschränkung der Anfechtung auf längstens dreißig Jahre. Da der Erblasser eine letztwillige Verfügung widerrufen kann, solange er lebt, erscheint es sachgemäß, daß ihm bezüglich einer vertragsmäßigen Verfügung das Anfechtungsrecht grundsätzlich während seiner ganzen Lebenszeit zusteht, der Erblasser ist hiernach nur an die Frist von einem Jahre gebunden, die im Falle der Drohung mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den Fällen des Irrtums oder der Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten aber, sobald der Erblasser von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt. Wegen des näheren, insbesondere betreffs der Einhaltung der Frist und der Beweislast, kann auf die Erl. zu § 124 und zu § 2082 verwiesen werden. Für die Berechnung der Frist sind § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 maßgebend.

2. Auf den Lauf der Frist finden nach Abs. 2 Satz 2 die §§ 203, 206 entsprechende Anwendung. Danach ist die Frist gehemmt, solange der Erblasser durch Stillstand der Rechtspflege oder durch sonstige höhere Gewalt innerhalb der letzten sechs Monate der Frist an der Abgabe der Erklärung verhindert ist (s. insbesondere § 2281 Abs. 2, § 2282 Abs. 3). Ist der Erblasser geschäftsunfähig und ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die Frist nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem er (sei es auch nur beschränkt) geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist der Erblasser nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so vollendet sich die Frist, auch wenn er ohne gesetzlichen Vertreter ist, weil letzterer nach § 2282 Abs. 1 von jeder Mitwirkung bei der Anfechtung ausgeschlossen, der Erblasser also insoweit vollkommen handlungsfähig ist (vgl. § 206 Abs. 2); so auch Hellwig S. 663; Frommhold Anm. 2; a. A. Wilke Anm. 2 (vgl. auch Erl. 3 zu § 1339).

3. Versäumung der Ausschlußfrist durch den gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Erblassers. Der nach vorstehendem aus der entsprechenden Anwendung des § 206 zu gewinnende Satz erfährt im Abs. 3 noch eine Erweiterung. Ist ein gesetzlicher Vertreter des geschäftsunfähigen Erblassers vorhanden gewesen, hat er es aber versäumt, vor dem Ablaufe der Frist den Erbvertrag nach § 2282 Abs. 2 mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts anzufechten, so steht dem Erblasser, sobald er (sei es auch nur beschränkt) geschäftsfähig geworden ist, das Anfechtungsrecht zu, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre. Die Vorschrift entspricht dem § 1340 und dem § 1595 Abs. 2 Satz 2 (s. die Erl. zu § 1340).

4. Auch der § 2283 gilt nur für die Anfechtung durch den Erblasser. Die Anfechtung des Erbvertrags seitens des anderen Vertragschließenden ist an die in §§ 121, 124 bestimmten Ausschlußfristen gebunden, für die im § 2080 bezeichneten Anfechtungsberechtigten ist § 2082 maßgebend.

§. 2284. Die Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrags kann nur durch den Erblasser persönlich erfolgen. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Bestätigung ausgeschlossen.

---

§ 2284.

E. I § 1948 Abs. 4; II § 2149 Abs. 3 rev. § 2258; III § 2257. M. I E. 9925 ff., 9932 ff., 12254 f.; M. V E. 323 f. P. II Bd. 5 E. 385 f.

1. Daß eine **Bestätigung des anfechtbaren Erbvertrags durch den Erblasser** möglich ist und welche Wirkung sie hat, ergibt sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 144 Abs. 1. Die Wirkung der Bestätigung ist eine absolute, der Erbvertrag wird mit ihr gegenüber allen unanfechtbar. Voraussetzung ist natürlich, daß der Anfechtungsgrund im Zeitpunkte der Bestätigung nicht mehr besteht. Die Bestätigung kann gemäß § 144 Abs. 2 formlos erfolgen, sie bedarf insbesondere nicht der Form, die für den Abschluß des Erbvertrags im § 2276 vorgeschrieben ist. Dies wird allerdings von Hellwig (S. 661 f.) und Frommhold (Anm. 2) bestritten bzw. bezweifelt, weil die Bestätigung in der Wirkung einem neuen Vertragsschlusse gleichkomme und weil bei letztwilligen Verfügungen eine Bestätigung im Sinne des § 144 ausgeschlossen sei (s. Vorbm. 2 b γ zu §§ 2078—2083), woraus sich gemäß § 2279 ergebe, daß der § 144 auch bei dem Erbvertrage keine Anwendung finde. Hierauf ist jedoch zu erwidern, daß § 2279 nur eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über letztwillige Verfügungen vorschreibt. Soweit bei dem Erbvertrage Rechtsverhältnisse bestehen, die bei der letztwilligen Verfügung nicht vorhanden sind, können diese in Ermangelung besonderer Bestimmungen nur nach den allgemeinen Vorschriften und nicht nach den Grundsätzen der letztwilligen Verfügungen beurteilt werden. Demgemäß sind für das Anfechtungsrecht des Erblassers die Vorschriften des ersten Buches maßgebend, soweit nicht in den §§ 2281—2284 die Anwendung von Vorschriften aus dem dritten Abschnitte des fünften Buches vorgeschrieben oder offensichtlich vorausgesetzt wird. In den Motiven des E. I S. 323 wird die Bestätigung des Erbvertrags ausdrücklich mit den Vorschriften des Allgemeinen Teiles in Verbindung gebracht, die zweite Kommission aber hat den Satz des E. I § 1948 Abs. 3, der von der Zulässigkeit und der Wirkung der Bestätigung handelte, eben deswegen gestrichen, weil sie die einschlägige Vorschrift des ersten Buches als ausreichend ansah (P. II Bd. 5 S. 386). Für die Formlosigkeit der Bestätigung entscheiden sich außer den Motiven Schiffner S. 155 Anm. 39; Endemann III § 61 Anm. 18; Strohal I § 45 I 1 e; Cosack II § 361 Anm. 17; Jastrow II S. 318; Wilke Anm. 2. Aus dem § 144 ist ferner abzuleiten, daß die Bestätigung nicht notwendig gegenüber dem anderen Vertragschließenden erklärt zu werden braucht und daß es keiner ausdrücklichen Erklärung bedarf, sondern daß auch eine bloße Willensbetätigung genügt (vgl. Erl. zu § 144 und Erl. 1 zu § 1337; a. A. Strohal I § 45 Anm. 16, der eine Willensbetätigung doch wohl mit Unrecht für tatsächlich nicht möglich hält und den Fall einer ausdrücklichen, jedoch nicht dem anderen Vertragschließenden, sondern niemandem gegenüber, z. B. etwa vor einem Notar oder Zeugen erfolgten Bestätigung nicht erwähnt; vgl. auch Hellwig S. 662 für den Fall, daß die Bestätigung formlos möglich sein sollte). Für den Erblasser, der sich seines Anfechtungsrechts begeben will, wird es allerdings zweckmäßig sein, die Bestätigung ausdrücklich und bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden gegenüber diesem, nach dessen Tode aber gegenüber den nach §§ 2080, 2279, 2285 anfechtungsberechtigten Personen zu erklären (Jastrow II S. 318; a. A. Strohal I § 45 Anm. 16, der Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte verlangt, was indessen mit dem obigen Grundsatze, daß die Bestätigung durch jede nicht empfangsbedürftige Willenserklärung oder Willensbetätigung erfolgen kann, nicht vereinbar ist.

2. Wie bei der Errichtung (§ 2274) und bei der Anfechtung (§ 2282 Abs. 1 Satz 1) **soll auch bei der Bestätigung des Erbvertrags nur die persönliche Willensentscheidung des Erblassers maßgebend sein** (§ 2284 Satz 1). Es ist mithin eine Vertretung durch einen Bevollmächtigten oder durch den gesetzlichen Vertreter hinsichtlich des Willens und der Willenserklärung ausgeschlossen. Der Satz entspricht den Vorschriften über die Bestätigung der anfechtbaren Ehe (§ 1336 Abs. 1 Satz 1, § 1337 Abs. 3) und über die Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1595 Abs. 1 Satz 1, § 1598 Abs. 3 Satz 1).

3. **Die Bestätigung des Erbvertrags setzt volle Geschäftsfähigkeit des Erblassers voraus** (Satz 2). Selbst die bei der Schließung des Erbvertrags zugelassene Ausnahme für Ehegatten und Verlobte (§ 2275 Abs. 2) ist hier nicht vorgesehen und daher nicht anzuerkennen (Schiffner

§. 2285. Die im §. 2080 bezeichneten Personen können den Erbvertrag auf Grund der §§. 2078, 2079 nicht mehr anfechten, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers zur Zeit des Erbfalls erloschen ist.

S. 156; a. A. Wilke Anm. 2 zu § 2275). An die Bestätigung des Erbvertrags sind mithin in diesem Punkte strengere Anforderungen gestellt als an die Anfechtung (§ 2282 Abs. 1); abweichend hierin auch die Vorschriften über die Bestätigung der anfechtbaren Ehe (§ 1336 Abs. 1 Satz 2, § 1337 Abs. 3) und die Anerkennung der Ehelichkeit (§ 1595 Abs. 1 Satz 2, § 1598 Abs. 3 Satz 1). Mittelbar kann freilich auch von einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblasser die Unanfechtbarkeit des Erbvertrags dadurch herbeigeführt werden, daß er die Anfechtungsfrist verstreichen läßt (§ 2282 Abs. 1 Satz 2, § 2283; vgl. Hellwig S. 663, aber auch M. V S. 324).

4. Die Bestätigung des Erbvertrags ist nach Maßgabe der allgemeinenen Vorschriften anfechtbar (§§ 119 ff., 142 ff.)

§ 2285.

E. I § 1949 Abs. 2; II § 2151 rev. § 2259; III § 2258. P. I E. 9928, 9937 ff.; M. V S. 325 f. P. II Bd. 5 S. 386 f.

1. Anfechtungsrecht der im § 2080 bezeichneten Personen. Nach dem Tode des Erblassers steht das Anfechtungsrecht hinsichtlich vertragsmäßiger Verfügungen von Todes wegen außer dem anderen Vertragschließenden auf Grund des § 2279 den im § 2080 bezeichneten Personen zu, d. h. im allgemeinen demjenigen, welchem die Aufhebung der anfechtbaren Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, im Falle des § 2079 nur dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten. Für das Anfechtungsrecht dieser Personen gelten nicht die §§ 2281—2284, vielmehr kommen gemäß § 2279 die Vorschriften der §§ 2078 ff. über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen zur entsprechenden Anwendung (Schiffner S. 152). Daraus folgt, daß im Falle des § 2079 der übergangene Pflichtteilsberechtigte zur Zeit des Erbfalls vorhanden sein muß. Die Anfechtungsfrist bestimmt sich nach § 2082, es kommen mithin einerseits auch die dreißig Jahre des § 2082 Abs. 3 in Betracht, andererseits kann die einjährige Frist nach § 2082 Abs. 1, 2 auch entsprechend dem § 207 eine Verlängerung erfahren (vgl. die Erl. 2 zu § 2082 a. E.; Schiffner S. 154). Auch nach dem Ablaufe der Anfechtungsfrist steht dem durch die anfechtbare Verfügung mit einer Leistung Beschwerten das Verweigerungsrecht nach § 2083 zu. Die Anfechtungserklärung der Nachlaßbeteiligten ist an keine Form gebunden, insbesondere nicht wie die des Erblassers (§ 2282 Abs. 3) an gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Die Anfechtung erfolgt, sofern sie eine vertragsmäßige Verfügung des im § 2081 Abs. 1, 3 bezeichneten Inhalts, namentlich also eine Erbeinsetzung oder eine Auflage, betrifft, durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht ohne Unterschied, ob die angefochtene Verfügung dem anderen Vertragschließenden oder einem Dritten zustatten kommt (Hellwig S. 665; Schiffner S. 153; Strohal I § 45 Anm. 20). Zweifelhaft ist, ob in anderen Fällen, insbesondere bei vertragsmäßigen Vermächtnissen der Anfechtungsgegner, dem gegenüber die Anfechtung zu erklären ist, der andere Vertragschließende oder derjenige ist, welcher durch die anfechtbare Verfügung unmittelbar einen Vorteil erlangt hat. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob der § 143 Abs. 2 oder § 143 Abs. 4 anwendbar ist. Gegen die Anwendung des Abs. 2 Satz 1 spricht, daß er nur den Fall vor Augen hat, in welchem es sich um die Anfechtung eines Vertrags von seiten des Anfechtungsberechtigten gegen den anderen Teil handelt. Die nach § 2080 anfechtungsberechtigten Personen stehen aber zu dem anderen Vertragschließenden in keinem Vertragsverhältnisse. Der im § 143 Abs. 2 erwähnte weitere Fall des § 123 Abs. 2 Satz 2 hat Voraussetzungen, die hier offenbar nicht vorliegen. Nach § 2279 finden auf vertragsmäßige Zuwendungen die Vorschriften über letztwillige Zuwendungen entsprechende Anwendung. Zu diesen Vorschriften gehören auch die Vorschriften über die Anfechtung solcher Zuwendungen. Auf die Bestimmung des Anfechtungsgegners findet bei diesen der § 143 Abs. 4 Anwendung (s. Erl. 4 zu § 2081). Die obengedachte zweite Auffassung verdient daher den Vorzug. Dafür spricht auch, daß nach der ersten Auffassung nach dem Tode des anderen Vertragschließenden die Anfechtung gegenüber dessen Erben erfolgen müßte. Dies würde durchaus unzweckmäßig sein und mit den in betreff der Erben des anderen Vertragschließenden im Gesetze sonst befolgten Grundsätzen nicht vereinbar sein (Strohal I § 45 Anm. 20; Windscheid-Kipp III hinter § 568 VII 2β; Hellwig S. 666; a. A. M. V S. 326; Schiffner

§. 2286. Durch den Erbvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt.

S. 152 Anm. 20, S. 153 Anm. 27; Frommhold Erl. 4 zu § 2281; Herzfelder Erl. 1 zu § 2285 und die frühere Auflage).

2. Das Anfechtungsrecht der Nachlaßbeteiligten ist nach § 2285 dadurch bedingt, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes nach §§ 2281 ff. anfechtungsberechtigt war. Hatte der Erblasser sein Anfechtungsrecht durch Fristversäumung (§ 2283) oder Bestätigung (§ 2284) verloren, so können auch die im § 2080 bezeichneten Personen den Erbvertrag nicht mehr anfechten. War dagegen die Anfechtungsfrist für den Erblasser erst teilweise abgelaufen, so wird dadurch die Frist für die Nachlaßbeteiligten nicht verkürzt, da ihnen das Anfechtungsrecht nicht als Rechtsnachfolgern des Erblassers, sondern als ein besonderes und eigenes zusteht (M. V S. 325). Die Nachlaßbeteiligten können auf ihr Anfechtungsrecht verzichten, man wird dies aber nicht als eine Bestätigung des Erbvertrags bezeichnen können, da von einer solchen bei Privatpersonen nur gegenüber einer eigenen Willenserklärung die Rede sein kann (vgl. Erl. 2 b γ zu §§ 2078—2083, auch die Erl. zu § 1337; abweichend Frommhold Anm. 1, 2 zu § 2284). Es bedarf daher zu dem Verzicht eines vollständigen Vertrags, eine einseitige Erklärung oder Willensbetätigung nach § 144 genügt nicht.

§ 2286.

E. I § 1951; II § 2152 rev. § 2260; III § 2259. P. I S. 9986; M. V S. 327 f. P. II Bd. 5 S. 388 f.

1. Die §§ 2286—2289 regeln den Einfluß des Erbvertrags auf das Verfügungsrecht des Erblassers, und zwar beziehen sich die §§ 2286—2288 auf Verfügungen unter Lebenden, der § 2289 aber auf Verfügungen von Todes wegen. Hinsichtlich der Verfügungen unter Lebenden enthält § 2286 die Regel, die §§ 2287, 2288 die Beschränkungen.

2. Der Erbvertrag begründet für den anderen Vertragschließenden bzw. den bedachten Dritten kein gegenwärtiges Recht und daher für den Erblasser grundsätzlich auch keine Beschränkung in der Befugnis, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen. Dies war im Gegensatze zu einer älteren gemeinrechtlichen Anschauung bereits in den neueren Landesrechten (preuß. ALR. I 12 § 624; sächs. GB. § 2548) hervorgehoben und ist aus praktischen Gründen auch im BGB. ausdrücklich ausgesprochen. Einem Mißbrauche des Verfügungsrechts treten die §§ 2287, 2288 entgegen, von denen der erstere den Vertragserben, der letztere den Vertragsvermächtnisnehmer schützt. Die Berechtigten können jedoch auf Grund der eben erwähnten Vorschriften erst nach dem Erbfalle Rechte geltend machen; bei Lebzeiten des Erblassers sind sie auch gegenüber böswilligen Beeinträchtigungen ihres künftigen Rechtes nicht in der Lage, sich durch Anfechtung, Erwirkung einstweiliger Verfügungen oder dgl. zu sichern (a. A. Wilke Erl. 2 zu § 2287, der schon bei Lebzeiten des Erblassers ein bedingtes Recht des Vertragserben annimmt; vgl. auch Strohal I § 45 Anm. 38 über die Befugnis des Vertragserben, wenn derselbe Nacherbe ist, schon vor Eintritt des Nacherbfalls Sicherungsmaßregeln gegen den Beschenkten zu erwirken). Familienrechtliche Geschäfte, welche die Entstehung eines Pflichtteilsrechts zur Folge haben und daher mittelbar den Erbvertrag berühren (Eheschließung, Legitimation, Annahme an Kindesstatt), werden durch § 2286 nicht betroffen, da sie trotz jener mittelbaren Wirkung überhaupt nicht als Verfügungen über das Vermögen anzusehen sind. Ihre Wirksamkeit gegenüber dem Erbvertrag ergibt sich aus der zwingenden Natur der Vorschriften über das Pflichtteilsrecht. Dagegen ist im § 2286 unausgesprochen der Satz enthalten, daß die Freiheit des Erblassers auch hinsichtlich tatsächlicher Verfügungen über sein Vermögen unter Lebenden nicht berührt wird (Schiffner S. 123).

3. Kein Recht des Vertragserben, die Entmündigung des Erblassers zu beantragen. Nach dem E. I des EG. sollte dem anderen Vertragschließenden das Recht beigelegt werden, gegen den Erblasser, der einen Vertragserben eingesetzt hat, den Antrag auf Entmündigung wegen Verschwendung zu stellen (M. V S. 328; M. des EG. S. 89; vgl. preuß. ALR. I 12 § 626; Schiffner S. 124 Anm. 1, 2). Die zweite Kommission hat jedoch diese Vorschrift beseitigt, weil sie den Grundsatz durchbreche, daß die Entmündigung wegen Verschwendung nur im Interesse des Verschwenders und seiner Familie erfolge, den Erblasser entgegen der bei dem Vertragsschluß obwaltenden Willensmeinung in eine unwürdige Lage bringe und praktisch auch nicht viel helfen werde. Der andere Vertragsteil kann daher die Entmündigung nur herbeiführen, wenn ihm das Antragsrecht als Ehegatten oder Verwandten zusteht (CPO. § 646 Abs. 1, § 680

§. 2287. Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.

Der Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Anfalle der Erbschaft an.

Abs. 3); soweit er sich in einem mit dem Erbvertrage verbundenen Vertrage zu einer Leistung verpflichtet hat, kann er sich unter Umständen durch Rücktritt oder Kondiktion seines Versprechens helfen (s. hierüber Erl. 3 zu § 2295).

4. Bei einem vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Erbvertrage bemißt sich die Bindung des Erblassers auch hinsichtlich der Verfügungen unter Lebenden nach den bisherigen Gesetzen (EG. Art. 214 Abs. 2).

§ 2287.

E. I § 1952 Abs. 1, 2; II § 2153 rev. § 2261; III § 2260. P. I S. 9989 ff.; M. V S. 328 ff. P. II Bd. 5 S. 389 ff.; Bd. 6 S. 351. D. S. 738.

1. Einschränkung der Regel des § 2286 zugunsten des Vertragserben in Beziehung auf Schenkungen des Erblassers. Nach der juristischen Natur des Erbvertrags unterliegt der Erblasser unter Lebenden keiner Beschränkung in der Verfügung über sein Vermögen. Dieser im § 2286 ausgesprochene Grundsatz wird im § 2287 zugunsten des Vertragserben insoweit eingeschränkt, daß letzterer gegen einen offenbaren Mißbrauch des Verfügungsrechts gesichert ist. Dem Willen der Vertragschließenden entspricht es nicht, daß der Erblasser in der Lage sein soll, den wirtschaftlichen Erfolg der Erbeinsetzung absichtlich dadurch zu vereiteln, daß er sein Vermögen unter Lebenden an andere verschenkt. Es wird daher, wenn eine derartige Schenkung erfolgt ist, dem Vertragserben das Recht beigelegt, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zu verlangen. Ein entsprechender Rechtssatz hatte sich bereits in der gemeinrechtlichen Praxis herausgebildet, die jedoch noch weiter ging, indem sie unter gewissen Voraussetzungen dem Vertragserben auch gegenüber entgeltlichen Veräußerungen des Erblassers ein Anfechtungsrecht gewährte (RG. Bd. 28 S. 175, Bd. 41 S. 169; vgl. auch preuß. ALR. I 12 § 625, code civ. art. 1083, 1093).

2. Über die Voraussetzungen des Anspruchs ist zu bemerken:

a) In subjektiver Beziehung muß der Erblasser zu der Vornahme der Schenkung durch die Absicht bestimmt worden sein, den Vertragserben zu beeinträchtigen. Von einer solchen Absicht kann bei Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, nicht die Rede sein. Aber auch sonstige Schenkungen, die der Erblasser zu idealen Zwecken oder aus persönlichen Rücksichten vornimmt, fallen nicht unter die Vorschrift. Aus dem gleichen Grunde wird eine Ausstattung, die der Erblasser seinem Kinde zuwendet, auch soweit sie wegen Übermaßes als Schenkung *gilt* (§ 1624), regelmäßig nicht betroffen werden. Das bloße Bewußtsein des Erblassers, daß der Vertragserbe durch die Schenkung geschädigt wird, genügt nicht. Liegt aber bei dem Erblasser die Absicht vor, den Vertragserben zu beeinträchtigen, so kommt es für den Bestand des Anspruchs nicht darauf an, ob der Beschenkte diese Absicht teilt oder kennt (s. jedoch Erl. 4).

b) In objektiver Hinsicht ist erforderlich, daß eine Schenkung vorliegt. Entgeltliche Veräußerungen, z. B. auch die Weggabe des ganzen Vermögens gegen Gewährung einer Leibrente, werden nicht betroffen. Ob in dem Abschluß und der Ausführung eines solchen Geschäfts ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, der den Empfänger nach § 826 zum Ersatze des dem Vertragserben vorsätzlich zugefügten Schadens verpflichtet, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen (M. V S. 330; Wilke Anm. 3). Unter besonderen Umständen können die Voraussetzungen des § 826 auch bei einer Schenkung zutreffen und kann damit gegen den Beschenkten ein weitergehender Anspruch als nach § 2287 begründet sein; Strohal I § 45 Anm. 34). Eine Schenkung auf den Todesfall unterliegt dem § 2287, wenn sie vom Erblasser durch Leistung vollzogen ist (§ 2301 Abs. 2), anderenfalls ist sie gleich einer Verfügung von Todes wegen dem Vertragserben gegenüber unwirksam (§ 2301 Abs. 1, § 2289).

Von selbst versteht sich, daß § 2287 gegenüber einem Geschäfte durchgreift, das sich als verschleierte Schenkung darstellt. Auf die Größe der Schenkung, insbesondere auf das Verhältnis

des Zugewendeten zu dem Gesamtnachlaß oder dem Erbteile des Vertragserben kommt es nicht an. Ebenso kann nicht schlechthin darauf Gewicht gelegt werden, ob die Schenkung aus dem Stammvermögen oder aus den Einkünften gemacht ist. Die zweite Kommission hat allerdings beschlossen, daß die Vorschrift auf Schenkungen aus dem Stamme des Vermögens beschränkt sein solle (P. II Bd. 5 S. 392). Da aber der Gesetzestext eine solche Einschränkung nicht enthält, kann nur als richtig anerkannt werden, daß bei einer Schenkung aus den Einkünften eine Absicht des Erblassers, den Vertragserben zu beeinträchtigen, nicht leicht anzunehmen sein wird; so auch Wilke Anm. 4; a. A. Frommhold Anm. 2a; Schiffner S. 128 Anm. 17; vgl. auch Strohal I § 45 Anm. 33; Windscheid-Kipp III, Zusatz Erbverträge S. 330, VI. Mit Rücksicht auf das eben erwähnte subjektive Erfordernis kommen nur Schenkungen in Betracht, die nach der Schließung des Erbvertrags gemacht sind (a. A. Strohal I § 45 Anm. 35, für den Fall, daß die Schenkung vor dem Erbvertrag in der Absicht gemacht ist, den § 2287 zu umgehen. Im übrigen kann aber die Schenkung beliebig weit vor dem Erbfalle zurückliegen; eine Zeitschranke, wie sie im § 2325 Abs. 3 für den Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils gezogen ist, besteht hier nicht.

3. Der Anspruch aus § 2287 steht dem Vertragserben zu, mag er der andere Vertragschließende oder ein Dritter sein. Der andere Vertragschließende als solcher kann gegen den Beschenkten nichts ausrichten. Der Anspruch entsteht mit dem Anfalle der Erbschaft, also frühestens und regelmäßig mit dem Erbfalle (§§ 1922, 1942). Bei Lebzeiten des Erblassers besteht auch kein bedingter Anspruch und sind daher keinerlei Sicherungsmaßregeln zulässig (s. Erl. 2 zu § 2286; a. A. Wilke Anm. 2). Ebensowenig gehört der Anspruch zum Nachlasse. Da das Ausscheiden des verschenkten Gegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers sich schon vor dem Erbfalle vollzieht, überdies auch der Anspruch nicht jedem Erben, sondern nur dem Vertragserben und daher unter Umständen nur einzelnen Miterben zusteht, kann der Gesichtspunkt der Surrogation nicht als zutreffend anerkannt werden. Die Nachlaßgläubiger können daher das Recht des Vertragserben aus § 2287 nur dann zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, wenn ihnen der Vertragserbe persönlich haftet. Anderenfalls sind sie dem Beschenkten gegenüber auf das Anfechtungsrecht nach der KO. §§ 31, 32, 41 bzw. dem Anfechtungsges. §§ 3, 12 beschränkt (vgl. Strohal I § 45 Anm. 45). Wegen der Geltendmachung des Anspruchs im Falle der Erbenmehrheit s. Erl. 7.

Zweifelhaft ist, ob der Anspruch dem Vertragserben auch dann zusteht, wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hat. Aus dem Ausdrucke „Vertragserbe" kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß nur derjenige, welcher auf Grund des Vertrags wirklich Erbe geworden ist, den Anspruch hat; denn der vertragsmäßig eingesetzte Erbe wird, auch bevor der Erbfall eingetreten ist, als Vertragserbe bezeichnet. Der § 2287 verlangt aber nur den „Anfall", nicht den Erwerb der Erschaft. Strohal I § 45 Anm. 43 nimmt an, daß der Anspruch dem Vertragserben regelmäßig nicht zustehe, wenn er die Erbschaft ausgeschlagen habe, daß diese Regel aber nicht ausnahmslos gelte, daß insbesondere dem Vertragserben, welcher die Erbschaft wegen vermeintlicher Überschuldung ausgeschlagen habe, der Anspruch zustehen müsse (ebenso Dernburg V § 99 II 1a, Anm. 5). Eine solche Ausnahme von der Regel dürfte sich indessen schwerlich rechtfertigen lassen. Der § 2287 verlangt zwar nur den Anfall der Erbschaft, nicht die Annahme. Aber der Anfall der Erbschaft gilt nach § 1953 als nicht erfolgt, wenn der berufene Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat. Die Voraussetzung, daß die Erbschaft den Vertragserben angefallen sei, liegt also in dem gedachten Falle nicht mehr vor. Aus welchem Grunde eine Ausnahme von dieser Regel gemacht und wie diese Ausnahme begrenzt werden soll, ist nicht abzusehen. Der durch den Vertrag als Erbe Eingesetzte braucht zur Begründung des Anspruchs allerdings nur den Anfall der Erbschaft, nicht die Annahme zu beweisen, aber der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Gegner die Ausschlagung nachweist.

4. Der Inhalt und Umfang des Anspruchs bemißt sich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es kommen mithin regelmäßig die Vorschriften des § 818 Abs. 1—3 zur Anwendung. Von dem Zeitpunkt an, in welchem der Beschenkte von den Tatsachen Kenntnis erhält, die den Herausgabeanspruch begründen, und spätestens seit dem Eintritte der Rechtshängigkeit haftet der Beschenkte nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1). Die Haftung kann daher auch schon während des Lebens des Erblassers begründet werden, wenn der Beschenkte schon zu dieser Zeit wußte, daß der Erblasser die Schenkung vorgenommen habe, um das Recht des Vertragserben zu beeinträchtigen (Strohal I § 45 Anm. 40; Windscheid-Kipp III Zusatz Erbverträge S. 330 VI).

5. Die im Abs. 2 bestimmte **dreijährige Verjährungsfrist** wird in den M. V S. 328 damit begründet, daß der Anspruch einen deliktsähnlichen Charakter habe. Abweichend von § 852 kommt es jedoch auf die Kenntnis des Vertragserben von der Entstehung des Anspruchs, d. h. von der Schenkung, dem Erbfall und seiner Berufung, nicht an, vielmehr ist im Interesse der Einfachheit und der baldigen Erledigung des Anspruchs schlechthin der Anfall der Erbschaft (§§ 1922, 1942) für maßgebend erklärt. Es entspricht dies sowohl dem allgemeinen Grundsatze des § 198 als auch der Vorschrift des § 2332 Abs. 2 über den Beginn der Verjährung des gegen den Beschenkten gerichteten Anspruchs auf Ergänzung des Pflichtteils.

6. **Hat der Erblasser ein Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt**, das er in der Absicht erteilt hat, den Vertragserben zu benachteiligen, so geht der dem Erben gegen den Beschenkten zustehende Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit. Die Erfüllung kann der Vertragserbe auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung verjährt ist. Der letztere Satz war im E. I besonders ausgesprochen, die zweite Kommission hat ihn jedoch in der Annahme gestrichen, daß er sich aus § 821 ergebe (P. II Bd. 6 S. 351). Dies wird auch als zutreffend anzusehen sein, wenngleich der Wortlaut des § 821 den Fall nicht ganz deckt (Schiffner S. 130; Böhm S. 229).

7. **Ist der Vertragserbe nur Teilerbe**, so steht ihm der Anspruch gegen den Beschenkten nur in Ansehung eines seinem Erbteil entsprechenden Bruchteils des Geschenkes zu. Dieser Satz war im E. I und E. II besonders ausgesprochen, ist jedoch bei der Revision des E. II als entbehrlich gestrichen worden. Von mehreren Vertragserben ist, wenn die Herausgabe des Geschenkes eine teilbare Leistung darstellt, jeder zu einem entsprechenden Teile des Anspruchs selbständig berechtigt. Denn der auf § 2287 gegründete Anspruch der Vertragserben gehört nicht zum Nachlaß, unterliegt mithin nicht den Grundsätzen der Erbengemeinschaft (§ 2032 Abs. 1, § 2033 Abs. 2, § 2039), sondern den allgemeinen Grundsätzen über die Mehrheit von Gläubigern (§§ 420, 432, 741 ff.). Ist der Vertragserbe als Miterbe neben gesetzlichen oder testamentarischen Erben berufen, so steht ihm gegen diese wegen der Schenkungen des Erblassers kein Anspruch zu (Dernburg V § 99 II Anm. 6b). In der zweiten Kommission ist ein Antrag, dem Vertragserben gegen die Miterben einen Ersatzanspruch zu gewähren, zunächst abgelehnt, bei der späteren Beratung aber die Frage offen gelassen worden, ob nicht das Verhältnis des Vertragserben zu den Miterben von der Art sei, daß diese ihm vor dem Beschenkten haften (P. II Bd. 5 S. 394, Bd. 6 S. 351). Dies dürfte indessen zu verneinen sein. Der Vertragserbe hat bei Lebzeiten des Erblassers gegen diesen keinen Anspruch, mithin auch nicht kraft des Erbganges gegen seine Miterben. Das Recht des Vertragserben ist zwar gegen willkürliche Beeinträchtigung seitens des Erblassers gesichert, aber es ist seiner Natur nach nicht stärker als das Erbrecht der aus einem anderen Grunde berufenen Miterben. Daß dem Vertragsvermächtnisnehmer nach § 2288 ein entsprechender Anspruch zusteht, fällt nicht ins Gewicht, weil das Recht des Vermächtnisnehmers dem Rechte des Erben allgemein vorgeht; ebensowenig ist der Hinweis darauf stichhaltig, daß für die Ergänzung des Pflichtteils der Erbe vor dem Beschenkten haftet (§§ 2325, 2329). Wie hier Schiffner S. 129; Frommhold Anm. 2b; a. A. Fischer-Henle Anm. 5. Nur das wird anzuerkennen sein, daß der Vertragserbe, wenn der Erblasser ihm durch letztwillige Verfügungen, z. B. durch Vermächtnisse etwas außer seinem Vertragserbteil zugewendet hat, insoweit einen Anspruch gegen den Beschenkten nicht hat, als er infolge jener Zuwendung soviel erhält, als er auf Grund seines Vertragserbrechts ohne die Schenkung erhalten haben würde (Strohal I § 45 Anm. 47).

8. **Der Anspruch des Vertragserben gegen den Beschenkten kann in dem Erbvertrag ausgeschlossen werden.** Es läßt sich dagegen nicht etwa einwenden, daß eine solche Klausel gegen die guten Sitten verstoßen würde (§ 138 Abs. 1, vgl. § 276 Abs. 2), vielmehr ist die fragliche Klausel dahin auszulegen, daß der Erblasser sich das Recht zu Schenkungen unter Lebenden schlechthin vorbehalten und jede Erörterung über die Motive einer etwaigen Schenkung abschneiden will. Ist aber das Recht des Vertragserben dergestalt abgeschwächt, so wird er durch die Vornahme einer Schenkung niemals beeinträchtigt. Der fragliche Vorbehalt kann nicht unzulässig sein, da doch der Erblasser sich das Recht vorbehalten kann, von dem Erbvertrage gänzlich zurückzutreten (§ 2293; a. A. Windscheid-Kipp III, Zusatz Erbverträge S. 330 ff. VIc wegen des § 276 Abs. 2, der aber nach der obigen Auffassung einer Vertragsbestimmung der fraglichen Art nicht in Betracht kommen kann; wie hier Strohal I § 45 Anm. 36; Herzfelder Erl. 6 zu § 2287).

§. 2288. Hat der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, bei Seite geschafft oder beschädigt, so tritt, soweit der Erbe dadurch außer Stand gesetzt ist, die Leistung zu bewirken, an die Stelle des Gegenstandes der Werth.

Hat der Erblasser den Gegenstand in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, veräußert oder belastet, so ist der Erbe verpflichtet, dem Bedachten den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen; auf diese Verpflichtung finden die Vorschriften des §. 2170 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Ist die Veräußerung oder die Belastung schenkweise erfolgt, so steht dem Bedachten, soweit er Ersatz nicht von dem Erben erlangen kann, der im §. 2287 bestimmte Anspruch gegen den Beschenkten zu.

§ 2288.

E. I § 1956 Abs. 3 Satz 2; II § 2154 rev. § 2262; III § 2261. M. I S. 10045 ff.; M. V S. 337. P. II Bd. 5 S. 404 f. D. S. 738 f.

1. Sicherung des Vertragsvermächtnisnehmers. Der größtenteils auf Beschlüssen der zweiten Kommission beruhende § 2288 sichert den Vertragsvermächtnisnehmer gegen böswillige Beeinträchtigung seines Rechtes durch den Erblasser und bildet gleich dem § 2287 eine Ausnahme von dem im § 2286 ausgesprochenen Grundsatze der freien Verfügung des Erblassers unter Lebenden. Die Vorschriften des § 2288 haben nur für das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes Bedeutung. Ausnahmsweise dürfte indessen der § 2288 auch bei einem Gattungsvermächtnisse dann Anwendung finden können, wenn der Erblasser die Erfüllung eines solchen Vermächtnisses in der im § 2288 bestimmten Weise unmöglich gemacht hat. Dies ist z. B. denkbar bei einem sog. gemischt-generischen Vermächtnisse (Strohal I § 45 II Erl. 3; a. A. Herzfelder Erl. I zu § 2288 und die frühere Auflage). Nicht richtig ist es, wenn dem § 2288 vielfach (z. B. von Schiffner S. 132 Anm. 8; Frommhold Anm. 1) auch für das Verschaffungsvermächtnis jede Bedeutung abgesprochen wird (vgl. auch Strohal I § 45 Anm. 57). Hat der Erblasser einen bestimmten Gegenstand ohne Rücksicht darauf vermacht, ob er zur Zeit des Erbfalls zur Erbschaft gehören werde oder nicht, so führen allerdings für den Fall der Veräußerung oder der Belastung dieses Gegenstandes der § 2170 und der § 2182 Abs. 2 in Verbindung mit § 434 zu demselben Ergebnisse, das aus § 2288 Abs. 2 zu folgern sein würde (s. Erl. 3 zu § 2182) dagegen würde im Falle der Zerstörung oder der Beschädigung des vermachten Gegenstandes ohne den § 2288 eine Ersatzpflicht des Erben auch bei dem Verschaffungsvermächtnisse nicht bestehen. Denn der § 2170 Abs. 2 (s. dort Erl. 2) betrifft nur den Fall der subjektiven Unmöglichkeit, während die Zerstörung des Gegenstandes eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründet, die nach § 2171 das Vermächtnis unwirksam macht, und für eine zur Zeit des Erbfalls vorhandene Beschädigung bei dem Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes überhaupt nicht Ersatz zu leisten ist (Erl. 3 zu § 2183). Nicht minder sind die Fälle der Verbindung ꝛc. auch für das Verschaffungsvermächtnis von Bedeutung (s. Erl. 2a). Immerhin findet der § 2288 hauptsächlich bei dem Vermächtnis eines bestimmten, dem Erblasser gehörenden Gegenstandes Anwendung. Ein solches Vermächtnis würde nach §§ 2169, 2171, 2279 unwirksam sein, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht mehr im Nachlasse vorhanden ist; im Falle der Belastung würde der Bedachte nicht die Beseitigung des fremden Rechtes, im Falle der Beschädigung nicht den Ersatz der Wertminderung verlangen können (§ 2165 Abs. 1, Erl. 2 zu § 2164). Diese Folgen werden im § 2288 für den Fall ausgeschlossen, daß der Erblasser in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, die schädigende Handlung vorgenommen hat. Die subjektive Voraussetzung entspricht der des § 2287, der objektive Tatbestand aber ist hier weiter als dort, indem außer Schenkungen auch entgeltliche rechtliche Verfügungen und rein tatsächliche Verfügungen getroffen werden. Der Anspruch des geschädigten Vermächtnisnehmers richtet sich in erster Linie gegen den Erben. Er steht insoweit anstelle des Vermächtnisanspruchs oder ergänzend neben ihm, ist daher auch von derselben rechtlichen Natur (Nachlaßverbindlichkeit) und von demselben Range wie jener (Endemann III § 62 Anm. 2c). Wenn es sich jedoch um eine schenkweise erfolgte Veräußerung oder Belastung handelt, steht dem Bedachten subsidiär ein Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten zu (Abs. 2 Satz 2).

2. Über die objektiven Voraussetzungen und den Inhalt des gegen den Erben gerichteten Anspruchs ist im einzelnen folgendes zu sagen:

a) Der Abs. 1 betrifft die Fälle tatsächlicher Beeinträchtigung des Vermächtnisses durch Zerstören, Beiseiteschaffen oder Beschädigen des vermachten Gegenstandes. Es fällt hierunter auch das Verzehren oder sonstige Verbrauchen, sofern es nicht nur aus Eigennutz, sondern in der Absicht, den Bedachten zu schädigen, geschieht. Ferner werden auch die Fälle getroffen, in denen zufolge einer Verbindung, Vermischung oder Vermengung, einer Verarbeitung oder Umbildung das an der vermachten Sache bestehende besondere Eigentum untergeht, weil auch in diesen Fällen, wenn der Erblasser der Urheber ist, nach §§ 2172, 2279 an sich das Vermächtnis unwirksam ist (vgl. Erl. 1a zu § 2172; Schiffner S. 132f.). In allen diesen Fällen muß der Erbe, soweit er durch die Handlung des Erblassers außerstande gesetzt ist, die Leistung zu bewirken, anstelle des vermachten Gegenstandes den Wert entrichten. Im Falle der Beschädigung ist mithin neben dem beschädigten Gegenstande Vergütung für die Wertminderung zu leisten. Übrigens ist nur der gemeine Sachwert, nicht das Interesse des Bedachten entscheidend.

b) Im Abs. 2 werden die Fälle der entgeltlichen oder unentgeltlichen Veräußerung oder Belastung behandelt. An sich fällt hierunter auch die Einziehung einer vermachten Forderung, doch hat der § 2288 für diesen Fall regelmäßig nur insoweit Bedeutung, als es sich nicht um eine Geldforderung handelt und der an den Erblasser geleistete Gegenstand sich nicht mehr im Nachlasse vorfindet, da anderen Falles das Vermächtnis schon nach den Auslegungsregeln des § 2173 aufrecht erhalten wird (vgl. Schiffner S. 134). Die Verpflichtung des Erben geht dahin, dem Bedachten den Gegenstand rechtlich und tatsächlich zu verschaffen bzw. die Belastung zu beseitigen. Ist der Erbe hierzu außerstande, so hat er den Wert des Gegenstandes zu entrichten bzw. die durch die Belastung bewirkte Wertminderung zu vergüten. Ist die Verschaffung bzw. die Beseitigung der Belastung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Erbe durch Entrichtung des Wertes bzw. der Differenz befreien (Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 2170 Abs. 2).

3. Der im Abs. 2 Satz 2 für den Fall einer schenkweise erfolgten Veräußerung oder Belastung dem Vertragsvermächtnisnehmer gegebene Anspruch gegen den Beschenkten beruht auf demselben Gedanken und ist von derselben Natur wie der im § 2287 bestimmte Anspruch des Vertragserben. Er geht mithin auf Herausgabe des Geschenkes nach den Grundsätzen des Kondiktionenrechts. Der Anspruch besteht jedoch nur, soweit der Bedachte den vermachten Gegenstand oder Ersatz für ihn nicht von dem Erben erlangen kann; die Beweislast für diese negative Voraussetzung trifft den Bedachten (s. Bd. I Vorbm. V, 5). Es kommt hier, abweichend von § 2329, nur darauf an, daß der Ersatz von dem Erben tatsächlich nicht zu erlangen ist; natürlich besteht der Anspruch gegen den Beschenkten aber auch dann, wenn der Erbe die Beschränkung seiner Haftung geltend macht und der Nachlaß zur Befriedigung des Vermächtnisnehmers nicht ausreicht. Der Anspruch gegen den Beschenkten verjährt nach § 2287 Abs. 2 in drei Jahren von dem Anfalle des Vermächtnisses an (§§ 2176—2178). Mißverstanden ist der Abs. 2 Satz 2 von Endemann III § 62 Anm. 14.

Bedenklich dürfte es sein, mit Strohal I § 45 Anm. 61 dem Bedachten bei einem Verschaffungs- oder Gattungsvermächtnis oder bei dem Vermächtnis einer bestimmten Geldsumme einen Bereicherungsanspruch gegen einen Beschenkten auch dann zu gewähren, wenn der Erblasser durch die Schenkung sein Vermögen erschöpft und dadurch die Durchsetzbarkeit des Anspruchs vereitelt hat. Der hier vorausgesetzte Tatbestand ist von den im § 2288 bestimmten doch so wesentlich verschieden, daß ein Anspruch der gedachten Art aus dem § 2288 nicht wohl abgeleitet werden kann.

4. Die Vorschriften des § 2288 sind, wie in der zweiten Kommission festgestellt wurde, nicht bloße Auslegungsregeln. Andererseits sind sie trotz des Vorliegens ihrer objektiven Voraussetzungen in solchen Fällen nicht für anwendbar zu erachten, in denen nach den Umständen von einer Beeinträchtigung des Bedachten nicht gesprochen werden kann. Dies trifft dann zu, wenn der andere Vertragschließende gemäß § 2291 seine Zustimmung dazu erteilt hat, daß der Erblasser das Vermächtnis durch Testament aufhebe (Strohal I § 46 I 4 Abs. 2). Das Gleiche kann nicht ohne weiteres schon deshalb angenommen werden, weil ein Fall vorliegt, in dem der Erblasser zum Rücktritte berechtigt ist (§§ 2293—2295); denn solange der Erblasser von dem Rücktritte nicht in der vorgeschriebenen Form Gebrauch gemacht hat, ist er gebunden (s. Erl. 1 zu § 2293). In aller Regel wird aber in einem solchen Falle nicht angenommen werden können, daß der Erblasser eine der im § 2288 bezeichneten Handlungen in der Absicht vorgenommen habe, den Bedachten zu beeinträchtigen, und wird aus diesem Grunde der § 2288 unanwendbar.

§. 2289. Durch den Erbvertrag wird eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. In dem gleichen Umfang ist eine spätere Verfügung von Todeswegen unwirksam, unbeschadet der Vorschrift des §. 2297.

Ist der Bedachte ein pflichttheilsberechtigter Abkömmling des Erblassers, so kann der Erblasser durch eine spätere letztwillige Verfügung die nach §. 2338 zulässigen Anordnungen treffen.

---

5. Durch den Erbvertrag kann die Anwendung des § 2288 ebenso wie die des § 2287 ausgeschlossen werden (s. Erl. 8 zu § 2287; Strohal I § 45 Anm. 48). Die von Dernburg V § 99 II Anm. 13 gemachte Unterscheidung, ob sich der Erblasser die freie Verfügung über die vermachten Gegenstände vorbehalten hat oder ob bestimmt ist, daß der Erblasser das Recht des Bedachten absichtlich zu beeinträchtigen befugt sei und die daran geknüpfte Folgerung, daß eine Vereinbarung der erstgedachten Art zulässig, eine Vereinbarung der letztgedachten Art aber als gegen die guten Sitten verstoßend unzulässig sei, dürfte ohne praktische Bedeutung sein; denn eine Vereinbarung der letzteren Art wird regelmäßig in dem Sinne auszulegen sein, daß damit eine Vereinbarung der erstgedachten Art gemeint ist.

§ 2289.

E. I § 1953 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2; II § 2155 rev. § 2263; III § 2262. M. I S. 9997 ff.; M. V S. 331 f. P. II Bd. 5 S. 395 f., 422; Bd. 6 S. 351 ff. D. S. 739.

1. Der § 2289 regelt das Verhältnis des Erbvertrags zu einer Verfügung von Todes wegen, die der Erblasser vor oder nach dem Abschlusse des Erbvertrags getroffen hat, und zwar bestimmt Abs. 1 Satz 1 die Einwirkung des Erbvertrags auf eine frühere letztwillige Verfügung, während im Abs. 1 Satz 2 und im Abs. 2 die Wirksamkeit späterer Verfügungen behandelt wird. Wegen des Verhältnisses vertragsmäßiger Verfügungen zu solchen letztwilligen Verfügungen, die gleichzeitig und in äußerer Verbindung mit dem Erbvertrag errichtet werden, s. Erl. 1 zu § 2299.

2. Zu dem im Abs. 1 Satz 1 aufgestellten Grundsatz ist Folgendes zu bemerken:

a) Während eine frühere letztwillige Verfügung durch die Errichtung eines Testaments nach § 2258 Abs. 1 nur insoweit aufgehoben wird, als das spätere Testament mit ihr in Widerspruch steht, hat ein späterer Erbvertrag einer solchen Verfügung gegenüber schon insofern und insoweit aufhebende Wirkung, als die frühere letztwillige Verfügung die Ausführung der vertragsmäßigen Verfügung beeinträchtigen würde (Strohal I § 45 IV 1). Im Gesetzestext ist nur von einer Beeinträchtigung des Rechtes des Bedachten die Rede, ihrem Gedanken nach soll aber die Vorschrift unzweifelhaft auch der vertragsmäßigen Anordnung einer Auflage zugute kommen, bei der kein Recht und überhaupt kein Bedachter vorhanden ist (vgl. Schiffner S. 138 Anm. 4; Strohal I § 45 Anm. 80). Der Grund für die weitergehende Wirkung des Erbvertrags liegt in dem Vertragselemente dieser Verfügung von Todes wegen. In der vorbehaltlosen vertragsmäßigen Zuwendung liegt die Zusicherung an den Vertragsgenossen, daß dem Bedachten das Zugewendete so zukommen soll, wie wenn keine letztwillige Verfügung darüber getroffen wäre. Die frühere letztwillige Verfügung tritt daher, auch wenn sie mit der vertragsmäßigen Verfügung nicht im Widerspruche steht, außer Kraft, soweit sie das rechtliche oder das wirtschaftliche Ergebnis der letzteren beeinträchtigen würde. Insbesondere verliert ein letztwilliges Vermächtnis seine Kraft gegenüber einer späteren vertragsmäßigen Erbeinsetzung; der § 2161 findet hier keine Anwendung. Auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist gegenüber dem später eingesetzten Vertragserben unwirksam (s. die Vorbm. 2 vor § 2274; a. A. Böhm S. 230). Ob der Erblasser bei der Schließung des Erbvertrags den Willen hatte, die letztwillige Verfügung aufzuheben, ist unerheblich (M. V S. 331). Auch die Kenntnis des Vertragsgenossen von der letztwilligen Verfügung schließt die aufhebende Wirkung des Erbvertrags noch nicht aus (Cosack II § 361 bei Anm. 43), vielmehr ist hierzu das beiderseitige Einverständnis über die Aufrechterhaltung der früheren Verfügung notwendig.

b) Besonders zu beachten ist die Einwirkung eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses auf ein früheres letztwilliges Vermächtnis. Wendet der Erblasser denselben bestimmten Gegenstand, den er bereits letztwillig vermacht hat, später durch vertragsmäßige Verfügung einem anderen zu, so wird er dabei in der Regel die Absicht haben, die frühere Verfügung ganz aufzuheben. Will er dies jedoch nicht, sondern beabsichtigt er, die beiden

Bedachten zu Gesamtgläubigern zu machen, so würde an sich, da das Vermächtnis nach § 2174 nur eine Forderung begründet, das Recht des letztwillig Bedachten neben dem des Vertragsvermächtnisnehmers bestehen können. Da aber die Stellung eines Gesamtgläubigers gegenüber der des alleinigen Gläubigers eine weniger vorteilhafte ist, wird der Vertragsvermächtnisnehmer doch durch die letztwillige Verfügung beeinträchtigt und braucht sie daher nicht gegen sich gelten zu lassen. Hat sowohl das letztwillige als auch das später errichtete vertragsmäßige Vermächtnis die Zahlung einer Geldsumme oder eine sonstige gattungsmäßige Leistung zum Gegenstande, so muß, wenn der Nachlaß zur Entrichtung beider Vermächtnisse nicht ausreicht, auf Grund des § 2289 dem vertragsmäßigen Vermächtnisse der Vorrang vor dem letztwillig errichteten zuerkannt werden. Die Vorschrift der KO. § 226 Abs. 3 Satz 2, die zunächst eine nach BGB. § 2189 ausdrücklich getroffene Anordnung vor Augen hat, ist daher auch auf den Fall der Konkurrenz eines letztwilligen und eines später errichteten vertragsmäßigen Vermächtnisses zu beziehen (vgl. auch BGB. § 1991 Abs. 4, § 1992; vgl. Strohal I § 45 Anm. 81).

c) Ist die frühere letztwillige Verfügung als korrespektive in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffen, so kann sie bei Lebzeiten des anderen Ehegatten nur durch einen mit diesem geschlossenen Erbvertrag aufgehoben werden (§ 2271 Abs. 1 Satz 2, s. dort Erl. II 2b). Nach dem Tode des anderen Ehegatten kann der Erblasser eine solche Verfügung durch einen Erbvertrag mit einem Dritten nur dann aufheben, wenn er das ihm von dem Verstorbenen Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1, s. dort Erl. IV 1c). Der Fall einer Verfehlung des durch die korrespektive Verfügung Bedachten (§ 2271 Abs. 2 Satz 2) kommt nicht in Betracht, da aus dem Zitate des § 2336 zu entnehmen ist, daß die Aufhebung der Verfügung in diesem Falle nur durch eine letztwillige Verfügung, nicht durch einen Erbvertrag erfolgen kann (s. die Erl. IV 2 a. E. zu § 2271; a. A. Cosack II § 361 bei Anm. 44; vgl. Strohal I § 45 Anm. 88).

d) Von selbst versteht sich, daß der Erbvertrag die frühere letztwillige Verfügung nicht aufhebt, wenn er nichtig oder anfechtbar und angefochten ist. Die letztwillige Verfügung besteht aber auch dann, wenn die spätere vertragsmäßige Verfügung vor dem Erbfalle durch Aufhebung (§§ 2290—2292) oder durch Rücktritt (§§ 2293—2297) wieder beseitigt wird. Denn in diesen Fällen ist nach § 2258 Abs. 2, § 2279 die frühere Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht aufgehoben worden wäre (Schiffner S. 136 Anm. 9; Wilke Erl. 2; Frommhold Anm. 1a; auch Cosack II § 361 Anm. 45, der jedoch die Analogie des § 2258 Abs. 2 für nicht zweifellos hält). Anders ist zu entscheiden, wenn der Erbvertrag nur durch Vorversterben oder durch Ausschlagung des in ihm Bedachten vereitelt wird (§ 1923 Abs. 1, § 2160; § 1953 Abs. 1, 2, § 2180 Abs. 3). In diesen Fällen bleibt die frühere Verfügung aufgehoben, weil eben der spätere, rechtsgültig ausgesprochene und nicht wieder zurückgenommene Wille des Erblassers dahin ging, daß sie aufgehoben sein solle (vgl. M. V S. 331; a. A. Böhm S. 230, 235; wie hier, wenngleich mit anderer Begründung, Wilke Erl. 2). Aus diesem Grunde des Satzes ergibt sich aber zugleich seine Beschränkung: Die letztwillige Verfügung ist nur dann aufgehoben, wenn der Erblasser bei dem Abschlusse des Erbvertrags bezüglich ihrer den Aufhebungswillen hatte (s. oben zu a), und zwar den Willen der unbedingten Aufhebung, nicht nur einer Bevorzugung des vertragsmäßig Bedachten. Das objektive Moment einer Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten ist, wenn dieser gestorben ist oder ausschlägt, nicht gegeben, kann also die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nicht rechtfertigen.

3. Was das Verhältnis zwischen einem Erbvertrag und einer späteren Verfügung von Todes wegen anbetrifft, so ist

a) im Abs. 1 Satz 2 die Regel ausgesprochen, daß die spätere Verfügung unwirksam ist, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Dies gilt sowohl für ein späteres Testament wie für einen späteren Erbvertrag des Erblassers mit einem Dritten. Der Gedanke reicht auch hier insofern weiter als der Wortlaut, als auch die vertragsmäßige Auflage gegenüber späteren Verfügungen den gleichen Schutz genießt wie eine vertragsmäßige Zuwendung (s. oben Erl. 2a). Der Erblasser wird durch den Abschluß des Erbvertrags nicht in der Testierfähigkeit beschränkt, die später getroffene Verfügung von Todes wegen ist daher nicht schlechthin nichtig, sie ist nur in dem bezeichneten Umfang unwirksam. Demnach ist eine spätere Verfügung vollwirksam, wenn sie sich auf einen anderen Gegenstand (Erbteil oder Einzelgegenstand) bezieht oder über denselben Gegenstand nur dieselbe Bestimmung trifft wie die frühere vertragsmäßige Verfügung (vgl. § 1948 Abs. 2) oder wenn sie nur für

den Fall gelten soll, daß die vertragsmäßige Verfügung ihre Wirksamkeit verliert (Schiffner S. 140). Aber auch ohne eine solche ausdrückliche Bestimmung gewinnt die spätere Verfügung Bestand, wenn nach ihrer Errichtung der Erbvertrag durch Aufhebung oder durch Rücktritt des Erblassers beseitigt wird (§§ 2290—2297; vgl. Cosack II § 361 Anm. 53; Endemann III § 60 Anm. 2; Frommhold Anm. 1b). Die gleiche Wirkung tritt hier auch dann ein, wenn der vertragsmäßig Bedachte vor oder nach dem Erbfalle durch vorzeitiges Versterben, Erbverzicht, Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit wegfällt (§§ 1923, 2160, 2352, 1953, 2180, 2344, 2345, vgl. Schiffner S. 140, Strohal I § 46 Anm. 2 und für gem. Recht RG. 4 S. 175). Von einer Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten kann nach seinem Wegfalle nicht die Rede sein, der Wille des Erblassers aber steht hinter der späteren Verfügung. Der Richter oder Notar darf daher die Aufnahme eines Testaments nicht deswegen ablehnen, weil die vom Erblasser zu treffende Verfügung eine ältere vertragsmäßige Verfügung beeinträchtigen würde.

Wenn zur Zeit des Erbfalls eine Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten vorliegt, entsteht die Frage, ob die spätere Verfügung schlechthin oder nur im Verhältnisse zu dem früher vertragsmäßig Bedachten unwirksam ist. Soweit eine Kollision zwischen zwei Erbeinsetzungen vorliegt, ist die spätere Erbeinsetzung jedenfalls absolut unwirksam, da die Frage, wer Erbe ist, nur einheitlich gegenüber Allen entschieden werden kann. Der in der späteren Verfügung Eingesetzte kann weder die Erteilung eines Erbscheins verlangen, denn ein Erbschein unter Vorbehalt eines fremden Erbrechts ist unzulässig (vgl. Erl. 5 zu §§ 1964, 1965), noch kann er gegen einen anderen als den vertragsmäßig Eingesetzten den Erbschaftsanspruch geltend machen, weil dieser nicht ein sog. „besseres", sondern ein unbedingtes Erbrecht auf Seiten des Klägers voraussetzt (Erl. 4a zu § 2018). In dem gleichen Sinne wird die Frage aber auch zu entscheiden sein, soweit zwischen zwei Vermächtnisanordnungen oder zwischen einer Erbeinsetzung und der Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage eine Kollision in der Weise möglich ist, daß davon ein Dritter berührt wird. Es kann mithin gegenüber dem später bedachten Vermächtnisnehmer auch der Beschwerte sich darauf berufen, daß der Erblasser denselben Gegenstand schon früher vertragsmäßig einem anderen zugewendet habe oder daß der Nachlaß bzw. das beschwerte Vermächtnis (§ 2187) zur Erfüllung beider Vermächtnisse nicht ausreiche und der vertragsmäßig Bedachte den Vorzug habe (s. oben Erl. 2b). Da der Beschwerte dem vertragsmäßig Bedachten für dessen vorzugsweise Befriedigung haftbar ist, kann von einer exceptio de jure tertii nicht gesprochen werden. Die ganze Frage ist jedoch bestritten; Schiffner S. 140 Anm. 20 und Böhm S. 230 wollen nur eine relative Unwirksamkeit anerkennen; vgl. auch M. V S. 509; wie hier Strohal I § 46 Anm. 3.

b) Ausnahmsweise ist die spätere Verfügung von Todes wegen gegenüber dem Erbvertrag in folgenden Fällen wirksam:

α) Der Erblasser kann sich in dem Erbvertrage das Recht vorbehalten, spätere Verfügungen von Todes wegen vollwirksam zu treffen, sofern nur der Erbvertrag nicht durch den Vorbehalt seines Charakters als bindende Verfügung entkleidet wird (M. V S. 332). Vorzugsweise wird es sich dabei um die Zulässigkeit von Beschränkungen oder Beschwerungen handeln, z. B. um die spätere Anordnung einer Nacherbeinsetzung oder Testamentsvollstreckung sowie von Vermächtnissen oder Auflagen. Letztere können sowohl bezüglich bestimmter Gegenstände als auch allgemein bis zu einer gewissen Höhe, sei es eine feste Summe, sei es ein Bruchteil des künftigen Nachlasses vorbehalten werden. Wird die vorbehaltene Verfügung nicht getroffen, so berührt dies nach der Auslegungsregel des § 2086 (§ 2279) nicht die Wirksamkeit der vertragsmäßigen Verfügung; der Gegenstand, auf den sich der Vorbehalt bezog, fällt dem vertragsmäßig Bedachten zu. Hiermit nicht zu verwechseln ist eine Bestimmung der im § 2149 gedachten Art, die als Vermächtnis an die gesetzlichen Erben gedeutet wird; andererseits ist von dem Vorbehalte späterer beschränkender Verfügungen der Vorbehalt des Rücktritts nach § 2293 zu unterscheiden. (Vgl. Hellwig S. 645; Schiffner S. 141 ff.; s. auch Erl. 3b zu § 2298).

β) Soweit der Erblasser nach den §§ 2293—2295 berechtigt ist, vom Erbvertrage zurückzutreten, kann er nach dem Tode des anderen Vertragschließenden die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben (§ 2297).

γ) Wenn der durch die vertragsmäßige Verfügung Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers ist und bezüglich seiner die Voraussetzungen der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht vorliegen, kann der Erblasser nach Abs. 2 durch eine spätere letztwillige Verfügung diejenigen Anordnungen treffen, welche in dem gleichen Falle nach § 2338 zwecks Beschränkung des Pflichtteilsrechts zulässig sind (Nachberufung der

§. 2290. Ein Erbvertrag sowie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung kann durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben. Nach dem Tode einer dieser Personen kann die Aufhebung nicht mehr erfolgen.

Der Erblasser kann den Vertrag nur persönlich schließen. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Steht der andere Theil unter Vormundschaft, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn er unter elterlicher Gewalt steht, es sei denn, daß der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird.

Der Vertrag bedarf der im §. 2276 für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form.

Abkömmlinge des Bedachten, Anordnung einer Testamentsvollstreckung). Die Anordnung kann bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden ohne dessen Zustimmung und Vorwissen erfolgen; ist der Bedachte nicht zugleich der Vertragsgenosse, so kann sie auch nach dem Tode des letzteren getroffen werden. Sie gilt als im Sinne der Vertragschließenden gelegen, als eine durch familienrechtliche Fürsorge gebotene Modifikation des Erbvertrags, die dessen wesentlichen Inhalt unberührt läßt; ein Verzicht des Erblassers auf die fragliche Befugnis ist nach § 138 Abs. 1 unwirksam (P. II Bd. 5 S. 422, Bd. 6 S. 352). Die Anordnung erfolgt auch bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden durch letztwillige Verfügung, nicht in der Form des Rücktritts nach § 2296; durch Erbvertrag mit einem Dritten kann sie nicht getroffen werden. Gemäß § 2338 Abs. 2 Satz 1 finden die Vorschriften des § 2336 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung, auch ist die Anordnung gemäß § 2338 Abs. 2 Satz 2 unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls sich die Verhältnisse in der dort bezeichneten Weise geändert haben (vgl. Schiffner S. 181 f.; s. auch Erl. V zu § 2271).

4. Ist in dem Erbvertrage der andere Vertragschließende als Erbe eingesetzt und gehört er zu den gesetzlichen Erben, so fragt sich, ob in dem Abschlusse des Erbvertrags ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht zu erblicken ist. Der E. I § 1950 hatte eine Auslegungsregel im verneinenden Sinne aufgestellt (vgl., auch wegen des bisherigen Rechtes, M. V S. 326 f.). Die zweite Kommission hat jedoch diese Vorschrift in der Erwägung gestrichen, daß der Wortsinn des Erbvertrags entscheide (P. II Bd. 5 S. 387 f.). Sachlich wird der Satz des E. I als richtig anzuerkennen sein.

5. Wegen der Einwirkung, die der Abschluß eines auf Einführung der Gütergemeinschaft gerichteten Ehevertrags auf frühere letztwillige Verfügungen der Ehegatten hat, s. die Erl. zu §§ 1482, 1483.

§ 2290.

E. I § 1957; II § 2156 rev. § 2264; III § 2263. P. I S. 9947 ff., 9965 ff., 11371 f., 11390 ff., 12256 f.; M. V S. 339 ff. P. II Bd. 5 S. 407 f.; Bd. 6 S. 100.

Die §§ 2290–2292 handeln von der **Aufhebung des Erbvertrags im Wege beiderseitigen Einverständnisses, und zwar der § 2290 von der Aufhebung durch Vertrag.**

1. Daß ein Erbvertrag seinem ganzen Inhalte nach oder betreffs einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung **durch Vertrag aufgehoben werden kann,** ist eine Folgerung aus der Vertragsnatur des Geschäfts. Wie der begründende ist auch der aufhebende Akt ein wahrer Vertrag, Aufhebung der Verfügung durch Willenseinigung (contrarius consensus); so Schiffner S. 161, 169; Strohal I § 46 II; auch Endemann III § 60 Anm. 21; a. A. Hellwig S. 628, 630, der in dem Aufhebungsvertrage nur einen Widerruf mit Zustimmung des anderen Teiles erblickt. Der Aufhebungsvertrag kann nur zwischen den Personen geschlossen werden, die den Erbvertrag geschlossen haben, also von dem Erblasser mit dem anderen Teile, ohne Unterschied, ob letzterer selbst in dem Erbvertrage bedacht ist oder nicht. Der Zustimmung des bedachten Dritten bedarf es nicht, da dieser aus dem Erbvertrag erst mit dem Erbfall ein Recht erwirbt (M. V S. 348; vgl. Erl. 2 zu § 1941). Andererseits wird durch den Abs. 1 Satz 2 die Annahme ausgeschlossen, daß mit dem Tode des anderen Vertragschließenden, soweit Verfügungen zugunsten Dritter in Frage stehen, die Befugnis zum Abschluß eines Aufhebungsvertrags auf den Erben

des anderen Vertragschließenden übergehe. Nach dem Tode des letzteren kann die Aufhebung nur in gewissen Fällen in anderer Form erfolgen (§ 2297, § 2298 Abs. 2 Satz 3, vgl. auch § 2281 Abs. 2). Die aufhebende Wirkung eines nach § 2290 geschlossenen Vertrags kann übrigens auf die Bindung des Erblassers beschränkt werden, so daß die Verfügung von Todes wegen selbst als einseitige bestehen bleibt (Hellwig S. 632; Schiffner S. 159f.; Strohal I § 46 II; vgl. Erl. 2 zu § 2279). Eine vertragsmäßige Zuwendung an einen Dritten kann nach § 2352 Satz 2 auch durch Vertrag des Erblassers mit dem Dritten aufgehoben werden. Ein solcher Vertrag hat die Natur eines Erbverzichts und unterliegt bezüglich der Fähigkeit beider Teile, der Vertretung und der Form weniger strengen Anforderungen als der Aufhebungsvertrag nach § 2290 (vgl. §§ 2347, 2348; Strohal I § 46 II; Küntzel in Gruch. Bd. 41 S. 610).

2. Betreffs der **Erfordernisse auf seiten der beiden Vertragschließenden** bestimmt

a) Abs. 2, daß der Erblasser den Aufhebungsvertrag nur persönlich schließen kann. Da der Vertrag die Beerbung des Erblassers zum Gegenstande hat, entspricht der Ausschluß der Vertretung dem Grundsatze der §§ 2064, 2274. Demgemäß ist die vertragsmäßige Aufhebung des Erbvertrags unmöglich, wenn der Erblasser geschäftsunfähig geworden ist. Dagegen ist er bei beschränkter Geschäftsfähigkeit selbständig, ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, zum Abschlusse des Vertrags befugt, weil er durch diesen von einer Beschränkung seiner Verfügungsmacht befreit wird (vgl. § 107). Die gleichen Vorschriften gelten für die Anfechtung und für den Rücktritt des Erblassers (§ 2282 Abs. 1, § 2296 Abs. 1).

b) Hinsichtlich der Vertretung des anderen Teiles entscheiden die allgemeinen Grundsätze (M. V S. 340). Der Aufhebungsvertrag kann daher auf dieser Seite durch einen Bevollmächtigten oder durch den gesetzlichen Vertreter geschlossen werden. Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit (wegen Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen) ist nach §§ 107, 114 die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, gleichviel ob der andere Vertragschließende oder ein Dritter in dem Erbvertrage bedacht ist. Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so bedarf der Vertrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Abs. 3 Satz 1; vgl. § 1437 Abs. 2 Satz 2, § 1822 Nr. 1, 2). Dies gilt nach § 1915 entsprechend auch im Falle einer Pflegschaft, wenn der Aufhebungsvertrag durch den Pfleger oder durch die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Partei unter Zustimmung des Pflegers geschlossen wird, während die gerichtliche Genehmigung natürlich nicht erforderlich ist, wenn der unter Pflegschaft Stehende in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt ist und den Vertrag persönlich schließt (M. V S. 340). Steht die Partei unter elterlicher Gewalt, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gleichfalls erforderlich, ausgenommen wenn der Aufhebungsvertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts können auch nachträglich erteilt werden. Sind sie unterblieben, so kann nach erlangter unbeschränkter Geschäftsfähigkeit der Vertragschließende selbst den Aufhebungsvertrag formlos genehmigen (§ 108 Abs. 3). Die Vorschriften des Abs. 3 entsprechen den für den Erbverzicht geltenden Vorschriften des § 2347 Abs. 1 (vgl. P. II Bd. 6 S. 100).

3. **Für den Abschluß des Aufhebungsvertrags wird** im Abs. 4 wegen der Wichtigkeit des Geschäfts **dieselbe Form vorgeschrieben**, deren es nach § 2276 zur Errichtung des Erbvertrags bedarf. Regelmäßig ist mithin der Vertrag vor einem Richter oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile und unter Beobachtung der Förmlichkeiten der Testamentserrichtung zu schließen. Von der Möglichkeit der Übergabe einer Schrift (§ 2238) wird wohl nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Parteien nicht den ganzen Erbvertrag, sondern nur eine einzelne Verfügung aufheben wollen. Machen die Parteien in diesem Falle von dem Inhalte der Schrift keine Mitteilung und treffen sie keine gegenteilige Bestimmung, so wird die Schrift nebst dem nach §§ 2240, 2276 aufgenommenen Protokolle versiegelt und in besondere Verwahrung gebracht, was auch durchaus zweckmäßig ist (§§ 2246, 2277). Im allgemeinen findet jedoch ein amtlicher Verschluß und eine Einbringung zur besonderen Verwahrung bezüglich der über den Aufhebungsvertrag errichteten Urkunde nicht statt (vgl. Jastrow II S. 320). Zur Aufhebung eines Erbvertrags, der unter Ehegatten oder Verlobten besteht, genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form, wenn der Aufhebungsvertrag mit einem Ehevertrage (d. h. auch mit einem Vertrag über die Aufhebung eines vereinbarten Güterstandes) in derselben Urkunde verbunden wird (§§ 1432, 1434, § 2276 Abs. 2, s. Erl. 3 zu § 2276). Dies gilt auch dann, wenn der Erbvertrag in der strengeren Form des § 2276 Abs. 1 errichtet ist, sei es, daß die Parteien zur Zeit der Errichtung noch nicht Ehegatten oder Verlobte waren oder daß sie von der leichteren Form des § 2276 Abs. 2 nur keinen Gebrauch gemacht haben.

§. 2287. Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.

Der Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Anfalle der Erbschaft an.

Abs. 3); soweit er sich in einem mit dem Erbvertrage verbundenen Vertrage zu einer Leistung verpflichtet hat, kann er sich unter Umständen durch Rücktritt oder Kondiktion seines Versprechens helfen (s. hierüber Erl. 3 zu § 2295).

4. **Bei einem vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Erbvertrage** bemißt sich die Bindung des Erblassers auch hinsichtlich der Verfügungen unter Lebenden nach den bisherigen Gesetzen (EG. Art. 214 Abs. 2).

§ 2287.

G. I § 1952 Abs. 1, 2; II § 2153 rev. § 2261; III § 2260. P. I S. 9989 ff.; M. V S. 328 ff. P. II Bd. 5 S. 389 ff.; Bd. 6 S. 351. D. S. 738.

1. **Einschränkung der Regel des § 2286 zugunsten des Vertragserben in Beziehung auf Schenkungen des Erblassers.** Nach der juristischen Natur des Erbvertrags unterliegt der Erblasser unter Lebenden keiner Beschränkung in der Verfügung über sein Vermögen. Dieser im § 2286 ausgesprochene Grundsatz wird im § 2287 zugunsten des Vertragserben insoweit eingeschränkt, daß letzterer gegen einen offenbaren Mißbrauch des Verfügungsrechts gesichert ist. Dem Willen der Vertragschließenden entspricht es nicht, daß der Erblasser in der Lage sein soll, den wirtschaftlichen Erfolg der Erbeinsetzung absichtlich dadurch zu vereiteln, daß er sein Vermögen unter Lebenden an andere verschenkt. Es wird daher, wenn eine derartige Schenkung erfolgt ist, dem Vertragserben das Recht beigelegt, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zu verlangen. Ein entsprechender Rechtssatz hatte sich bereits in der gemeinrechtlichen Praxis herausgebildet, die jedoch noch weiter ging, indem sie unter gewissen Voraussetzungen dem Vertragserben auch gegenüber entgeltlichen Veräußerungen des Erblassers ein Anfechtungsrecht gewährte (RG. Bd. 28 S. 175, Bd. 41 S. 169; vgl. auch preuß. ALR. I 12 § 625, code civ. art. 1083, 1093).

2. **Über die Voraussetzungen des Anspruchs** ist zu bemerken:

a) *In subjektiver Beziehung muß der Erblasser zu der Vornahme der Schenkung durch die Absicht bestimmt worden sein, den Vertragserben zu beeinträchtigen.* Von einer solchen Absicht kann bei Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, nicht die Rede sein. Aber auch sonstige Schenkungen, die der Erblasser zu idealen Zwecken oder aus persönlichen Rücksichten vornimmt, fallen nicht unter die Vorschrift. Aus dem gleichen Grunde wird eine Ausstattung, die der Erblasser seinem Kinde zuwendet, auch soweit sie wegen Übermaßes als Schenkung gilt (§ 1624), regelmäßig nicht betroffen werden. Das bloße Bewußtsein des Erblassers, daß der Vertragserbe durch die Schenkung geschädigt wird, genügt nicht. Liegt aber bei dem Erblasser die Absicht vor, den Vertragserben zu beeinträchtigen, so kommt es für den Bestand des Anspruchs nicht darauf an, ob der Beschenkte diese Absicht teilt oder kennt (s. jedoch Erl. 4).

b) *In objektiver Hinsicht ist erforderlich, daß eine Schenkung vorliegt.* Entgeltliche Veräußerungen, z. B. auch die Weggabe des ganzen Vermögens gegen Gewährung einer Leibrente, werden nicht betroffen. Ob in dem Abschluß und der Ausführung eines solchen Geschäfts ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt, der den Empfänger nach § 826 zum Ersatze des dem Vertragserben vorsätzlich zugefügten Schadens verpflichtet, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen (M. V S. 330; Wilke Anm. 3). Unter besonderen Umständen können die Voraussetzungen des § 826 auch bei einer Schenkung zutreffen und kann damit gegen den Beschenkten ein weitergehender Anspruch als nach § 2287 begründet sein; Strohal I § 45 Anm. 34). Eine Schenkung auf den Todesfall unterliegt dem § 2287, wenn sie vom Erblasser durch Leistung vollzogen ist (§ 2301 Abs. 2), anderenfalls ist sie gleich einer Verfügung von Todes wegen dem Vertragserben gegenüber unwirksam (§ 2301 Abs. 1, § 2289).

Von selbst versteht sich, daß § 2287 gegenüber einem Geschäfte durchgreift, das sich als verschleierte Schenkung darstellt. Auf die Größe der Schenkung, insbesondere auf das Verhältnis

des Zugewendeten zu dem Gesamtnachlaß oder dem Erbteile des Vertragserben kommt es nicht an. Ebenso kann nicht schlechthin darauf Gewicht gelegt werden, ob die Schenkung aus dem Stammvermögen oder aus den Einkünften gemacht ist. Die zweite Kommission hat allerdings beschlossen, daß die Vorschrift auf Schenkungen aus dem Stamme des Vermögens beschränkt sein solle (P. II Bd. 5 S. 392). Da aber der Gesetzestext eine solche Einschränkung nicht enthält, kann nur als richtig anerkannt werden, daß bei einer Schenkung aus den Einkünften eine Absicht des Erblassers, den Vertragserben zu beeinträchtigen, nicht leicht anzunehmen sein wird; so auch Wilke Anm. 4; a. A. Frommhold Anm. 2a; Schiffner S. 128 Anm. 17; vgl. auch Strohal I § 45 Anm. 33; Windscheid-Kipp III, Zusatz Erbverträge S. 330, VI. Mit Rücksicht auf das eben erwähnte subjektive Erfordernis kommen nur Schenkungen in Betracht, die nach der Schließung des Erbvertrags gemacht sind (a. A. Strohal I § 45 Anm. 35, für den Fall, daß die Schenkung vor dem Erbvertrag in der Absicht gemacht ist, den § 2287 zu umgehen. Im übrigen kann aber die Schenkung beliebig weit vor dem Erbfalle zurückliegen; eine Zeitschranke, wie sie im § 2325 Abs. 3 für den Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils gezogen ist, besteht hier nicht.

3. Der Anspruch aus § 2287 steht dem Vertragserben zu, mag er der andere Vertragschließende oder ein Dritter sein. Der andere Vertragschließende als solcher kann gegen den Beschenkten nichts ausrichten. Der Anspruch entsteht mit dem Anfalle der Erbschaft, also frühestens und regelmäßig mit dem Erbfalle (§§ 1922, 1942). Bei Lebzeiten des Erblassers besteht auch kein bedingter Anspruch und sind daher keinerlei Sicherungsmaßregeln zulässig (s. Erl. 2 zu § 2286; a. A. Wilke Anm. 2). Ebensowenig gehört der Anspruch zum Nachlasse. Da das Ausscheiden des verschenkten Gegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers sich schon vor dem Erbfalle vollzieht, überdies auch der Anspruch nicht jedem Erben, sondern nur dem Vertragserben und daher unter Umständen nur einzelnen Miterben zusteht, kann der Gesichtspunkt der Surrogation nicht als zutreffend anerkannt werden. Die Nachlaßgläubiger können daher das Recht des Vertragserben aus § 2287 nur dann zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, wenn ihnen der Vertragserbe persönlich haftet. Anderenfalls sind sie dem Beschenkten gegenüber auf das Anfechtungsrecht nach der KO. §§ 31, 32, 41 bzw. dem Anfechtungsges. §§ 3, 12 beschränkt (vgl. Strohal I § 45 Anm. 45). Wegen der Geltendmachung des Anspruchs im Falle der Erbenmehrheit s. Erl. 7.

Zweifelhaft ist, ob der Anspruch dem Vertragserben auch dann zusteht, wenn er die Erbschaft ausgeschlagen hat. Aus dem Ausdrucke „Vertragserbe" kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß nur derjenige, welcher auf Grund des Vertrags wirklich Erbe geworden ist, den Anspruch hat; denn der vertragsmäßig eingesetzte Erbe wird, auch bevor der Erbfall eingetreten ist, als Vertragserbe bezeichnet. Der § 2287 verlangt aber nur den „Anfall", nicht den Erwerb der Erschaft. Strohal I § 45 Anm. 43 nimmt an, daß der Anspruch dem Vertragserben regelmäßig nicht zustehe, wenn er die Erbschaft ausgeschlagen habe, daß diese Regel aber nicht ausnahmslos gelte, daß insbesondere dem Vertragserben, welcher die Erbschaft wegen vermeintlicher Überschuldung ausgeschlagen habe, der Anspruch zustehen müsse (ebenso Dernburg V § 99 II 1a, Anm. 5). Eine solche Ausnahme von der Regel dürfte sich indessen schwerlich rechtfertigen lassen. Der § 2287 verlangt zwar nur den Anfall der Erbschaft, nicht die Annahme. Aber der Anfall der Erbschaft gilt nach § 1953 als nicht erfolgt, wenn der berufene Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat. Die Voraussetzung, daß die Erbschaft den Vertragserben angefallen sei, liegt also in dem gedachten Falle nicht mehr vor. Aus welchem Grunde eine Ausnahme von dieser Regel gemacht und wie diese Ausnahme begrenzt werden soll, ist nicht abzusehen. Der durch den Vertrag als Erbe Eingesetzte braucht zur Begründung des Anspruchs allerdings nur den Anfall der Erbschaft, nicht die Annahme zu beweisen, aber der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Gegner die Ausschlagung nachweist.

4. Der Inhalt und Umfang des Anspruchs bemißt sich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es kommen mithin regelmäßig die Vorschriften des § 818 Abs. 1—3 zur Anwendung. Von dem Zeitpunkt an, in welchem der Beschenkte von den Tatsachen Kenntnis erhält, die den Herausgabeanspruch begründen, und spätestens seit dem Eintritte der Rechtshängigkeit haftet der Beschenkte nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1). Die Haftung kann daher auch schon während des Lebens des Erblassers begründet werden, wenn der Beschenkte schon zu dieser Zeit wußte, daß der Erblasser die Schenkung vorgenommen habe, um das Recht des Vertragserben zu beeinträchtigen (Strohal I § 45 Anm. 40; Windscheid-Kipp III Zusatz Erbverträge S. 330 VI).

5. Die im Abs. 2 bestimmte **dreijährige Verjährungsfrist** wird in den M. V S. 328 damit begründet, daß der Anspruch einen deliktsähnlichen Charakter habe. Abweichend von § 852 kommt es jedoch auf die Kenntnis des Vertragserben von der Entstehung des Anspruchs, d. h. von der Schenkung, dem Erbfall und seiner Berufung, nicht an, vielmehr ist im Interesse der Einfachheit und der baldigen Erledigung des Anspruchs schlechthin der Anfall der Erbschaft (§§ 1922, 1942) für maßgebend erklärt. Es entspricht dies sowohl dem allgemeinen Grundsatze des § 198 als auch der Vorschrift des § 2332 Abs. 2 über den Beginn der Verjährung des gegen den Beschenkten gerichteten Anspruchs auf Ergänzung des Pflichtteils.

6. **Hat der Erblasser ein Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt**, das er in der Absicht erteilt hat, den Vertragserben zu benachteiligen, so geht der dem Erben gegen den Beschenkten zustehende Anspruch auf *Befreiung von der Verbindlichkeit*. Die Erfüllung kann der Vertragserbe auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung verjährt ist. Der letztere Satz war im E. I besonders ausgesprochen, die zweite Kommission hat ihn jedoch in der Annahme gestrichen, daß er sich aus § 821 ergebe (P. II Bd. 6 S. 351). Dies wird auch als zutreffend anzusehen sein, wenngleich der Wortlaut des § 821 den Fall nicht ganz deckt (*Schiffner* S. 130; *Böhm* S. 229).

7. **Ist der Vertragserbe nur Teilerbe**, so steht ihm der Anspruch gegen den Beschenkten nur in Ansehung eines seinem Erbteil entsprechenden Bruchteils des Geschenkes zu. Dieser Satz war im E. I und E. II besonders ausgesprochen, ist jedoch bei der Revision des E. II als entbehrlich gestrichen worden. Von *mehreren Vertragserben* ist, wenn die Herausgabe des Geschenkes eine teilbare Leistung darstellt, jeder zu einem entsprechenden Teile des Anspruchs selbständig berechtigt. Denn der auf § 2287 gegründete Anspruch der Vertragserben gehört nicht zum Nachlaß, unterliegt mithin nicht den Grundsätzen der Erbengemeinschaft (§ 2032 Abs. 1, § 2033 Abs. 2, § 2039), sondern den allgemeinen Grundsätzen über die Mehrheit von Gläubigern (§§ 420, 432, 741 ff.). Ist der Vertragserbe als *Miterbe neben gesetzlichen oder testamentarischen Erben* berufen, so steht ihm gegen diese wegen der Schenkungen des Erblassers kein Anspruch zu (*Dernburg* V § 99 II Anm. 6b). In der zweiten Kommission ist ein Antrag, dem Vertragserben gegen die Miterben einen Ersatzanspruch zu gewähren, zunächst abgelehnt, bei der späteren Beratung aber die Frage offen gelassen worden, ob nicht das Verhältnis des Vertragserben zu den Miterben von der Art sei, daß diese ihm vor dem Beschenkten haften (P. II Bd. 5 S. 394, Bd. 6 S. 351). Dies dürfte indessen zu verneinen sein. Der Vertragserbe hat bei Lebzeiten des Erblassers gegen diesen keinen Anspruch, mithin auch nicht kraft des Erbganges gegen seine Miterben. Das Recht des Vertragserben ist zwar gegen willkürliche Beeinträchtigung seitens des Erblassers gesichert, aber es ist seiner Natur nach nicht stärker als das Erbrecht der aus einem anderen Grunde berufenen Miterben. Daß dem Vertragsvermächtnisnehmer nach § 2288 ein entsprechender Anspruch zusteht, fällt nicht ins Gewicht, weil das Recht des Vermächtnisnehmers dem Rechte des Erben allgemein vorgeht; ebensowenig ist der Hinweis darauf stichhaltig, daß für die Ergänzung des Pflichtteils der Erbe vor dem Beschenkten haftet (§§ 2325, 2329). Wie hier *Schiffner* S. 129; *Frommhold* Anm. 2b; a. A. *Fischer-Henle* Anm. 5. Nur das wird anzuerkennen sein, daß der Vertragserbe, wenn der Erblasser ihm durch letztwillige Verfügungen, z. B. durch Vermächtnisse etwas außer seinem Vertragserbteil zugewendet hat, insoweit einen Anspruch gegen den Beschenkten nicht hat, als er infolge jener Zuwendung soviel erhält, als er auf Grund seines Vertragserbrechts ohne die Schenkung erhalten haben würde (*Strohal* I § 45 Anm. 47).

8. **Der Anspruch des Vertragserben gegen den Beschenkten kann in dem Erbvertrag ausgeschlossen werden.** Es läßt sich dagegen nicht etwa einwenden, daß eine solche Klausel gegen die guten Sitten verstoßen würde (§ 138 Abs. 1, vgl. § 276 Abs. 2), vielmehr ist die fragliche Klausel dahin auszulegen, daß der Erblasser sich das Recht zu Schenkungen unter Lebenden schlechthin vorbehalten und jede Erörterung über die Motive einer etwaigen Schenkung abschneiden will. Ist aber das Recht des Vertragserben dergestalt abgeschwächt, so wird er durch die Vornahme einer Schenkung niemals beeinträchtigt. Der fragliche Vorbehalt kann nicht unzulässig sein, da doch der Erblasser sich das Recht vorbehalten kann, von dem Erbvertrage gänzlich zurückzutreten (§ 2293; a. A. *Windscheid-Kipp* III, Zusatz Erbverträge S. 330 ff. VIc wegen des § 276 Abs. 2, der aber nach der obigen Auffassung einer Vertragsbestimmung der fraglichen Art nicht in Betracht kommen kann; wie hier *Strohal* I § 45 Anm. 36; *Herzfelder* Erl. 6 zu § 2287).

§. 2288. Hat der Erblasser den Gegenstand eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, zerstört, bei Seite geschafft oder beschädigt, so tritt, soweit der Erbe dadurch außer Stand gesetzt ist, die Leistung zu bewirken, an die Stelle des Gegenstandes der Werth.

Hat der Erblasser den Gegenstand in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, veräußert oder belastet, so ist der Erbe verpflichtet, dem Bedachten den Gegenstand zu verschaffen oder die Belastung zu beseitigen; auf diese Verpflichtung finden die Vorschriften des §. 2170 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Ist die Veräußerung oder die Belastung schenkweise erfolgt, so steht dem Bedachten, soweit er Ersatz nicht von dem Erben erlangen kann, der im §. 2287 bestimmte Anspruch gegen den Beschenkten zu.

§ 2288.

E. I § 1956 Abs. 3 Satz 2; II § 2154 rev. § 2262; III § 2261. P. I S. 10045 ff.; M. V S. 337. P. II Bd. 5 S. 404 f. D. S. 738 f.

1. **Sicherung des Vertragsvermächtnisnehmers.** Der größtenteils auf Beschlüssen der zweiten Kommission beruhende § 2288 sichert den Vertragsvermächtnisnehmer gegen böswillige Beeinträchtigung seines Rechtes durch den Erblasser und bildet gleich dem § 2287 eine Ausnahme von dem im § 2286 ausgesprochenen Grundsatze der freien Verfügung des Erblassers unter Lebenden. Die Vorschriften des § 2288 haben nur für das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes Bedeutung. Ausnahmsweise dürfte indessen der § 2288 auch bei einem Gattungsvermächtnisse dann Anwendung finden können, wenn der Erblasser die Erfüllung eines solchen Vermächtnisses in der im § 2288 bestimmten Weise unmöglich gemacht hat. Dies ist z. B. denkbar bei einem sog. gemischt-generischen Vermächtnisse (Strohal I § 45 II Erl. 3; a. A. Herzfelder Erl. I zu § 2288 und die frühere Auflage). Nicht richtig ist es, wenn dem § 2288 vielfach (z. B. von Schiffner S. 132 Anm. 8; Frommhold Anm. 1) auch für das Verschaffungsvermächtnis jede Bedeutung abgesprochen wird (vgl. auch Strohal I § 45 Anm. 57). Hat der Erblasser einen bestimmten Gegenstand ohne Rücksicht darauf vermacht, ob er zur Zeit des Erbfalls zur Erbschaft gehören werde oder nicht, so führen allerdings für den Fall der Veräußerung oder der Belastung dieses Gegenstandes der § 2170 und der § 2182 Abs. 2 in Verbindung mit § 434 zu demselben Ergebnisse, das aus § 2288 Abs. 2 zu folgern sein würde (s. Erl. 3 zu § 2182) dagegen würde im Falle der Zerstörung oder der Beschädigung des vermachten Gegenstandes ohne den § 2288 eine Ersatzpflicht des Erben auch bei dem Verschaffungsvermächtnisse nicht bestehen. Denn der § 2170 Abs. 2 (s. dort Erl. 2) betrifft nur den Fall der subjektiven Unmöglichkeit, während die Zerstörung des Gegenstandes eine objektive Unmöglichkeit der Leistung begründet, die nach § 2171 das Vermächtnis unwirksam macht, und für eine zur Zeit des Erbfalls vorhandene Beschädigung bei dem Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes überhaupt nicht Ersatz zu leisten ist (Erl. 3 zu § 2183). Nicht minder sind die Fälle der Verbindung ꝛc. auch für das Verschaffungsvermächtnis von Bedeutung (s. Erl. 2a). Immerhin findet der § 2288 hauptsächlich bei dem Vermächtnis eines bestimmten, dem Erblasser gehörenden Gegenstandes Anwendung. Ein solches Vermächtnis würde nach §§ 2169, 2171, 2279 unwirksam sein, wenn der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht mehr im Nachlasse vorhanden ist; im Falle der Belastung würde der Bedachte nicht die Beseitigung des fremden Rechtes, im Falle der Beschädigung nicht den Ersatz der Wertminderung verlangen können (§ 2165 Abs. 1, Erl. 2 zu § 2164). Diese Folgen werden im § 2288 für den Fall ausgeschlossen, daß der Erblasser in der Absicht, den Bedachten zu beeinträchtigen, die schädigende Handlung vorgenommen hat. Die subjektive Voraussetzung entspricht der des § 2287, der objektive Tatbestand aber ist hier weiter als dort, indem außer Schenkungen auch entgeltliche rechtliche Verfügungen und rein tatsächliche Verfügungen getroffen werden. Der Anspruch des geschädigten Vermächtnisnehmers richtet sich in erster Linie gegen den Erben. Er steht insoweit anstelle des Vermächtnisanspruchs oder ergänzend neben ihm, ist daher auch von derselben rechtlichen Natur (Nachlaßverbindlichkeit) und von demselben Range wie jener (Endemann III § 62 Anm. 2c). Wenn es sich jedoch um eine schenkweise erfolgte Veräußerung oder Belastung handelt, steht dem Bedachten subsidiär ein Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten zu (Abs. 2 Satz 2).

2. **Über die objektiven Voraussetzungen und den Inhalt des gegen den Erben gerichteten Anspruchs** ist im einzelnen folgendes zu sagen:

a) Der Abs. 1 betrifft die Fälle tatsächlicher Beeinträchtigung des Vermächtnisses durch Zerstören, Beiseiteschaffen oder Beschädigen des vermachten Gegenstandes. Es fällt hierunter auch das Verzehren oder sonstige Verbrauchen, sofern es nicht nur aus Eigennutz, sondern in der Absicht, den Bedachten zu schädigen, geschieht. Ferner werden auch die Fälle getroffen, in denen zufolge einer Verbindung, Vermischung oder Vermengung, einer Verarbeitung oder Umbildung das an der vermachten Sache bestehende besondere Eigentum untergeht, weil auch in diesen Fällen, wenn der Erblasser der Urheber ist, nach §§ 2172, 2279 an sich das Vermächtnis unwirksam ist (vgl. Erl. 1a zu § 2172; Schiffner S. 132f.). In allen diesen Fällen muß der Erbe, soweit er durch die Handlung des Erblassers außerstande gesetzt ist, die Leistung zu bewirken, anstelle des vermachten Gegenstandes den Wert entrichten. Im Falle der Beschädigung ist mithin neben dem beschädigten Gegenstande Vergütung für die Wertminderung zu leisten. Übrigens ist nur der gemeine Sachwert, nicht das Interesse des Bedachten entscheidend.

b) Im Abs. 2 werden die Fälle der entgeltlichen oder unentgeltlichen Veräußerung oder Belastung behandelt. An sich fällt hierunter auch die Einziehung einer vermachten Forderung, doch hat der § 2288 für diesen Fall regelmäßig nur insoweit Bedeutung, als es sich nicht um eine Geldforderung handelt und der an den Erblasser geleistete Gegenstand sich nicht mehr im Nachlasse vorfindet, da anderen Falles das Vermächtnis schon nach den Auslegungsregeln des § 2173 aufrecht erhalten wird (vgl. Schiffner S. 134). Die Verpflichtung des Erben geht dahin, dem Bedachten den Gegenstand rechtlich und tatsächlich zu verschaffen bzw. die Belastung zu beseitigen. Ist der Erbe hierzu außerstande, so hat er den Wert des Gegenstandes zu entrichten bzw. die durch die Belastung bewirkte Wertminderung zu vergüten. Ist die Verschaffung bzw. die Beseitigung der Belastung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so kann sich der Erbe durch Entrichtung des Wertes bzw. der Differenz befreien (Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 2170 Abs. 2).

3. Der im Abs. 2 Satz 2 **für den Fall einer schenkweise erfolgten Veräußerung oder Belastung dem Vertragsvermächtnisnehmer gegebene Anspruch gegen den Beschenkten** beruht auf demselben Gedanken und ist von derselben Natur wie der im § 2287 bestimmte Anspruch des Vertragserben. Er geht mithin auf Herausgabe des Geschenkes nach den Grundsätzen des Kondiktionenrechts. Der Anspruch besteht jedoch nur, soweit der Bedachte den vermachten Gegenstand oder Ersatz für ihn nicht von dem Erben erlangen kann; die Beweislast für diese negative Voraussetzung trifft den Bedachten (s. Bd. I Vorbm. V, 5). Es kommt hier, abweichend von § 2329, nur darauf an, daß der Ersatz von dem Erben tatsächlich nicht zu erlangen ist; natürlich besteht der Anspruch gegen den Beschenkten aber auch dann, wenn der Erbe die Beschränkung seiner Haftung geltend macht und der Nachlaß zur Befriedigung des Vermächtnisnehmers nicht ausreicht. Der Anspruch gegen den Beschenkten verjährt nach § 2287 Abs. 2 in drei Jahren von dem Anfalle des Vermächtnisses an (§§ 2176—2178). Mißverstanden ist der Abs. 2 Satz 2 von Endemann III § 62 Anm. 14.

Bedenklich dürfte es sein, mit Strohal I § 45 Anm. 61 dem Bedachten bei einem Verschaffungs- oder Gattungsvermächtnis oder bei dem Vermächtnis einer bestimmten Geldsumme einen Bereicherungsanspruch gegen einen Beschenkten auch dann zu gewähren, wenn der Erblasser durch die Schenkung sein Vermögen erschöpft und dadurch die Durchsetzbarkeit des Anspruchs vereitelt hat. Der hier vorausgesetzte Tatbestand ist von den im § 2288 bestimmten doch so wesentlich verschieden, daß ein Anspruch der gedachten Art aus dem § 2288 nicht wohl abgeleitet werden kann.

4. **Die Vorschriften des § 2288 sind,** wie in der zweiten Kommission festgestellt wurde, **nicht bloße Auslegungsregeln.** Andererseits sind sie trotz des Vorliegens ihrer objektiven Voraussetzungen in solchen Fällen nicht für anwendbar zu erachten, in denen nach den Umständen von einer Beeinträchtigung des Bedachten nicht gesprochen werden kann. Dies trifft dann zu, wenn der andere Vertragschließende gemäß § 2291 seine Zustimmung dazu erteilt hat, daß der Erblasser das Vermächtnis durch Testament aufhebe (Strohal I § 46 I 4 Abs. 2). Das Gleiche kann nicht ohne weiteres schon deshalb angenommen werden, weil ein Fall vorliegt, in dem der Erblasser zum Rücktritte berechtigt ist (§§ 2293—2295); denn solange der Erblasser von dem Rücktritte nicht in der vorgeschriebenen Form Gebrauch gemacht hat, ist er gebunden (s. Erl. 1 zu § 2293). In aller Regel wird aber in einem solchen Falle nicht angenommen werden können, daß der Erblasser eine der im § 2288 bezeichneten Handlungen in der Absicht vorgenommen habe, den Bedachten zu beeinträchtigen, und wird aus diesem Grunde der § 2288 unanwendbar.

§. 2289. Durch den Erbvertrag wird eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. In dem gleichen Umfang ist eine spätere Verfügung von Todeswegen unwirksam, unbeschadet der Vorschrift des §. 2297.

Ist der Bedachte ein pflichttheilsberechtigter Abkömmling des Erblassers, so kann der Erblasser durch eine spätere letztwillige Verfügung die nach §. 2338 zulässigen Anordnungen treffen.

---

5. **Durch den Erbvertrag kann die Anwendung des § 2288 ebenso wie die des § 2287 ausgeschlossen werden** (s. Erl. 8 zu § 2287; Strohal I § 45 Anm. 48). Die von Dernburg V § 99 II Anm. 13 gemachte Unterscheidung, ob sich der Erblasser die freie Verfügung über die vermachten Gegenstände vorbehalten hat oder ob bestimmt ist, daß der Erblasser das Recht des Bedachten absichtlich zu beeinträchtigen befugt sei und die daran geknüpfte Folgerung, daß eine Vereinbarung der erstgedachten Art zulässig, eine Vereinbarung der letztgedachten Art aber als gegen die guten Sitten verstoßend unzulässig sei, dürfte ohne praktische Bedeutung sein; denn eine Vereinbarung der letzteren Art wird regelmäßig in dem Sinne auszulegen sein, daß damit eine Vereinbarung der erstgedachten Art gemeint ist.

§ 2289.

E. I § 1953 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2; II § 2155 rev. § 2263; III § 2262. P. I E. 9997 ff.; M. V E. 331 f. P. II Bd. 5 E. 395 f., 422; Bd. 6 E. 351 ff. D. E. 739.

1. **Der § 2289 regelt das Verhältnis des Erbvertrags zu einer Verfügung von Todes wegen, die der Erblasser vor oder nach dem Abschlusse des Erbvertrags getroffen hat,** und zwar bestimmt Abs. 1 Satz 1 die Einwirkung des Erbvertrags auf eine frühere letztwillige Verfügung, während im Abs. 1 Satz 2 und im Abs. 2 die Wirksamkeit späterer Verfügungen behandelt wird. Wegen des Verhältnisses vertragsmäßiger Verfügungen zu solchen letztwilligen Verfügungen, die gleichzeitig und in äußerer Verbindung mit dem Erbvertrag errichtet werden, s. Erl. 1 zu § 2299.

2. **Zu dem im Abs. 1 Satz 1 aufgestellten Grundsatz** ist Folgendes zu bemerken:

a) Während eine frühere letztwillige Verfügung durch die Errichtung eines Testaments nach § 2258 Abs. 1 nur insoweit aufgehoben wird, als das spätere Testament mit ihr in Widerspruch steht, hat ein späterer Erbvertrag einer solchen Verfügung gegenüber schon insofern und insoweit aufhebende Wirkung, als die frühere letztwillige Verfügung die Ausführung der vertragsmäßigen Verfügung beeinträchtigen würde (Strohal I § 45 IV 1). Im Gesetzestext ist nur von einer Beeinträchtigung des Rechtes des Bedachten die Rede, ihrem Gedanken nach soll aber die Vorschrift unzweifelhaft auch der vertragsmäßigen Anordnung einer Auflage zugute kommen, bei der kein Recht und überhaupt kein Bedachter vorhanden ist (vgl. Schiffner S. 138 Anm. 4; Strohal I § 45 Anm. 80). Der Grund für die weitergehende Wirkung des Erbvertrags liegt in dem Vertragselemente dieser Verfügung von Todes wegen. In der vorbehaltlosen vertragsmäßigen Zuwendung liegt die Zusicherung an den Vertragsgenossen, daß dem Bedachten das Zugewendete so zukommen soll, wie wenn keine letztwillige Verfügung darüber getroffen wäre. Die frühere letztwillige Verfügung tritt daher, auch wenn sie mit der vertragsmäßigen Verfügung nicht im Widerspruche steht, außer Kraft, soweit sie das rechtliche oder das wirtschaftliche Ergebnis der letzteren beeinträchtigen würde. Insbesondere verliert ein letztwilliges Vermächtnis seine Kraft gegenüber einer späteren vertragsmäßigen Erbeinsetzung; der § 2161 findet hier keine Anwendung. Auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist gegenüber dem später eingesetzten Vertragserben unwirksam (s. die Vorbm. 2 vor § 2274; a. A. Böhm S. 230). Ob der Erblasser bei der Schließung des Erbvertrags den Willen hatte, die letztwillige Verfügung aufzuheben, ist unerheblich (M. V S. 331). Auch die Kenntnis des Vertragsgenossen von der letztwilligen Verfügung schließt die aufhebende Wirkung des Erbvertrags noch nicht aus (Cosack II § 361 bei Anm. 43), vielmehr ist hierzu das beiderseitige Einverständnis über die Aufrechterhaltung der früheren Verfügung notwendig.

b) Besonders zu beachten ist die Einwirkung eines vertragsmäßig angeordneten Vermächtnisses auf ein früheres letztwilliges Vermächtnis. Wendet der Erblasser denselben bestimmten Gegenstand, den er bereits letztwillig vermacht hat, später durch vertragsmäßige Verfügung einem anderen zu, so wird er dabei in der Regel die Absicht haben, die frühere Verfügung ganz aufzuheben. Will er dies jedoch nicht, sondern beabsichtigt er, die beiden

Bedachten zu Gesamtgläubigern zu machen, so würde an sich, da das Vermächtnis nach § 2174 nur eine Forderung begründet, das Recht des letztwillig Bedachten neben dem des Vertragsvermächtnisnehmers bestehen können. Da aber die Stellung eines Gesamtgläubigers gegenüber der des alleinigen Gläubigers eine weniger vorteilhafte ist, wird der Vertragsvermächtnisnehmer doch durch die letztwillige Verfügung beeinträchtigt und braucht sie daher nicht gegen sich gelten zu lassen. Hat sowohl das letztwillige als auch das später errichtete vertragsmäßige Vermächtnis die Zahlung einer Geldsumme oder eine sonstige gattungsmäßige Leistung zum Gegenstande, so muß, wenn der Nachlaß zur Entrichtung beider Vermächtnisse nicht ausreicht, auf Grund des § 2289 dem vertragsmäßigen Vermächtnisse der Vorrang vor dem letztwillig errichteten zuerkannt werden. Die Vorschrift der KO. § 226 Abs. 3 Satz 2, die zunächst eine nach BGB. § 2189 ausdrücklich getroffene Anordnung vor Augen hat, ist daher auch auf den Fall der Konkurrenz eines letztwilligen und eines später errichteten vertragsmäßigen Vermächtnisses zu beziehen (vgl. auch BGB. § 1991 Abs. 4, § 1992; vgl. Strohal I § 45 Anm. 81).

c) Ist die frühere letztwillige Verfügung als korrespektive in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffen, so kann sie bei Lebzeiten des anderen Ehegatten nur durch einen mit diesem geschlossenen Erbvertrag aufgehoben werden (§ 2271 Abs. 1 Satz 2, s. dort Erl. II 2b). Nach dem Tode des anderen Ehegatten kann der Erblasser eine solche Verfügung durch einen Erbvertrag mit einem Dritten nur dann aufheben, wenn er das ihm von dem Verstorbenen Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1, s. dort Erl. IV 1c). Der Fall einer Verfehlung des durch die korrespektive Verfügung Bedachten (§ 2271 Abs. 2 Satz 2) kommt nicht in Betracht, da aus dem Zitate des § 2336 zu entnehmen ist, daß die Aufhebung der Verfügung in diesem Falle nur durch eine letztwillige Verfügung, nicht durch einen Erbvertrag erfolgen kann (s. die Erl. IV 2 a. E. zu § 2271; a. A. Cosack II § 361 bei Anm. 44; vgl. Strohal I § 45 Anm. 88).

d) Von selbst versteht sich, daß der Erbvertrag die frühere letztwillige Verfügung nicht aufhebt, wenn er nichtig oder anfechtbar und angefochten ist. Die letztwillige Verfügung besteht aber auch dann, wenn die spätere vertragsmäßige Verfügung vor dem Erbfalle durch Aufhebung (§§ 2290—2292) oder durch Rücktritt (§§ 2293—2297) wieder beseitigt wird. Denn in diesen Fällen ist nach § 2258 Abs. 2, § 2279 die frühere Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht aufgehoben worden wäre (Schiffner S. 136 Anm. 9; Wilke Erl. 2; Frommhold Anm. 1a; auch Cosack II § 361 Anm. 45, der jedoch die Analogie des § 2258 Abs. 2 für nicht zweifellos hält). Anders ist zu entscheiden, wenn der Erbvertrag nur durch Vorversterben oder durch Ausschlagung des in ihm Bedachten vereitelt wird (§ 1923 Abs. 1, § 2160; § 1953 Abs. 1, 2, § 2180 Abs. 3). In diesen Fällen bleibt die frühere Verfügung aufgehoben, weil eben der spätere, rechtsgültig ausgesprochene und nicht wieder zurückgenommene Wille des Erblassers dahin ging, daß sie aufgehoben sein solle (vgl. M. V S. 331; a. A. Böhm S. 230, 235; wie hier, wenngleich mit anderer Begründung, Wilke Erl. 2). Aus diesem Grunde des Satzes ergibt sich aber zugleich seine Beschränkung: Die letztwillige Verfügung ist nur dann aufgehoben, wenn der Erblasser bei dem Abschlusse des Erbvertrags bezüglich ihrer den Aufhebungswillen hatte (s. oben zu a), und zwar den Willen der unbedingten Aufhebung, nicht nur einer Bevorzugung des vertragsmäßig Bedachten. Das objektive Moment einer Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten ist, wenn dieser gestorben ist oder ausschlägt, nicht gegeben, kann also die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nicht rechtfertigen.

3. Was das Verhältnis zwischen einem Erbvertrag und einer späteren Verfügung von Todes wegen anbetrifft, so ist

a) im Abs. 1 Satz 2 die Regel ausgesprochen, daß die spätere Verfügung unwirksam ist, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Dies gilt sowohl für ein späteres Testament wie für einen späteren Erbvertrag des Erblassers mit einem Dritten. Der Gedanke reicht auch hier insofern weiter als der Wortlaut, als auch die vertragsmäßige Auflage gegenüber späteren Verfügungen den gleichen Schutz genießt wie eine vertragsmäßige Zuwendung (s. oben Erl. 2a). Der Erblasser wird durch den Abschluß des Erbvertrags nicht in der Testierfähigkeit beschränkt, die später getroffene Verfügung von Todes wegen ist daher nicht schlechthin nichtig, sie ist nur in dem bezeichneten Umfang unwirksam. Demnach ist eine spätere Verfügung vollwirksam, wenn sie sich auf einen anderen Gegenstand (Erbteil oder Einzelgegenstand) bezieht oder über denselben Gegenstand nur dieselbe Bestimmung trifft wie die frühere vertragsmäßige Verfügung (vgl. § 1948 Abs. 2) oder wenn sie nur für

den Fall gelten soll, daß die vertragsmäßige Verfügung ihre Wirksamkeit verliert (Schiffner S. 140). Aber auch ohne eine solche ausdrückliche Bestimmung gewinnt die spätere Verfügung Bestand, wenn nach ihrer Errichtung der Erbvertrag durch Aufhebung oder durch Rücktritt des Erblassers beseitigt wird (§§ 2290—2297; vgl. Cosack II § 361 Anm. 53; Endemann III § 60 Anm. 2; Frommhold Anm. 1b). Die gleiche Wirkung tritt hier auch dann ein, wenn der vertragsmäßig Bedachte vor oder nach dem Erbfalle durch vorzeitiges Versterben, Erbverzicht, Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit wegfällt (§§ 1923, 2160, 2352, 1953, 2180, 2344, 2345, vgl. Schiffner S. 140, Strohal I § 46 Anm. 2 und für gem. Recht RG. 4 S. 175). Von einer Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten kann nach seinem Wegfalle nicht die Rede sein, der Wille des Erblassers aber steht hinter der späteren Verfügung. Der Richter oder Notar darf daher die Aufnahme eines Testaments nicht deswegen ablehnen, weil die vom Erblasser zu treffende Verfügung eine ältere vertragsmäßige Verfügung beeinträchtigen würde.

Wenn zur Zeit des Erbfalls eine Beeinträchtigung des vertragsmäßig Bedachten vorliegt, entsteht die Frage, ob die spätere Verfügung schlechthin oder nur im Verhältnisse zu dem früher vertragsmäßig Bedachten unwirksam ist. Soweit eine Kollision zwischen zwei Erbeinsetzungen vorliegt, ist die spätere Erbeinsetzung jedenfalls absolut unwirksam, da die Frage, wer Erbe ist, nur einheitlich gegenüber Allen entschieden werden kann. Der in der späteren Verfügung Eingesetzte kann weder die Erteilung eines Erbscheins verlangen, denn ein Erbschein unter Vorbehalt eines fremden Erbrechts ist unzulässig (vgl. Erl. 5 zu §§ 1964, 1965), noch kann er gegen einen anderen als den vertragsmäßig Eingesetzten den Erbschaftsanspruch geltend machen, weil dieser nicht ein sog. „besseres", sondern ein unbedingtes Erbrecht auf Seiten des Klägers voraussetzt (Erl. 4a zu § 2018). In dem gleichen Sinne wird die Frage aber auch zu entscheiden sein, soweit zwischen zwei Vermächtnisanordnungen oder zwischen einer Erbeinsetzung und der Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage eine Kollision in der Weise möglich ist, daß davon ein Dritter berührt wird. Es kann mithin gegenüber dem später bedachten Vermächtnisnehmer auch der Beschwerte sich darauf berufen, daß der Erblasser denselben Gegenstand schon früher vertragsmäßig einem anderen zugewendet habe oder daß der Nachlaß bzw. das beschwerte Vermächtnis (§ 2187) zur Erfüllung beider Vermächtnisse nicht ausreiche und der vertragsmäßig Bedachte den Vorzug habe (s. oben Erl. 2b). Da der Beschwerte dem vertragsmäßig Bedachten für dessen vorzugsweise Befriedigung haftbar ist, kann von einer exceptio de jure tertii nicht gesprochen werden. Die ganze Frage ist jedoch bestritten; Schiffner S. 140 Anm. 20 und Böhm S. 230 wollen nur eine relative Unwirksamkeit anerkennen; vgl. auch M. V S. 509; wie hier Strohal I § 46 Anm. 3.

b) Ausnahmsweise ist die spätere Verfügung von Todes wegen gegenüber dem Erbvertrag in folgenden Fällen wirksam:

α) Der Erblasser kann sich in dem Erbvertrage das Recht vorbehalten, spätere Verfügungen von Todes wegen vollwirksam zu treffen, sofern nur der Erbvertrag nicht durch den Vorbehalt seines Charakters als bindende Verfügung entkleidet wird (M. V S. 332). Vorzugsweise wird es sich dabei um die Zulässigkeit von Beschränkungen oder Beschwerungen handeln, z. B. um die spätere Anordnung einer Nacherbeinsetzung oder Testamentsvollstreckung sowie von Vermächtnissen oder Auflagen. Letztere können sowohl bezüglich bestimmter Gegenstände als auch allgemein bis zu einer gewissen Höhe, sei es eine feste Summe, sei es ein Bruchteil des künftigen Nachlasses vorbehalten werden. Wird die vorbehaltene Verfügung nicht getroffen, so berührt dies nach der Auslegungsregel des § 2086 (§ 2279) nicht die Wirksamkeit der vertragsmäßigen Verfügung; der Gegenstand, auf den sich der Vorbehalt bezog, fällt dem vertragsmäßig Bedachten zu. Hiermit nicht zu verwechseln ist eine Bestimmung der im § 2149 gedachten Art, die als Vermächtnis an die gesetzlichen Erben gedeutet wird; andererseits ist von dem Vorbehalte späterer beschränkender Verfügungen der Vorbehalt des Rücktritts nach § 2293 zu unterscheiden. (Vgl. Hellwig S. 645; Schiffner S. 141 ff.; s. auch Erl. 3b zu § 2298).

β) Soweit der Erblasser nach den §§ 2293—2295 berechtigt ist, vom Erbvertrage zurückzutreten, kann er nach dem Tode des anderen Vertragschließenden die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben (§ 2297).

γ) Wenn der durch die vertragsmäßige Verfügung Bedachte ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers ist und bezüglich seiner die Voraussetzungen der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht vorliegen, kann der Erblasser nach Abs. 2 durch eine spätere letztwillige Verfügung diejenigen Anordnungen treffen, welche in dem gleichen Falle nach § 2338 zwecks Beschränkung des Pflichtteilsrechts zulässig sind (Nachberufung der

§. 2290. Ein Erbvertrag sowie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung kann durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben. Nach dem Tode einer dieser Personen kann die Aufhebung nicht mehr erfolgen.

Der Erblasser kann den Vertrag nur persönlich schließen. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Steht der andere Theil unter Vormundschaft, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Das Gleiche gilt, wenn er unter elterlicher Gewalt steht, es sei denn, daß der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird.

Der Vertrag bedarf der im §. 2276 für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form.

Abkömmlinge des Bedachten, Anordnung einer Testamentsvollstreckung). Die Anordnung kann bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden ohne dessen Zustimmung und Vorwissen erfolgen; ist der Bedachte nicht zugleich der Vertragsgenosse, so kann sie auch nach dem Tode des letzteren getroffen werden. Sie gilt als im Sinne der Vertragschließenden gelegen, als eine durch familienrechtliche Fürsorge gebotene Modifikation des Erbvertrags, die dessen wesentlichen Inhalt unberührt läßt; ein Verzicht des Erblassers auf die fragliche Befugnis ist nach § 138 Abs. 1 unwirksam (P. II Bd. 5 S. 422, Bd. 6 S. 352). Die Anordnung erfolgt auch bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden durch letztwillige Verfügung, nicht in der Form des Rücktritts nach § 2296; durch Erbvertrag mit einem Dritten kann sie nicht getroffen werden. Gemäß § 2338 Abs. 2 Satz 1 finden die Vorschriften des § 2336 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung, auch ist die Anordnung gemäß § 2338 Abs. 2 Satz 2 unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls sich die Verhältnisse in der dort bezeichneten Weise geändert haben (vgl. Schiffner S. 181 f.; s. auch Erl. V zu § 2271).

4. Ist in dem Erbvertrage der andere Vertragschließende als Erbe eingesetzt und gehört er zu den gesetzlichen Erben, so fragt sich, ob in dem Abschlusse des Erbvertrags ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht zu erblicken ist. Der E. I § 1950 hatte eine Auslegungsregel im verneinenden Sinne aufgestellt (vgl., auch wegen des bisherigen Rechtes, M. V S. 326 f.). Die zweite Kommission hat jedoch diese Vorschrift in der Erwägung gestrichen, daß der Wortsinn des Erbvertrags entscheide (P. II Bd. 5 S. 387 f.). Sachlich wird der Satz des E. I als richtig anzuerkennen sein.

5. Wegen der Einwirkung, die der Abschluß eines auf Einführung der Gütergemeinschaft gerichteten Ehevertrags auf frühere letztwillige Verfügungen der Ehegatten hat, s. die Erl. zu §§ 1482, 1483.

§ 2290.

E. I § 1957; II § 2156 rev. § 2264; III § 2263. P. I S. 9947 ff., 9965 ff., 11371 f., 11390 ff., 12256 f.; M. V S. 339 ff. P. II Bd. 5 S. 407 f.; Bd. 6 S. 100.

Die §§ 2290–2292 handeln von der **Aufhebung des Erbvertrags im Wege beiderseitigen Einverständnisses, und zwar der § 2290 von der Aufhebung durch Vertrag.**

1. Daß ein Erbvertrag seinem ganzen Inhalte nach oder betreffs einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung **durch Vertrag aufgehoben werden kann,** ist eine Folgerung aus der Vertragsnatur des Geschäfts. Wie der begründende ist auch der aufhebende Akt ein wahrer Vertrag, Aufhebung der Verfügung durch Willenseinigung (contrarius consensus); so Schiffner S. 161, 169; Strohal I § 46 II; auch Endemann III § 60 Anm. 21; a. A. Hellwig S. 628, 630, der in dem Aufhebungsvertrage nur einen Widerruf mit Zustimmung des anderen Teiles erblickt. Der Aufhebungsvertrag kann nur zwischen den Personen geschlossen werden, die den Erbvertrag geschlossen haben, also von dem Erblasser mit dem anderen Teile, ohne Unterschied, ob letzterer selbst in dem Erbvertrage bedacht ist oder nicht. Der Zustimmung des bedachten Dritten bedarf es nicht, da dieser aus dem Erbvertrag erst mit dem Erbfall ein Recht erwirbt (M. V S. 348; vgl. Erl. 2 zu § 1941). Andererseits wird durch den Abs. 1 Satz 2 die Annahme ausgeschlossen, daß mit dem Tode des anderen Vertragschließenden, soweit Verfügungen zugunsten Dritter in Frage stehen, die Befugnis zum Abschluß eines Aufhebungsvertrags auf den Erben

des anderen Vertragschließenden übergehe. Nach dem Tode des letzteren kann die Aufhebung nur in gewissen Fällen in anderer Form erfolgen (§ 2297, § 2298 Abs. 2 Satz 3, vgl. auch § 2281 Abs. 2). Die aufhebende Wirkung eines nach § 2290 geschlossenen Vertrags kann übrigens auf die Bindung des Erblassers beschränkt werden, so daß die Verfügung von Todes wegen selbst als einseitige bestehen bleibt (Hellwig S. 632; Schiffner S. 159f.; Strohal I § 46 II; vgl. Erl. 2 zu § 2279). Eine vertragsmäßige Zuwendung an einen Dritten kann nach § 2352 Satz 2 auch durch Vertrag des Erblassers mit dem Dritten aufgehoben werden. Ein solcher Vertrag hat die Natur eines Erbverzichts und unterliegt bezüglich der Fähigkeit beider Teile, der Vertretung und der Form weniger strengen Anforderungen als der Aufhebungsvertrag nach § 2290 (vgl. §§ 2347, 2348; Strohal I § 46 II; Küntzel in Gruch. Bd. 41 S. 610).

2. Betreffs der **Erfordernisse auf seiten der beiden Vertragschließenden** bestimmt

a) Abs. 2, daß der Erblasser den Aufhebungsvertrag nur persönlich schließen kann. Da der Vertrag die Beerbung des Erblassers zum Gegenstande hat, entspricht der Ausschluß der Vertretung dem Grundsatze der §§ 2064, 2274. Demgemäß ist die vertragsmäßige Aufhebung des Erbvertrags unmöglich, wenn der Erblasser geschäftsunfähig geworden ist. Dagegen ist er bei beschränkter Geschäftsfähigkeit selbständig, ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, zum Abschlusse des Vertrags befugt, weil er durch diesen von einer Beschränkung seiner Verfügungsmacht befreit wird (vgl. § 107). Die gleichen Vorschriften gelten für die Anfechtung und für den Rücktritt des Erblassers (§ 2282 Abs. 1, § 2296 Abs. 1).

b) Hinsichtlich der Vertretung des anderen Teiles entscheiden die allgemeinen Grundsätze (M. V S. 340). Der Aufhebungsvertrag kann daher auf dieser Seite durch einen Bevollmächtigten oder durch den gesetzlichen Vertreter geschlossen werden. Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit (wegen Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen) ist nach §§ 107, 114 die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, gleichviel ob der andere Vertragschließende oder ein Dritter in dem Erbvertrage bedacht ist. Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so bedarf der Vertrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Abs. 3 Satz 1; vgl. § 1437 Abs. 2 Satz 2, § 1822 Nr. 1, 2). Dies gilt nach § 1915 entsprechend auch im Falle einer Pflegschaft, wenn der Aufhebungsvertrag durch den Pfleger oder durch die in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Partei unter Zustimmung des Pflegers geschlossen wird, während die gerichtliche Genehmigung natürlich nicht erforderlich ist, wenn der unter Pflegschaft Stehende in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt ist und den Vertrag persönlich schließt (M. V S. 340). Steht die Partei unter elterlicher Gewalt, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gleichfalls erforderlich, ausgenommen wenn der Aufhebungsvertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts können auch nachträglich erteilt werden. Sind sie unterblieben, so kann nach erlangter unbeschränkter Geschäftsfähigkeit der Vertragschließende selbst den Aufhebungsvertrag formlos genehmigen (§ 108 Abs. 3). Die Vorschriften des Abs. 3 entsprechen den für den Erbverzicht geltenden Vorschriften des § 2347 Abs. 1 (vgl. P. II Bd. 6 S. 100).

3. **Für den Abschluß des Aufhebungsvertrags wird** im Abs. 4 wegen der Wichtigkeit des Geschäfts **dieselbe Form vorgeschrieben**, deren es nach § 2276 zur Errichtung des Erbvertrags bedarf. Regelmäßig ist mithin der Vertrag vor einem Richter oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile und unter Beobachtung der Förmlichkeiten der Testamentserrichtung zu schließen. Von der Möglichkeit der Übergabe einer Schrift (§ 2238) wird wohl nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Parteien nicht den ganzen Erbvertrag, sondern nur eine einzelne Verfügung aufheben wollen. Machen die Parteien in diesem Falle von dem Inhalte der Schrift keine Mitteilung und treffen sie keine gegenteilige Bestimmung, so wird die Schrift nebst dem nach §§ 2240, 2276 aufgenommenen Protokolle versiegelt und in besondere Verwahrung gebracht, was auch durchaus zweckmäßig ist (§§ 2246, 2277). Im allgemeinen findet jedoch ein amtlicher Verschluß und eine Einbringung zur besonderen Verwahrung bezüglich der über den Aufhebungsvertrag errichteten Urkunde nicht statt (vgl. Jastrow II S. 320). Zur Aufhebung eines Erbvertrags, der unter Ehegatten oder Verlobten besteht, genügt die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form, wenn der Aufhebungsvertrag mit einem Ehevertrage (d. h. auch mit einem Vertrag über die Aufhebung eines vereinbarten Güterstandes) in derselben Urkunde verbunden wird (§§ 1432, 1434, § 2276 Abs. 2, s. Erl. 3 zu § 2276). Dies gilt auch dann, wenn der Erbvertrag in der strengeren Form des § 2276 Abs. 1 errichtet ist, sei es, daß die Parteien zur Zeit der Errichtung noch nicht Ehegatten oder Verlobte waren oder daß sie von der leichteren Form des § 2276 Abs. 2 nur keinen Gebrauch gemacht haben.

4. Über die Beseitigung eines nach § 2290 geschlossenen Aufhebungsvertrags ist folgendes zu sagen:

a) Auf die Anfechtung eines Vertrags, durch welchen ein Erbvertrag aufgehoben ist, finden die Vorschriften der §§ 2078 ff. über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen entsprechende Anwendung. Der § 2279 spricht zwar nur von der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über letztwillige Zuwendungen und Auflagen auf vertragsmäßige Zuwendungen und Auflagen. Zu jenen Vorschriften gehören aber auch die Vorschriften über die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch welche eine frühere letztwillige Zuwendung oder Auflage aufgehoben wird. Es ergibt sich dies unzweideutig aus § 2081. Demgemäß finden jene Vorschriften auch auf den einen Erbvertrag aufhebenden Vertrag Anwendung. Insbesondere finden also die Vorschriften über die Anfechtungsgründe (§ 2078) und die Vorschriften über die Person des Anfechtungsberechtigten (§ 2080) Anwendung. Der in dem Erbvertrag eingesetzte Erbe ist also z. B. zur Anfechtung des Aufhebungsvertrags berechtigt, weil ihm diese Aufhebung unmittelbar zustatten kommt. Über den Einfluß des § 2285 auf diese Anfechtungsberechtigung s. unter b.

b) Zweifelhaft und bestritten ist, ob und eventuell aus welchen Gründen und in welcher Art der Erblasser zur Anfechtung des Aufhebungsvertrags berechtigt ist. Drei Ansichten sind möglich.

α) Dem Erblasser steht die Anfechtung überhaupt nicht zu.

β) Der Erblasser ist zwar anfechtungsberechtigt, aber nicht nach Maßgabe der besonderen Vorschriften der §§ 2078 ff., sondern lediglich nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff. über die Anfechtung von Willenserklärungen.

γ) Der Erblasser ist anfechtungsberechtigt und auf seine Anfechtung finden die Vorschriften der §§ 2281 ff., insbesondere also auch § 2078 Anwendung (vgl. Erl. zu § 2281).

Die unter β angeführte Ansicht ist die der zweiten Kommission gewesen und in der früheren Auflage vertreten (ebenso Herzfelder, Erl. VI zu § 2290). Nach P. II Bd. 5 S. 408 ist ein Antrag, nach welchem alle Vorschriften über die Anfechtung eines Erbeinsetzungsvertrags auch auf den Aufhebungsvertrag Anwendung finden sollten, ausdrücklich abgelehnt. Man ging davon aus, daß die in Ermangelung einer solchen Vorschrift zur Anwendung kommenden allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff. zwar in manchen Beziehungen nicht recht paßten, daß aber darauf kein Gewicht zu legen sei, weil das Anfechtungsrecht des Erblassers für diesen überhaupt ohne Bedeutung sei, indem er den Zweck, die durch den Aufhebungsvertrag aufgehobenen vertragsmäßigen Verfügungen wiederherzustellen, in einfacher Art dadurch erreichen könne, daß er sie als letztwillige Verfügungen treffe. Für diese Ansicht wird insbesondere geltend gemacht, daß infolge jenes Beschlusses der Kommission der § 2281 nur bestimme, daß der Erbvertrag auf Grund der §§ 2078, 2079 auch von dem Erblasser angefochten werden könne, von dem Aufhebungsvertrag aber nicht spreche. Dieses Argument dürfte indessen nicht entscheidend sein. Ebenso wie unter die Vorschrift des § 2279 über vertragsmäßige Zuwendungen und Auflagen, auch die Vorschriften über die Aufhebung und Anfechtung solcher Zuwendungen und Auflagen fallen (s. oben a), so wird man unter dem Erbvertrag im § 2281, auch den die Aufhebung eines solchen Vertrags betreffenden Vertrag mitverstehen müssen. Eine verschiedene Behandlung der Anfechtung von seiten der im § 2080 bezeichneten Personen und der Anfechtung von seiten des Erblassers würde mit der einheitlichen Gestaltung der Anfechtung unvereinbar sein und zu höchst unzweckmäßigen Ergebnissen führen. Es würde doch widersinnig erscheinen, wenn der Erblasser den Aufhebungsvertrag wegen Irrtums nur in den Grenzen des § 119 anfechten könnte, während nach dem Tode des Erblassers den im § 2080 bezeichneten Personen die Anfechtung in den weiteren Grenzen des § 2078 zustände. Und wie würde sich die Anwendung des § 2285 gestalten? Die im § 2080 bezeichneten Personen würden den Aufhebungsvertrag nicht mehr anfechten können soweit der Erblasser das Anfechtungsrecht auf Grund des § 2078 verloren hat. Hätte er es aber auf Grund des § 2078 überhaupt nicht gehabt, so würde die Vorschrift des § 2285 entweder überhaupt nicht zur Anwendung kommen können oder nur in der Art, daß soweit das Anfechtungsrecht des Erblassers nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze mit den Vorschriften der §§ 2078, 2079 übereinstimmt, die in dem § 2080 bezeichneten Personen nicht mehr anfechten könnten, wenn der Erblasser dieses Anfechtungsrecht verloren hatte, während sie, soweit das Anfechtungsrecht des § 2078 über das des § 119 hinausgeht, zur Anfechtung noch berechtigt blieben. Dieses Ergebnis würde doch offenbar ein höchst unbefriedigendes sein.

§. 2291. Eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, kann von dem Erblasser durch Testament aufgehoben werden. Zur Wirksamkeit der Aufhebung ist die Zustimmung des anderen Vertragschließenden erforderlich; die Vorschriften des §. 2290 Abs. 3 finden Anwendung.

Die Zustimmungserklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; die Zustimmung ist unwiderruflich.

Man wird hiernach die unter β bezeichnete Auffassung nicht annehmen können, sondern entweder die unter α oder die unter γ dargelegte Auffassung zugrunde legen müssen. Zu der ersteren würde man gelangen, wenn man in dem § 2281 unter dem Erbvertrage den Aufhebungsvertrag nicht mit verstände. Es würde dann für diese nur die Vorschrift des § 2279 in Betracht kommen, und hiernach würden auf die Anfechtung des Aufhebungsvertrags nur die Vorschriften der §§ 2078 ff. Anwendung finden, die Anfechtung würde also nur den im § 2080 bezeichneten Personen, nicht aber dem Erblasser zustehen. Die Vorschrift des § 2285 würde keine Anwendung finden, weil ein Verlust des Anfechtungsrechts des Erblassers, wenn er ein solches überhaupt nicht hat, nicht in Frage kommen kann. Dem praktischen Bedürfnisse würde dieses Ergebnis insofern nicht genügen, als das Gesetz im allgemeinen davon ausgeht, daß es dem Interesse aller Beteiligten entspricht, wenn in den Fällen, in denen den im § 2080 bezeichneten Personen ein Anfechtungsrecht zusteht, ein solches bei vertragsmäßigen Verfügungen auch dem Erblasser zugestanden wird.

Das befriedigendste Resultat ergibt sich offenbar, wenn man die unter γ bezeichnete Auffassung zugrunde legt. Dieser steht kein Bedenken entgegen, wenn man den Ausdruck „Erbvertrag" in dem § 2281 in dem oben angegebenen weiteren Sinne auslegt und diese Auslegung dürfte trotz der entgegenstehenden Auffassung der Motive, wie oben bereits dargelegt ist, die richtige sein (im Ergebnis ebenso Strohal I § 46 Anm. 32).

c) Der andere Vertragschließende hat das Anfechtungsrecht nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze. Das Recht geht auf seine Erben nicht über. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Erblasser (§ 143). Ist dieser gestorben, so wird man, da die Erben des Erblassers nicht in Betracht kommen können, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift den § 2081 zur entsprechenden Anwendung bringen müssen. Selbstverständlich steht dem anderen Vertragschließenden, wenn er zu den im § 2080 bezeichneten Personen gehört, das Anfechtungsrecht nach dem Tode des Erblassers nach Maßgabe des § 2080, und wenn er auch seinerseits in dem Erbvertrage vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen getroffen hatte, das dem Erblasser zustehende Anfechtungsrecht (s. unter b) zu.

d) Die Wirkung der Anfechtung bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Der Aufhebungsvertrag gilt also als von Anfang an nichtig (§ 142) und der Erbvertrag als niemals aufgehoben.

5. Durch die vertragsmäßige Wiederaufhebung eines nach § 2290 abgeschlossenen Aufhebungsvertrags wird der Erbvertrag wieder hergestellt. Dies ergibt sich aus dem § 2257, der nach richtiger Auslegung des § 2279 (s. Erl. 4a, b) auch für die Aufhebung eines Erbvertrags gilt. Der Sinn einer einverständlichen Aufhebung des Aufhebungsvertrags kann nicht wohl ein anderer sein, als daß der Erbvertrag wieder gelten soll, und bei Festhaltung des dem § 2257 zugrunde liegenden Gedankens dürfte kein Grund bestehen, dem dahin gehenden Willen der Parteien die Wirksamkeit zu versagen. Wie hier im Ergebnisse Hellwig S. 670; Strohal I § 46 Anm. 32; Dernburg V § 103 Anm. 2; a. A. anscheinend Schiffner S. 170.

§ 2291.

E. II § 2157 rev. § 2265; III § 2264. P. II Bd. 5 S. 415 f.; Bd. 6 S. 397.

1. Aufhebung vertragsmäßiger Vermächtnisse und Auflageverfügungen durch Testament. Betreffs vertragsmäßiger Verfügungen, die nur ein Vermächtnis oder eine Auflage, also nicht eine Erbeinsetzung (§ 2278 Abs. 2) enthalten, wird im § 2291 dem Erblasser die Möglichkeit gegeben, sie anstatt durch Vertrag auch durch Testament mit förmlicher Zustimmung des anderen Teiles aufzuheben. Es liegt darin gegenüber dem § 2290 eine wesentliche Erleichterung, indem die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile nicht erfordert und die Aufhebungserklärung des Erblassers auch in der eigenhändigen und in einer außerordentlichen Testamentsform zugelassen wird. Neben dieser Zweckmäßigkeitserwägung war die Analogie des § 1516 (letztwillige Verfügungen betreffs der fortgesetzten Gütergemeinschaft) bestimmend. Die vertragsmäßige Verfügung

§. 2292. Ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag kann auch durch ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten aufgehoben werden; die Vorschriften des §. 2290 Abs. 3 finden Anwendung.

---

wird nach § 2291 durch zwei einseitige Willenserklärungen aufgehoben, die auch äußerlich nach Zeit und Raum getrennt abgegeben werden können. Der Zustimmung des mit dem Vermächtnisse bedachten Dritten bedarf es nicht (s. Erl. 1 zu § 2290), dagegen ist die Zustimmung des anderen Vertragschließenden auch dann erforderlich, wenn er der Beschwerte ist (Jastrow II S. 322 Anm. 6; s. jedoch die Erl. 1 a. E. zu § 2278). Unter der Aufhebung durch Testament ist auch hier sowohl der schlichte Widerruf (§ 2254) als auch die Beseitigung durch ein inhaltlich abweichendes Testament (§ 2258 Abs. 1) zu verstehen.

2. Für die Zustimmung des anderen Vertragschließenden gilt folgendes:

a) Da die Zustimmung sich weder auf einen Vertrag noch auf ein empfangsbedürftiges einseitiges Rechtsgeschäft bezieht, unterliegt sie nicht den §§ 182—184, gleichwohl gelten in einzelnen Beziehungen entsprechende Rechtssätze. Insbesondere kann die Zustimmung vor oder nach der Errichtung des aufhebenden Testaments erklärt werden. Geht sie dem Testamente voraus, so kann sie auch allgemein für alle eventuell von dem Erblasser noch vorzunehmenden testamentarischen Aufhebungen vertragsmäßiger Vermächtnisse oder Auflagen ausgesprochen werden (Jastrow II S. 322). Dagegen liegt eine dem § 2291 entsprechende vorherige Zustimmung nicht, wie Hellwig S. 643 f. annimmt, schon darin, daß der andere Teil bei der Schließung des Erbvertrags auf den Rücktrittsvorbehalt des Erblassers (§ 2293) eingeht. Es ist mithin auch die Folgerung von Hellwig, daß der vorbehaltene Rücktritt von einer Vermächtnis- oder Auflageanordnung nicht der Form des § 2296 Abs. 2 bedürfe, sondern durch Testament erfolgen könne, nicht zutreffend (s. Strohal I § 46 Anm. 46).

b) Die Zustimmung ist als eine empfangsbedürftige Willenserklärung anzusehen (vgl. Erl. 2 zu § 1516; Märker S. 211; a. A. Jastrow II S. 322 Anm. 8). Schon daraus folgt, daß sie nach dem Tode des Erblassers nicht mehr erklärt werden kann. Andererseits geht das Zustimmungsrecht auch nicht auf den Erben des anderen Vertragschließenden über, was zwar im Gesetze für den Fall des § 2291 nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber aus § 2290 Abs. 1 Satz 2 und aus § 2292 zu folgern ist (vgl. Cosack II § 361 A. 22). Abweichend von § 183 ist die Zustimmung in jedem Falle unwiderruflich (Abs. 2 Halbs. 2).

c) Die Zustimmungserklärung ist gerichtlich oder notariell zu beurkunden (Abs. 2 Halbs. 1; vgl. EG. Art. 141; FGG. §§ 167 ff.), und zwar ohne Unterschied, ob der Erblasser das Testament vor einem Richter bzw. Notar oder durch eigenhändige Niederschrift errichtet. Die Zustimmung kann durch einen Vertreter, wenn der Zustimmende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, von ihm mit Einwilligung bzw. Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters erklärt werden. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist erforderlich, wenn der Zustimmende unter Vormundschaft (Pflegschaft) steht, und mit der aus § 2290 Abs. 3 ersichtlichen Ausnahme auch dann, wenn er der elterlichen Gewalt unterworfen ist (Abs. 1 a. E., s. Erl. 2b zu § 2290, teilweise abweichend § 1516 Abs. 2).

3. Wird das Testament, durch das eine vertragsmäßige Verfügung gemäß § 2291 aufgehoben worden ist, von dem Erblasser widerrufen, so ist die vertragsmäßige Verfügung wirksam. Dies versteht sich von selbst, wenn der Widerruf erfolgt, bevor der andere Teil die Zustimmung zur Aufhebung erklärt hatte. Aber auch nach erfolgter Zustimmungserklärung bewirkt der Widerruf des Testaments, daß die vertragsmäßige Verfügung als solche, nicht etwa als einseitige wirksam ist. Denn nach §§ 2257, 2258 Abs. 2, die gemäß § 2279 entsprechend anzuwenden sind, ist die aufgehobene Verfügung so wirksam, wie wenn sie nicht aufgehoben worden wäre. Der eigentliche Aufhebungsakt ist aber im Falle des § 2291 das Testament, dessen Wirksamkeit nur durch die Zustimmung des anderen Teiles bedingt ist. Es zeigt sich hierin der rechtliche Unterschied von der vertragsmäßigen Aufhebung nach 2290, deren Wirkung nur durch einen neuen Vertrag wieder beseitigt werden kann (Erl. 5 zu § 2290).

§ 2292.

E. II § 2158 rev. § 2266; III § 2265. P. II Bd. 5 S. 446.

1. Die Aufhebung eines zwischen Ehegatten geschlossenen Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament, deren Möglichkeit für das preuß. Recht bestritten war (RG. 26 S. 309; Rehbein Obertrib. Entsch. IV S. 308), ist vom BGB. zugelassen worden, um solchen Fällen

Rechnung zu tragen, in denen die Ehegatten gezwungen sind, ihr gem. Testament in eigenhändiger Form oder in einer der außerordentlichen Formen zu errichten und zunächst einen früher zwischen ihnen geschlossenen Erbvertrag abweichenden Inhalts zu beseitigen (P. II Bd. 5 S. 446; vgl. §§ 2266, 2267, § 2289 Abs. 1 Satz 2, § 2290 Abs. 4, § 2291 Abs. 2). Die Vorschrift ist nicht auf den Fall beschränkt, daß von seiten des Vertragserblassers neue positive Verfügungen getroffen werden, vielmehr kann sich dieser auf die Aufhebung seiner vertragsmäßigen Verfügungen beschränken. Zweifelhaft ist, ob es genügt, daß der andere Ehegatte, der bei dem Ehevertrage nur annehmender Teil war, in dem gemeinschaftlichen Testamente seine Zustimmung zu der Verfügung des Erblassers erklärt oder ob er auch seinerseits irgendeine positive Verfügung in dem Testamente treffen muß. Für die letztere Auffassung läßt sich geltend machen, daß ein Testament, in welchem der eine Ehegatte nur seine Zustimmung zu einer Verfügung des anderen Ehegatten erklärt, kein gemeinschaftliches Testament sei. Diese Auffassung dürfte aber zu formalistisch sein. Auch in dem vorausgesetzten Falle wollen die Ehegatten durch ihre Erklärungen einen gemeinschaftlichen Zweck, nämlich die Aufhebung der betreffenden vertragsmäßigen Verfügung, und dies ist nach der natürlichen Auffassung genügend, um ein gemeinschaftliches Testament anzunehmen (Strohal I § 46 Anm. 21; Dernburg V § 103 Anm. 6; a. A. die frühere Auflage). Wie bereits in vorstehendem vorausgesetzt ist, kann die Aufhebung nach § 2292 sowohl durch eine ausdrückliche Aufhebungserklärung (entsprechend §§ 2254, 2290) als auch stillschweigend durch positive Verfügungen abweichenden Inhalts (entsprechend § 2258 Abs. 1) erfolgen. Da Erbverträge vorzugsweise unter Ehegatten geschlossen werden und das Verfahren nach § 2292 den Vorzug der Einfachheit und der Kostenersparnis hat, wird die Form des § 2292 voraussichtlich die häufigste Aufhebungsform werden.

2. Bestritten ist, ob der § 2292 voraussetzt, daß die Vertragschließenden schon bei der Schließung des Erbvertrags Ehegatten waren oder, ob es genügt, daß sie dies zur Zeit der Aufhebung sind. Der Wortlaut des § 2292 spricht mehr für die erstere Auffassung, ist aber doch wohl auch mit der zweiten Auffassung vereinbar. Für diese spricht aber der Zweck der Bestimmung. Er würde nur unvollkommen erreicht werden, wenn ein zwischen Verlobten geschlossener Erbvertrag, wenn diese sich später geheiratet haben, nicht durch gemeinschaftliches Testament aufgehoben werden könnte. Eine solche Beschränkung der Vorschrift würde mit der bei anderen besonderen Vorschriften erfolgten Gleichstellung der zwischen Ehegatten und der zwischen Verlobten geschlossenen Erbverträge nicht vereinbar sein; s. z. B. §§ 2276 Abs. 2, 2077, 2279 Abs. 2 (Strohal I § 46 Anm. 19; Dernburg V § 103 Anm. 5; Rspr. Bd. 16 S. 73; a. A. Schiffner S. 167; Cosack II § 361 Anm. 23; Frommhold; Herzfelder, Erl. 1 zu § 2292 und die frühere Auflage). Sind die Ehegatten nach der Schließung des Erbvertrags geschieden worden und haben sie später eine neue Ehe mit einander geschlossen, so findet § 2292 insoweit Anwendung, als die vertragsmäßigen Verfügungen nicht schon nach §§ 2077, 2279 durch die frühere Auflösung der Ehe unwirksam geworden sind. Der § 2292 gilt auch für die Aufhebung einer einzelnen vertragsmäßigen Verfügung und zwar (abweichend von § 2291) nicht nur für Vermächtnisse und Auflagen, sondern auch für die Erbeinsetzung (Strohal I § 46 Anm. 20). Ob in der aufzuhebenden Verfügung der andere Vertragschließende (Ehegatte) oder ein Dritter bedacht ist, ist unerheblich.

3. Betreffs der persönlichen Fähigkeit beider Teile, der Vertretung und der Zustimmung dritter gilt folgendes:

a) Daß beide Ehegatten persönlich handeln müssen, ergibt sich aus § 2064. Es ist also, abweichend von § 2290, die Vertretung auch auf seiten desjenigen Teiles ausgeschlossen, welcher bei dem Erbvertrage nur annehmender Teil war.

b) Derjenige Ehegatte, welcher bei dem Erbvertrag Erblasser war, kann, soweit lediglich die Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügung in Frage steht, das Testament auch dann, wenn er aus irgend einem Grunde in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam errichten (§ 2229 Abs. 1, § 2253 Abs. 2, § 2290 Abs. 2).

c) Für denjenigen Ehegatten, welcher bei dem Erbvertrag annehmender Teil war, ergibt sich aus § 2229 Abs. 1, 2, daß er, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist und die Beschränkung auf Minderjährigkeit beruht, zur Aufhebung des Erbvertrags nach § 2292 befugt ist. Zweifelhaft ist, ob dasselbe gilt, wenn die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit auf einem anderen Grunde beruht. Nach § 2229 Abs. 3 scheint diese Frage verneint werden zu müssen. Es fragt sich aber, ob die Anwendung des § 2229 durch die im § 2292 vorgeschriebene Anwendung des § 2290 Abs. 3 ausgeschlossen wird. Direkt wird in diesem Absatze nicht

bestimmt, daß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte annehmende Teil zur Aufhebung des Erbvertrags imstande sei; vielmehr wird nur bestimmt, daß, wenn er unter Vormundschaft stehe, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei. Hieraus würde unmittelbar nur folgen, daß der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte, *wenn* er, wie dies bei der Aufhebung des Erbvertrags durch Vertrag der Fall ist, zu der Aufhebung des Erbvertrags imstande ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe, während die Frage, ob er zu der Aufhebung imstande sei, durch den § 2290 Abs. 3 nicht berührt wird, diese Frage vielmehr nach den für das Testament geltenden Grundsätzen entschieden werden müssen, also nur für Minderjährige zu bejahen sei. Die Verweisung auf § 2290 Abs. 3 kann aber auch den Sinn haben, daß für die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen allgemein dieselben Grundsätze Anwendung finden sollen, die bei dem Aufhebungsvertrage für sie gelten, daß sie also zu der Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament in derselben Weise befugt sein sollen, wie zu der Aufhebung durch Vertrag. Für diese Auslegung dürfte sprechen, daß der Zweck des § 2292 dahin geht, die Aufhebung des Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament zu erleichtern und daß es diesem Zwecke nicht entsprechen würde, wenn die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen bei der Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament schlechter gestellt wären, wie bei der Aufhebung durch Vertrag. Dazu kommt, daß zu dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments nach § 2253 auch die hier in Frage stehenden in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen fähig sind. Überwiegende Gründe dürften daher dafür sprechen, die aus anderen Gründen als wegen Minderjährigkeit in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen ebenso zu behandeln wie die Minderjährigen (Strohal I § 46 Anm. 23; a. A. Wilke Erl. 2 zu § 2292 und die frühere Auflage). Aus der zur Anwendung kommenden Vorschrift des § 2290 Abs. 3, daß bei den unter Vormundschaft stehenden Personen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei, ergibt sich mittelbar die von den sonstigen Grundsätzen über Testamente (§ 2229 Abs. 1) abweichende Bestimmung, daß jene Personen auch der Einwilligung des Vormundes zu dem gemeinschaftlichen Testamente bedürfen. Der im § 2290 Abs. 3 Satz 2 behandelte Fall der elterlichen Gewalt kommt, soweit es sich um die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts handelt, nicht in Betracht, weil bei § 2292 stets der dort vorgesehene Ausnahmefall vorliegt, daß das Rechtsgeschäft unter Ehegatten vorgenommen wird. Dagegen wird man bei Minderjährigen die Zustimmung des Inhabers der elterlichen Gewalt fordern müssen, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb der Vater oder die Mutter hinter dem Vormunde zurückstehen sollten, und die Grundsätze des Testamentsrechts vermöge der Verweisung auf den § 2290 Abs. 3 hinter den dieser Vorschrift zugrunde liegenden allgemeinen Vorschriften zurücktreten. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erstrecken sich natürlich nur auf die Aufhebung des Erbvertrags, nicht auf den übrigen Inhalt des Testaments, wenngleich der Inhalt der neuen positiven Verfügungen für die Entschließung des gesetzlichen Vertreters bzw. des Gerichts von Bedeutung sein kann. Eine eigentliche Durchbrechung des im § 2229 Abs. 1 aufgestellten Grundsatzes liegt übrigens in der Verweisung auf den § 2290 Abs. 3 nicht, weil es sich nur um denjenigen Ehegatten handelt, welcher bei der aufzuhebenden vertragsmäßigen Verfügung nicht Erblasser ist (vgl. Märker S. 211). Zweifelhaft ist, ob der andere Vertragschließende, wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterblieben ist, nach Erlangung unbeschränkter Geschäftsfähigkeit (natürlich vor dem Tode des Erblassers) seine testamentarische Aufhebungserklärung formlos genehmigen kann. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß die Aufhebung des Erbvertrags gemäß § 2292 nur der Form nach durch eine letztwillige Verfügung, in Wahrheit aber durch eine vertragsmäßige Einigung der Ehegatten bewirkt wird, so kann man die Frage auf Grund des § 108 Abs. 3 bejahen (so Schiffner S. 168 Anm. 12; Strohal I § 46 Anm. 25). Es dürfte jedoch gewagt sein, soweit zu gehen, und den Vorzug verdienen, an den Grundsätzen des Testamentsrechts festzuhalten, nach denen die formlose Bestätigung einer unwirksamen letztwilligen Verfügung ausgeschlossen ist (Erl. 4 zu § 2229; Hellwig S. 632 Anm. 305; Herzfelder Erl. 2 Abs. 2 zu § 2292).

§§ 2293—2298.

1. Die §§ 2293—2297 und der § 2298 Abs. 2, 3 regeln den **Rücktritt des Erblassers**, d. h. diejenige Aufhebung des Erbvertrags, welche sich im Gegensatze zu der in den §§ 2290—2292 geregelten Aufhebung im Wege beiderseitigen Einverständnisses durch einseitigen Willensakt des Erblassers vollzieht. Das BGB. kennt einen Rücktritt des Erblassers auf Grund *vertragsmäßigen Vorbehalts* (§ 2293) und einen Rücktritt aus bestimmten *gesetzlichen Gründen*

(§§ 2294, 2295). Abgesehen von den besonderen Fällen des § 2298 hat die Verschiedenheit des Grundes auf die Gestaltung des Rücktrittsrechts keinen Einfluß, die §§ 2296, 2297 gelten für alle Fälle des Rücktritts. Nach diesen Vorschriften ist die Ausübung des Rücktrittsrechts, insbesondere die Form der Rücktrittserklärung, verschieden, je nachdem der Rücktritt bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden oder nach dessen Tode vollzogen wird. Im ersteren Falle bedarf es einer formalisierten Erklärung gegenüber dem anderen Teile (§ 2296), im zweiten Falle erfolgt der Rücktritt durch Testament (§ 2297). Wenngleich das BGB. im letzteren Falle nicht von einem Rücktritte, sondern von einer „Aufhebung" der vertragsmäßigen Verfügung durch Testament spricht, handelt es sich doch im Grunde nur um einen Unterschied in der Form, durch den Verschiedenheiten in einigen Einzelpunkten, z. B. hinsichtlich der Widerruflichkeit (Erl. 4 zu § 2296, Erl. 5 zu § 2297) bedingt werden. Eine begriffliche Verschiedenheit zwischen dem Rücktritte nach § 2296 und der Aufhebung nach § 2297 besteht nicht, was besonders für das Verständnis der im § 2298 Abs. 2 enthaltenen Vorschriften über den vorbehaltenen Rücktritt von einem zweiseitigen Erbvertrag und für die Anwendung des § 2299 Abs. 3 von Bedeutung ist (vgl. auch Schiffner S. 173 f.).

2. Die **Wirkung des Rücktritts** besteht in der Aufhebung der vertragsmäßigen Verfügungen des Erblassers. Bezieht sich der Rücktritt nur auf eine einzelne vertragsmäßige Verfügung, so kann er mittelbar doch die Unwirksamkeit auch der übrigen vertragsmäßigen Verfügungen zur Folge haben (§§ 2085, 2279). Tritt der Erblasser von dem ganzen Erbvertrage zurück, so verlieren im Zweifel auch die darin enthaltenen einseitigen Verfügungen des Erblassers ihre Kraft (§ 2299 Abs. 3, s. dort Erl. 3c). Weitergehende Wirkungen knüpfen sich in der Regel an die Ausübung des Rücktrittsrechts, das in einem zweiseitigen Erbvertrage vorbehalten ist (§ 2298 Abs. 2, 3). Da der Rücktritt gegenüber dem Grundsatze der Unwiderruflichkeit des Erbvertrags sich als Ausnahme darstellt, hat im Streitfalle das Bestehen eines Rücktrittsgrundes zu beweisen, wer sich auf den Rücktritt beruft. Über die Berechtigung zum Rücktritte kann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Feststellungsklage (ZPO. § 256) gegeben sind, schon bei Lebzeiten des Vertragserblassers eine gerichtliche Entscheidung ergehen. Die Wirksamkeit des auf Grund eines unberechtigten Rücktritts vom Erbvertrag errichteten Testaments bemißt sich nach der Vorschrift des § 2289 Abs. 1 Satz 2 (Böhm S. 233; vgl. Eccius IV § 247 Nr. V).

3. Das BGB. spricht nur von dem Rücktritte des Erblassers. **Der andere Vertragschließende hat ein Rücktrittsrecht nur dann, wenn er es sich vertragsmäßig vorbehält.** Die Zulässigkeit dieses Vorbehalts folgt aus der allgemeinen Vertragsfreiheit (vgl. M. V S. 342 f.). Für das vorbehaltene Rücktrittsrecht des anderen Teiles gelten aber weder die Vorschriften der §§ 2293 ff. noch die der §§ 346 ff., welche letztere nur für den Rücktritt von einem obligatorischen Vertrage gegeben sind, vielmehr ist die Wirkung des Vorbehalts nur aus seinem Inhalte zu entnehmen. Vorauszuschicken ist, daß mit dem Rücktritte des Vertragsgegners von dem Erbvertrage nicht der Rücktritt desselben von einem mit dem Erbvertrage verbundenen obligatorischen Vertrag, insbesondere einem Erbverpfründungsvertrage, zu verwechseln ist (s. Vorbm. 2 a. E.) und daß selbstverständlich auch der Fall außer Betracht bleibt, wo auch der andere Vertragschließende Erblasser ist und von den seinerseits getroffenen Verfügungen zurücktritt. Scheidet man diese Fälle aus, so wird man dem vorbehaltenen Rücktritte des annehmenden Teiles von dem Erbvertrage keine andere Bedeutung beilegen können, als die einer einseitigen Befreiung des Erblassers von der durch den Erbvertrag erzeugten erbrechtlichen Gebundenheit. Die Verfügungen des Erblassers bleiben bestehen, da einem anderen nicht die Macht übertragen werden kann, darüber zu befinden, ob sie gelten oder nicht gelten sollen (§ 2065 Abs. 1, § 2279 Abs. 1), aber sie haben nur noch die Kraft letztwilliger Verfügungen, die Beschränkungen des Erblassers gemäß §§ 2287—2289 fallen weg. Der Rücktritt des Vertragsgegners hat daher auch dann, wenn dieser selbst der Bedachte ist, nicht die Wirkung eines Erbverzichts, der nur durch Vertrag erfolgen kann, oder einer Ausschlagung der Zuwendung, die erst nach dem Eintritte des Erbfalls möglich ist (§ 1946, § 2180 Abs. 2). Praktische Bedeutung kommt, wie auch die Motive anerkennen, dem Rücktrittsvorbehalte des annehmenden Teiles kaum zu, da die Parteien das Ergebnis, zu welchem der Rücktritt desselben führt, auch durch einen auf die Bindung des Erblassers beschränkten Aufhebungsvertrag (Erl. 1 zu § 2290) erreichen können, keine Partei aber ein besonderes Interesse daran haben wird, daß der annehmende Teil den Vertragserblasser auch einseitig frei geben kann. Die Ansichten über die Bedeutung, die Zulässigkeit und die Wirkung des Rücktritts des anderen Vertragschließenden sind jedoch sehr geteilt; vgl. Hellwig S. 637; Schiffner S. 186; Endemann III § 60 Anm. 29; Frommhold Anm. 1 zu § 2293.

§. 2293. Der Erblasser kann von dem Erbvertrage zurücktreten, wenn er sich den Rücktritt im Vertrage vorbehalten hat.

§. 2294. Der Erblasser kann von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser

---

§ 2293.

E. I § 1958 Abs. 1 Satz 1; II § 2159 rev. § 2267; III § 2266. P. I S. 9973, 9977; M. V S. 342 f. P. II Bd. 5 S. 409.

1. **Die Zulässigkeit des vorbehaltenen Rücktritts vom Erbvertrag** ist im § 2293 besonders ausgesprochen, weil sonst die Annahme möglich wäre, daß der Vorbehalt des Rücktritts mit der Vertragsnatur des Erbvertrags nicht vereinbar sei und der Verfügung, der er beigefügt werde, notwendig den Charakter eines Testaments aufpräge (vgl. Schiffner S. 63, 184 f.; Endemann III § 60 Anm. 29; Frommhold Anm. 2 und besonders Hellwig S. 639 ff., der es als einen fehlerhaften Gedanken des Gesetzgebers bezeichnet, daß im Falle eines Rücktrittsvorbehalts überhaupt die Normen über den Erbvertrag Anwendung finden sollen; s. auch preuß. ALR. I 12 § 635 und dazu Eccius IV § 247 bei Anm. 17). Diese Annahme ist jedoch unbegründet; der Vorbehalt des Rücktritts steht der Bindung des Erblassers ebensowenig entgegen wie der entsprechende Vorbehalt bei obligatorischen Verträgen der Bindung des Schuldners (§§ 346 ff.). Solange der Erblasser von dem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch gemacht hat, ist er gebunden und unterliegt allen Beschränkungen, die der Abschluß eines Erbvertrags für ihn mit sich bringt (s. besonders §§ 2287—2289; Frommhold Anm. 2; Wilke Erl. 2). Praktisch wird übrigens ein uneingeschränkter Vorbehalt kaum vorkommen, vielmehr das Rücktrittsrecht immer nur für gewisse Fälle ausbedungen werden. Der Erbvertrag unter Vorbehalt des Rücktritts ist daher schon aus diesem Grunde kein Ersatz für das gem. Testament, als welchen ihn die Motive zum E. I auffaßten. Der Vorbehalt kann sich nicht nur auf den ganzen Erbvertrag, sondern auch auf eine einzelne vertragsmäßige Verfügung erstrecken (M. V S. 343, 346; Schiffner S. 185 Anm. 8). Ist nach dem Inhalt einer Verfügung eine Teilung möglich, so kann der Rücktritt auch in Ansehung eines Teiles der Verfügung ausgeübt werden, z. B. durch Herabsetzung eines Geldvermächtnisses (Schiffner S. 176 Anm. 7). Im einzelnen Falle kann übrigens die Auslegung einer Verfügung, bezüglich deren der Erblasser sich den Rücktritt vorbehält, dahin führen, daß die Verfügung überhaupt nicht als vertragsmäßige, sondern als letztwillige anzusehen ist (§ 2299, s. Erl. 1 zu § 2278; M. V S. 343, 347; Hellwig S. 495, 640).

2. Will der Erblasser eine vertragsmäßige Verfügung und daneben einen Vorbehalt im Sinne des § 2293 treffen, so **kommt es auf den Gebrauch bestimmter Worte nicht an.** Es ist auch trotz des Wortlauts des § 2293 für zulässig zu erachten, daß der Vorbehalt nicht in dem Erbvertrage selbst, sondern in einem besonderen Nachtragsvertrage getroffen wird (Schiffner S. 185 Anm. 9). Geschieht dies und beschränkt sich der Nachtrag auf diesen Vorbehalt, so wird auf ihn nicht der § 2275, sondern der § 2290 Abs. 2, 3 anzuwenden sein (Strohal I § 46 Anm. 38). Von dem Vorbehalte des Rücktritts ist der Vorbehalt späterer, den vertragsmäßig Bedachten beschränkender oder beschwerender Verfügungen von Todes wegen zu unterscheiden (Erl. 3 b α zu § 2289). Außerdem kann der Erbvertrag auch unter einer auflösenden Bedingung geschlossen werden, mit deren Eintritt entweder die Verfügung selbst unwirksam werden oder doch die Bindung des Erblassers wegfallen soll. Da die auflösende Bedingung auch auf eine Handlung des Erblassers abgestellt werden kann, ist dieser in einem solchen Falle in der Lage, sich ohne Beobachtung der Vorschriften über den Rücktritt (§ 2296) von dem Erbvertrage frei zu machen (M. V S. 344). Praktische Bedeutung hat vorzugsweise die Bedingung, daß der Erblasser noch heiraten oder noch Kinder gewinnen sollte.

3. **Das Rücktrittsrecht unterliegt,** da es nicht unter den Begriff des Anspruchs fällt, **keiner Verjährung** (Erl. 1 zu § 355). Auch eine Frist für die Ausübung des Rechtes besteht, wenn sie nicht im Erbvertrage festgesetzt ist, weder kraft Gesetzes noch ist der andere Vertragschließende wie nach § 355 bei einem Schuldvertrage befugt, sie dem Berechtigten zu bestimmen.

§ 2294.

E. II § 2160 Abs. 1 rev. § 2268; III § 2267. P. II Bd. 5 S. 395 ff., 411 ff.; Bd. 6 S. 351 ff.

1. **Rücktrittsrecht des Erblassers wegen solcher Verfehlungen des Bedachten die zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen.** Während im bisherigen Rechte große Unsicherheit darüber

zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre.

---

bestand, welche Befugnisse dem Vertragserblasser zuständen, wenn der Bedachte sich schwerer Verfehlungen gegen ihn schuldig macht, gewährt das BGB. entsprechend der im § 2271 Abs. 2 Satz 2 für das gem. Testament getroffene Regelung im § 2294 dem Erblasser ein Rücktrittsrecht, wenn sich der Bedachte Verfehlungen zu Schulden kommen läßt, die sich als Grund zur Pflichtteilsentziehung darstellen. Die Vorschrift gilt für alle vertragsmäßigen Zuwendungen, also für Erbeinsetzungen und für Vermächtnisse. Nur Verfehlungen des Bedachten, mithin, wenn die Verfügung zugunsten eines Dritten getroffen ist, nicht solche des anderen Vertragschließenden, kommen in Betracht (vgl. Schiffner S. 80, 176f.). Was die Art der im einzelnen Falle wesentlichen Verfehlungen anbetrifft, so ist zwischen Bedachten, die pflichtteilsberechtigt sind, und solchen Personen, die nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehören, zu unterscheiden. Gegenüber den ersteren gewähren dieselben Gründe, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigen, das Recht des Rücktritts vom Erbvertrage, mithin gegenüber einem Abkömmlinge die Gründe des § 2333, gegenüber dem Vater oder der Mutter die im § 2334, gegenüber dem Ehegatten die im § 2335 (§§ 1565—1568) genannten Verfehlungen. Ein Bedachter, der nicht pflichtteilsberechtigt ist, wird in der fraglichen Beziehung einem Abkömmlinge gleichgestellt, also dem § 2333 unterworfen (s. P. II Bd. 5 S. 396, Bd. 6 S. 351 ff.). Auch der Grund des § 2333 Nr. 4 (böswillige Verletzung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht) kann gegenüber einem solchen Bedachten in Betracht kommen, da auch ein nicht pflichtteilsberechtigter Verwandter unterhaltspflichtig sein kann (§ 1603 Abs. 1, § 1606 Abs. 1, § 1607 Abs. 1, § 2309). Vorauszusetzen wird indessen immer sein, daß die gesetzliche Unterhaltspflicht auf Verwandtschaft beruht (s. Erl. 3d zu § 2333; Strohal I § 46 Anm. 41). Mit Rücksicht auf den Grund des im § 2294 gewährten Rücktrittsrechts kann der Erblasser auf dieses Recht im Erbvertrage nicht verzichten (§ 138 Abs. 1, vgl. § 276 Abs. 2, § 2302; Schiffner S. 179; Frommhold Anm. 3; Strohal I § 46 Anm. 40a). Neben dem Rücktrittsrechte nach § 2294 kann von einer entsprechenden Anwendung der im bisherigen Rechte mitunter zur Aushilfe herangezogenen Vorschriften über den Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks (§ 530) nicht die Rede sein. Die Vorschriften über die Erbunwürdigkeit bleiben natürlich unberührt.

2. Betreffs der **Zeit der Verfehlung** und des Rücktritts gilt folgendes: Es kommen nur Verfehlungen aus der Zeit nach der Schließung des Erbvertrags in Betracht. Eine frühere Verfehlung des Bedachten begründet, wenn sie dem Erblasser bei dem Vertragsschlusse bekannt gewesen, für diesen keinerlei Recht (vgl. Erl. IV 2 zu § 2271; Schiffner S. 178); wenn sie ihm unbekannt war, kann sie ein Anfechtungsrecht nach § 2078 Abs. 2, § 2281 zur Folge haben (a. A. Strohal I § 46 Anm. 40, der in dem letzteren Falle auch ein Rücktrittsrecht für begründet hält). Verfehlungen nach der Schließung des Erbvertrags begründen, wenn sie von einem bedachten Dritten ausgehen, das Rücktrittsrecht auch dann, wenn der andere Vertragschließende bereits gestorben ist; letzterer Umstand ist nur auf die Form von Einfluß, in der die Aufhebung der Zuwendung erfolgt (s. §§ 2296, 2297). An eine bestimmte Zeit seit der Verfehlung oder seit der Kenntnis des Erblassers von der Verfehlung ist das Rücktrittsrecht nicht gebunden, dagegen erlischt es durch Verzeihung, weil dann der Erblasser nicht mehr zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt ist (§ 2337 Satz 1). Über Verzeihung nach erfolgtem Rücktritte s. Erl. 3.

3. Zweifelhaft ist, ob auf den Rücktritt vom Erbvertrage gemäß §§ 2294, 2296, abgesehen von den Rücktrittsgründen, **einzelne von den Vorschriften Anwendung finden, die für die Entziehung des Pflichtteils gelten.** Nach § 2297 Satz 2 sind, wenn der zum Rücktritte berechtigte Erblasser nach dem Tode des anderen Vertragschließenden die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufhebt, in den Fällen des § 2294 die Vorschriften des § 2336 Abs. 2—4 entsprechend anwendbar. Das Gleiche gilt gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 2, wenn der überlebende Ehegatte nach der Annahme der ihm von dem verstorbenen in einem gem. Testamente gemachten Zuwendung eine seinerseits getroffene Verfügung wegen einer Verfehlung des Bedachten aufhebt. Es fragt sich nun, ob die Vorschriften des § 2336 Abs. 2—4 auch dann entsprechend anzuwenden sind, wenn der Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag auf Grund des § 2294 noch bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden gemäß § 2296 erfolgt. Für die Bejahung

§. 2295. Der Erblasser kann von einer vertragsmäßigen Verfügung zurücktreten, wenn die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird.

Böhm S. 232; Strohal I § 46 Anm. 42, 46a; für Verneinung Hellmann, Krit. Bierl. Bd. 39 S. 226; Schiffner S. 177 Anm. 16; Frommhold Anm. 2; Wilke Erl. 3; Dernburg V § 102, I 2 und Anm. 7; Herzfelder Erl. 2 zu § 2294. Bei dem positiven Charakter einzelner der im § 2336 getroffenen Vorschriften dürfte die entsprechende Anwendung derselben bedenklich sein, um so mehr, als aus dem Zitat im § 2297 doch wohl ein arg. e contr. zu entnehmen ist. Der Einwand von Strohal, daß die Anwendung materieller Vorschriften, wie die hier fraglichen nicht davon abhängig sein könne, ob die Aufhebung der betreffenden Verfügung in der Form des Rücktritts oder in der des Testaments erfolge, dürfte nicht begründet sein, denn diese Verschiedenheit der Form hängt davon ab, ob die Geltendmachung des Rücktrittsrechts bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden oder nach dessen Tode erfolgt und dieser Umstand kann sehr wohl auch für die Frage von Bedeutung sein, ob die Vorschriften des § 2336 Abs. 2—4 Anwendung finden sollen oder nicht. Demnach braucht der Grund des Rücktritts in der Rücktrittserklärung (§ 2296 Abs. 2) nicht angegeben zu werden und der Rücktritt wird im Falle des § 2333 Nr. 5 nicht durch spätere Besserung des Bedachten unwirksam. Dagegen gilt auch hier, daß der Grund zur Zeit der Rücktrittserklärung bestehen und im Bestreitungsfalle von demjenigen bewiesen werden muß, welcher sich auf den erfolgten Rücktritt beruft. Denn diese Sätze ergeben sich schon aus allgemeinen Vorschriften und aus der Fassung des § 2294 (Schiffner a. a. O.). Ebensowenig wie der § 2336 Abs. 4 ist der § 2337 Satz 2 auf den Rücktritt zu übertragen, nach welcher Vorschrift die ausgesprochene Pflichtteilsentziehung durch Verzeihung unwirksam wird (s. Erl. 4 zu § 2297); denn diese Vorschrift ist keineswegs, wie Strohal I § 46 Anm. 47, annimmt, lediglich eine Konsequenz der Vorschrift des Satz 1, sondern hat eine durchaus selbständige Bedeutung, indem für die Frage, ob nach erfolgter Verzeihung die Entziehung des Pflichtteils zulässig ist, andere Gesichtspunkte in Betracht kommen wie für die Frage, ob eine rechtsgültig erfolgte Entziehung durch spätere Verzeihung unwirksam wird (wie hier Dernburg V § 102 II 2 und Anm. 7).

§ 2295.

E. II § 2161 rev. § 2269; III § 2268. P. II Bd. 5 S. 410 f.; Bd. 6 S. 353.

1. **Verbindung eines Erbvertrags mit einer Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser lebenslänglich wiederkehrende Leistungen zu gewähren.** Nach § 2295 steht dem Erblasser ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu, wenn er eine vertragsmäßige Zuwendung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) mit Rücksicht darauf gemacht hat, daß der Bedachte kraft Rechtsgeschäfts verpflichtet ist, ihm lebenslänglich wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, diese Verpflichtung aber vor dem Tode des Erblassers wegfällt. Die fragliche Verpflichtung kann auf einem zwischen dem Erblasser und dem Bedachten geschlossenen Vertrag oder auch auf einer Verfügung von Todes wegen beruhen, die ein anderer Erblasser getroffen hat. Von praktischer Bedeutung ist vorzugsweise der Fall des Leibrentenvertrags und des sog. Erbverpfründungs- (Abnährungs-) vertrags, auf Grund dessen, insbesondere von einer Versorgungsanstalt, der vollständige Unterhalt bis zum Tode zu gewähren ist (s. Jastrow II S. 308; Schiffner S. 96 ff.) Ein solcher Vertrag ist rechtlich stets als ein von dem Erbvertrage getrenntes selbständiges Rechtsgeschäft unter Lebenden anzusehen, auch wenn in dem Erbvertrage der andere Vertragschließende bedacht wird, mithin die Parteien bei dem Erbvertrag und bei dem Leibrenten- bzw. Verpfründungsvertrage dieselben sind, und wenn beide Verträge in derselben Urkunde errichtet werden. Die Zuwendung von Todes wegen und die wiederkehrenden Leistungen unter Lebenden stehen nicht in dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung (s. Vorbm. 2; Hellwig S. 608; Strohal I § 47 Anm. 1), vielmehr hat die rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten für den Erbvertrag stets nur die Bedeutung des Bestimmungsgrundes, während die Zuwendung von Todes wegen für den obligatorischen Vertrag eine weitergehende Bedeutung haben kann (s. unten Erl. 3, 4).

2. **Das Rücktrittsrecht steht dem Erblasser nur zu, wenn die Verpflichtung des Bedachten aufgehoben wird.** Aus welchem Grunde und in welcher Weise dies geschieht, ist ohne Bedeutung. Der § 2295 findet daher sowohl Anwendung, wenn das Schuldverhältnis durch Übereinkunft beider Teile aufgehoben wird, als auch dann, wenn einer von ihnen, sei es der Erblasser oder der Gegenkontrahent, sich den Rücktritt von dem obligatorischen Vertrage vorbehalten hat und von dieser Befugnis Gebrauch macht (§§ 346 ff.). Daß der Bedachte seiner Verpflichtung nicht nachkommt, reicht nicht aus und ist andererseits auch nicht Voraussetzung für das Rücktrittsrecht (Schiffner S. 170 Anm. 10, S. 180 Anm. 7, anders nach § 1418 Abs. 1 Nr. 2, § 1468 Nr. 3, § 1495 Nr. 3 bei der Klage auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung bzw. der Gütergemeinschaft oder fortgesetzten Gütergemeinschaft wegen Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht). Dagegen kann die Nichterfüllung seitens des Bedachten, insbesondere im Falle seines Konkurses, ein Anfechtungsrecht für den Erblasser begründen (§ 2078 Abs. 2, § 2281). Auf ein solches ist der Erblasser auch dann beschränkt, wenn die beabsichtigte rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten nicht existent geworden ist, z. B. weil der Bedachte nach der Schließung des Erbvertrags seine Mitwirkung zum Abschlusse des Leibrentenvertrags verweigert oder weil sich der Erblasser in dem vorangegangenen obligatorischen Vertrage zur Errichtung des Erbvertrags verpflichtet hat und infolgedessen nach § 2302 (s. dort Erl. 1 a. E.) der ganze Vertrag nichtig ist. Unter Umständen können auch das Rücktrittsrecht und das Anfechtungsrecht nebeneinander bestehen, nämlich einmal dann, wenn die Aufhebung der Verpflichtung des Bedachten als ein Umstand anzusehen ist, dessen Nichteintritt der Erblasser im Sinne des § 2078 Abs. 2 erwartet hat, ferner aber, wenn sich der Erblasser den Rücktritt gemäß § 2293 wegen Nichterfüllung der vom Bedachten übernommenen Verpflichtung vorbehalten hat. Die Konkurrenz beider Rechte kann von praktischer Bedeutung sein, weil einerseits das Anfechtungsrecht an eine Frist gebunden, andererseits aber die Anfechtung auch bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers möglich ist, während für das Rücktrittsrecht in beiden Beziehungen das Gegenteil gilt (§ 2282 Abs. 2, § 2283, § 2296 Abs. 1; Hellwig S. 655).

3. **Welche Einwirkung der Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag auf die obligatorischen Beziehungen unter den Vertragschließenden ausübt,** richtet sich nach dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die Leistungen an den Erblasser erfolgt sind, und nach dem Grunde, der zu der Aufhebung dieses Rechtsverhältnisses geführt hat. Beruhte die Verpflichtung des Bedachten auf einem obligatorischen Vertrage, so kann der Rücktritt vom Erbvertrage den Erblasser verpflichten, das Erhaltene nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Denn wenn auch der obligatorische und der Erbvertrag nicht ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden (s. oben Erl. 1), kann doch nach dem Inhalte des obligatorischen Vertrags der Abschluß und Fortbestand des Erbvertrags als der Erfolg anzusehen sein, den der Schuldner (Bedachte) mit seiner Leistung bezweckt hat, und in der Regel wird diese Auffassung zutreffen (§ 812 Abs. 1 Satz 2; vgl. Wilke, der nur in der Erl. 1 zu weit geht, wenn er die Herausgabepflicht als ausnahmslose Regel hinstellt; s. auch Erl. 3 zu § 2286).

4. **Ist die vertragsmäßige Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten getroffen worden, die einen anderen als den im § 2295 vorausgesetzten Inhalt hat,** so steht dem Erblasser im Falle der Aufhebung der Verpflichtung nur das Anfechtungsrecht gemäß § 2078 Abs. 2, § 2281 zu (Hellwig S. 655). Bei den Beratungen der zweiten Kommission ist allerdings angenommen worden, daß der Erblasser gegen den Bedachten auch einen kondiktizischen Anspruch auf Einwilligung in die Aufhebung des Erbvertrags habe (P. II Bd. 5 S. 411). Dies dürfte indessen nicht richtig sein. Aus der abstrakten Natur des Erbvertrags für sich allein kann freilich nicht geschlossen werden, daß er nicht unter solchen Umständen abgeschlossen werden könnte, aus denen sich die Zulässigkeit einer condictio ergibt; denn auch der dingliche Vertrag ist ein rein abstrakter Vertrag und doch kann er unzweifelhaft zu einem bestimmten Zwecke abgeschlossen werden, bei dessen Nichteintritt oder Wegfalle die condictio zulässig ist (§ 812). Aus der besonderen Natur des Erbvertrags dürfte aber zu folgern sein, daß er nicht zu einem außerhalb seiner liegenden Zwecke im Sinne des § 812 abgeschlossen werden soll, und daß, wenn dies doch geschehen ist, die Zweckbestimmung eine condictio nicht begründet. Ersatz hierfür bietet in einer das Bedürfnis befriedigenden Weise das dem Erblasser nach §§ 2078, 2281 zustehende Anfechtungsrecht und in dem besonderen Falle des § 2295 das ihm hiernach zustehende Rücktrittsrecht. Vgl. zu der allerdings recht zweifelhaften Frage Hellwig S. 607 Anm. 247; Schiffner S. 180 Anm. 7; Endemann III § 58 Anm. 20; Strohal I § 47 Anm. 1; für die Prot. Cosack II S. 649; Herzfelder Erl. 2 zu § 2295.

§. 2296. Der Rücktritt kann nicht durch einen Vertreter erfolgen. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden. Die Erklärung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

---

§ 2296.

E. I § 1958; II § 2162 Abs. 1, 2 rev. § 2270; III § 2269. P. I S. 9973 ff., 11444 f., 12254; M. V S. 343 f. P. II Bd. 5 S. 409 f.

1. Die im § 2296 enthaltenen **Vorschriften über die Erklärung des Rücktritts** gelten sowohl für den vorbehaltenen Rücktritt nach § 2293 als auch für das gesetzliche Rücktrittsrecht aus §§ 2294, 2295. Sie gelten ferner ohne Unterschied, ob die Verfügung, von welcher der Erblasser zurücktritt, eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage zum Inhalte hat. Daß die Beobachtung der Form des § 2296 Abs. 2 auch bei Vermächtnissen und Auflagen nicht dadurch entbehrlich wird, daß der andere Vertragschließende bei der Schließung des Erbvertrags auf den Rücktrittsvorbehalt eingeht, ist schon zu § 2291 Erl. 2a hervorgehoben worden. Der Rücktritt erfolgt jedoch gemäß § 2296 nur, *solange der andere Vertragschließende lebt*; nach dessen Tode kann der Erblasser das Rücktrittsrecht nur noch im Wege einer letztwilligen Verfügung ausüben (§ 2297, § 2298 Abs. 2 Satz 3). Der § 2296 gilt ferner nur für den gänzlichen Rücktritt von einer vertragsmäßigen Verfügung, nicht für die Errichtung einer diese Verfügung nur beschränkenden Verfügung von Todes wegen, die sich der Erblasser im Erbvertrage vorbehalten hat (Erl. 3b α zu § 2289, Erl. 2 zu § 2293; Hellwig S. 645). Innerhalb ihres Anwendungsgebiets sind die Vorschriften des § 2296 jedoch zwingenden Rechtes, der Erblasser kann sich auch für den vorbehaltenen Rücktritt nichts anderes, insbesondere keine andere Form als die im § 2296 vorgeschriebene ausbedingen (Schiffner S. 185 Anm. 10).

2. **Daß der Erblasser den Rücktritt nur persönlich erklären kann** (Abs. 1 Satz 1), entspricht dem auch in § 2274, § 2282 Abs. 1, § 2290 Abs. 2 für die Schließung, die Anfechtung und die vertragsmäßige Aufhebung des Erbvertrags zum Ausdrucke gelangten Prinzipe. Der Rücktritt ist hiernach ausgeschlossen, wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist. Dagegen bedarf er bei nur *beschränkter Geschäftsfähigkeit* zum Rücktritte nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (Abs. 1 Satz 2), weil er durch den Rücktritt von einer Beschränkung seiner Verfügungsmacht frei wird und weil materiell in der Rücktrittserklärung eine Verfügung über die Erbfolge liegt (vgl. §§ 107, 114, § 2229 Abs. 1, § 2282 Abs. 1 Satz 2, § 2290 Abs. 2 Satz 2). Dies gilt ohne Unterschied, ob die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit schon zur Zeit des Vertragschlusses bestanden hat (§ 2275 Abs. 2, 3) oder erst später eingetreten ist, und auch dann, wenn der Rücktritt vom Erbvertrag als mittelbare Folge die Entstehung obligatorischer Pflichten für den Erblasser nach sich zieht (Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung s. Erl. 3 zu § 2295).

3. Nach Abs. 2 **erfolgt der Rücktritt durch eine formalisierte empfangsbedürftige Willenserklärung**, was mit Rücksicht auf die Sicherheit des anderen Vertragschließenden und die wichtigen Folgen des Rücktritts geboten erscheint (s. die entsprechende Vorschrift für die Anfechtung des Erbvertrags im § 2282). Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung richtet sich nach FGG. §§ 168 ff., vgl. auch EG. Art. 141; die besonderen Förmlichkeiten der Testamentserrichtung sind nicht vorgeschrieben. Daß die Erklärung gegenüber dem Vertragsgenossen abgegeben werden, mithin bei Abgabe unter Abwesenden ihm zugehen muß (§§ 130 ff.), entspricht der Vorschrift des § 349 über den Rücktritt von einem obligatorischen Vertrage. Für die Übermittelung der Erklärung ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, es genügt formlose Übergabe oder Zusendung der beurkundenden Erklärung bzw. einer dem Erblasser erteilten Ausfertigung. Zwecks Sicherung des Beweises ist es jedoch ratsamer, einen Gerichtsvollzieher oder den beurkundenden Notar mit der Zustellung zu beauftragen (§ 132; preuß. FGG. Art. 31 Abs. 2).

Der Grund des Rücktritts braucht in der Rücktrittserklärung nicht angegeben zu werden; nur im Falle des § 2297 Satz 2 ist die Angabe des Grundes nach § 2336 erforderlich (a. A. Strohal I § 46 Anm. 46a; vgl. auch Erl. II 2a zu § 2271).

4. **Der nach § 2296 vollzogene Rücktritt ist unwiderruflich** (ebenso Dernburg V § 102 II). Im E. I und II war dies hier wie auch bei dem Rücktritte von einem obligatorischen Vertrage besonders hervorgehoben, bei der Revision des E. II ist der Zusatz wie auch an anderen Stellen

§. 2297. Soweit der Erblasser zum Rücktritte berechtigt ist, kann er nach dem Tode des anderen Vertragschließenden die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben. In den Fällen des §. 2294 finden die Vorschriften des §. 2336 Abs. 2 bis 4 entsprechende Anwendung.

---

als selbstverständlich gestrichen worden (P. II Bd. 6 S. 153; s. Bd. I S. 183 Vorbm. VIII vor § 104 und die Erl. zu § 349). Für Widerruflichkeit des Rücktritts Schiffner S. 170, 173 wegen der §§ 2257, 2279 und der Widerruflichkeit der nach § 2297 erfolgten Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung.

Wird die Rücktrittserklärung durch Vertrag zwischen den Parteien rückgängig gemacht, so dürfte dasselbe gelten wie im Falle der vertragsmäßigen Aufhebung eines den Erbvertrag aufhebenden Vertrags (s. Erl. 5 zu § 2290). Der Erbvertrag wird dadurch also wiederhergestellt (Strohal I § 46 Anm. 48).

5. Nach den Vorschriften des § 2296 erfolgt auch der **Widerruf der korrespektiven Verfügungen eines gem. Testaments**, solange beide Ehegatten leben (§ 2271 Abs. 1, s. dort II).

§ 2297.

E. I § 1961; II § 2163 rev. § 2271; III § 2270. P. I S. 10013 ff., 10034 ff., 10043 ff., 11373 f.; M. V S. 348 f. P. II Bd. 5 S. 397, 421 f.

1. **Ersatz des Rücktritts durch Testament nach dem Tode des anderen Vertragschließenden.** Solange beide Vertragschließende leben, vollzieht sich der Rücktritt des Erblassers von einer vertragsmäßigen Verfügung nach § 2296. Nach dem Tode des anderen Vertragschließenden kommen für den Rücktritt nur noch Zuwendungen an einen Dritten sowie Auflagen in Betracht. Gemäß § 2297 ist der Rücktritt in diesen Fällen so zu bewirken, daß der Erblasser die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufhebt. Die Erklärung des Rücktritts gegenüber den Erben des anderen Vertragschließenden, die nach dem E. I (M. V S. 344) abgesehen von dem Falle des § 2298 Abs. 2 zulässig sein sollte, ist nach dem BGB. ausgeschlossen (P. II Bd. 5 S. 421 f.; s. auch § 2290 Abs. 1 Satz 2). Die Abänderung des E. I ist unbeachtet geblieben bei Haidlen (zu § 2296) und Eichhorn (S. 191), aber auch die Annahme von Frommhold (zu § 2296), daß der Rücktritt gegenüber den Erben erklärt werden könne, wenn dies als Wille der Parteien anzusehen sei, ist unzutreffend, da die Vorschriften der §§ 2296, 2297 nicht nur dispositives Recht enthalten (s. Erl. 3b zu § 2298). Auch eine Benachrichtigung der Erben des anderen Vertragschließenden oder eine Mitteilung an den Bedachten ist nicht vorgeschrieben (Hellwig S. 640 f.; vgl. § 2281 Abs. 2 Satz 2).

2. **Voraussetzung für die Wirksamkeit der Aufhebung ist, daß der Erblasser zum Rücktritte berechtigt ist** (§§ 2293—2295). Nicht notwendig ist, daß das Rücktrittsrecht schon bei Lebzeiten des anderen Vertragschließenden bestanden hat, vielmehr greift § 2297 auch dann ein, wenn die Verfehlung des Bedachten oder die Aufhebung der Verpflichtung des Bedachten, die den Grund des Rücktritts bildet, erst nach dem Tode des anderen Teiles eingetreten ist (a. A. anscheinend Frommhold Anm. 1). Wegen des vorbehaltenen Rücktritts von einem zweiseitigen Erbvertrage s. § 2298 Abs. 2 Satz 2, 3.

3. **Unter der Aufhebung durch Testament ist hier wie an anderen Stellen sowohl der schlichte Widerruf (§ 2254) als auch die Aufhebung durch ein neues Testament mit abweichendem positiven Inhalte (§ 2258 Abs. 1) zu verstehen.** Nur wenn der Erblasser wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, steht ihm ausschließlich der reine Widerruf zu (§ 2229 Abs. 3, § 2253 Abs. 2; Schiffner S. 174; Hellwig S. 642).

4. **Besonderes gilt nach Satz 2 für den Fall, daß der Rücktritt gemäß § 2297 auf Grund des § 2294 wegen einer Verfehlung des Bedachten erfolgt.** Entsprechend den für die Pflichtteilsentziehung geltenden Vorschriften muß hier die den Grund des Rücktritts bildende Verfehlung zur Zeit der Testamentserrichtung bestehen und in dem Testament angegeben werden. Der Beweis des Rücktrittsgrundes liegt demjenigen ob, welcher sich auf den Rücktritt beruft (s. die Vorbm. 2 zu den §§ 2293—2298). Ist der Rücktritt erfolgt, weil der Bedachte einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt (§ 2333 Nr. 5), so ist er unwirksam, wenn sich der Bedachte zur Zeit des Erbfalls von diesem Lebenswandel dauernd abgewendet hat. Dagegen wird der Rücktritt nicht wie die Pflichtteilsentziehung (§ 2237 Satz 2) durch spätere Verzeihung unwirksam (Schiffner S. 178 f.; a. A. Strohal I § 46 Anm. 47; s. Erl. 3 zu § 2294);

§. 2298. Sind in einem Erbvertrage von beiden Theilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so hat die Nichtigkeit einer dieser Verfügungen die Unwirksamkeit des ganzen Vertrags zur Folge.

Ist in einem solchen Vertrage der Rücktritt vorbehalten, so wird durch den Rücktritt eines der Vertragschließenden der ganze Vertrag aufgehoben. Das Rücktrittsrecht erlischt mit dem Tode des anderen Vertragschließenden. Der Ueberlebende kann jedoch, wenn er das ihm durch den Vertrag Zugewendete ausschlägt, seine Verfügung durch Testament aufheben.

Die Vorschriften des Abs. 1 und des Abs. 2 Satz 1, 2 finden keine Anwendung, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist.

---

wegen der Einwirkung einer früheren Verzeihung s. die Erl. 2 zu § 2294 a. E. Wegen der Unanwendbarkeit des § 2336 Abs. 2—4 auf den Rücktritt gemäß §§ 2294, 2296 s. Erl. 3 zu § 2294.

5. Die nach § 2297 erfolgte Aufhebung ist gemäß §§ 2253 ff. widerruflich. Mit dem Widerrufe wird die vertragsmäßige Verfügung als solche, nicht etwa als einseitige, wiederhergestellt (§ 2257, § 2258 Abs. 2, vgl. Erl. 4 b zu § 2290, Erl. 3 zu § 2291). Hierin liegt allerdings eine Abweichung von den für den Rücktritt nach § 2296 (s. dort Erl. 4) geltenden Grundsätzen, die sich jedoch aus der Verschiedenheit der Form des Rücktritts erklärt (ebenso Strohal I § 46 Anm. 48; Herzfelder Erl. 4 zu § 2297).

§ 2298.

E. I §§ 1959, 1961; II § 2164 rev. § 2272; III § 2271. M. I S. 9930 ff., 10013 ff., 10034 ff., 10041 ff., 11372 ff.; M. V S. 344 ff., 348 f. M. II Bd. 5 S. 413 f., 421 f.

1. Im § 2298 werden **für den zweiseitigen Erbvertrag Auslegungsregeln** aufgestellt, die im wesentlichen den Vorschriften über die gegenseitige Abhängigkeit (Korrespektivität) der in einem gem. Testamente getroffenen Verfügungen (§§ 2270, 2271) entsprechen. Voraussetzung ist, daß jeder Teil in dem Erbvertrag eine oder mehrere vertragsmäßige Verfügungen trifft. Gegenseitige Bedenkung ist nicht erforderlich, doch wird bei einem zweiseitigen Erbvertrag ohne gegenseitige Bedenkung häufig ein von den gesetzlichen Regeln abweichender Wille der Parteien anzunehmen sein (Abs. 3). Es besteht mithin bei jedem zweiseitigen Erbvertrag eine gesetzliche Vermutung dafür, daß die beiderseitigen Verfügungen nach dem Willen der Parteien rechtlich unter sich zusammenhängen, miteinander stehen und fallen sollen. Dies zeigt seine Wirkung bei der Nichtigkeit (Abs. 1) und bei dem vorbehaltenen Rücktritte (Abs. 2) von einer vertragsmäßigen Verfügung. Die Vermutung der Korrespektivität ist bei dem zweiseitigen Erbvertrage nicht wie bei dem gem. Testament (§ 2270 Abs. 2) auf Verfügungen bestimmten Inhalts beschränkt, sondern ganz allgemein aufgestellt, kann aber stets durch den Gegenbeweis entkräftet werden, daß nach dem Willen der Parteien ihre vertragsmäßigen Verfügungen gänzlich oder doch in gewisser Hinsicht voneinander unabhängig sein sollten. Die Frage, ob in den Fällen des § 2298 materiell ein einheitliches Rechtsgeschäft (Endemann III § 58 bei Anm. 6; Frommhold Anm. 1 zu § 2278) oder eine Verbindung zweier Erbverträge in einem gemeinschaftlichen Akte (Schiffner S. 37) anzunehmen ist, dürfte im letzteren Sinne zu entscheiden, übrigens aber nur von theoretischer Bedeutung sein. Die M. V S. 345 stehen auf dem ersteren Standpunkt und sprechen sogar von einem „synallagmatischen Vertrage nicht obligatorischen Charakters"; s. dagegen Hellwig S. 608 Anm. 249; Endemann III § 58 Anm. 8; Erl. 1 zu § 2270.

2. Die im Abs. 1 behandelte **Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung** kann eine ursprüngliche oder durch Anfechtung herbeigeführt sein. Bloße Wirkungslosigkeit einer Verfügung infolge Ausfalls einer Bedingung, Versterbens des Bedachten, Ausschlagung ꝛc. steht der Nichtigkeit nicht gleich (Strohal I § 47 Anm. 3; Schiffner S. 188 Anm. 8; vgl. Erl. 3a zu § 2270). Grundsätzlich genügt die Nichtigkeit einer einzigen vertragsmäßigen Verfügung, um den ganzen Erbvertrag zu entkräften, doch wird nicht selten ein abweichender Wille der Parteien anzunehmen sein (vgl. Cosack II § 361 Anm. 38, 38a). Übrigens sind unter dem „ganzen Vertrage" doch nur die vertragsmäßigen Verfügungen zu verstehen, nicht auch die etwa in dem Erbvertrage getroffenen einseitigen Verfügungen, von denen erst im § 2299 die Rede ist. Für diese gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere § 2085 (Frommhold Anm. 2). Ist eine

Verfügung, die nach § 2278 Abs. 2 vertragsmäßig nicht getroffen werden kann, als vertragsmäßige getroffen worden, demgemäß als solche unwirksam, aber nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers als letztwillige Verfügung aufrecht zu erhalten (Vorbm. 4c, Erl. 3 zu § 2278), so kann die Entscheidung, ob dadurch andere vertragsmäßige Verfügungen desselben Erblassers oder des anderen Teiles in ihrer Wirksamkeit beeinflußt werden, nur nach den Umständen des Falles und dem anzunehmenden Willen der Parteien getroffen werden.

3. **Betreffs des Rücktritts von einer vertragsmäßigen Verfügung** gilt nach Abs. 2, 3 folgendes:

a) **Durch die Ausübung des vorbehaltenen Rücktrittsrechts** (§ 2293) von seiten eines Vertragschließenden wird im Zweifel der ganze Erbvertrag aufgehoben (Satz 1). Erfolgt der Rücktritt aus einem der gesetzlichen Gründe nach §§ 2294, 2295, so tritt diese Wirkung nicht ein, vielmehr bleiben die Verfügungen des anderen Vertragschließenden bestehen, wenn sie nicht durch eine ausdrückliche Bedingung von denjenigen des zurücktretenden Teiles abhängig gemacht worden sind (Strohal I § 47 Anm. 5; Schiffner S. 188 Anm. 8; s. auch Erl. IV 2, V a. E. zu § 2271). Dagegen genügt für die Anwendung des Satz 1, daß nur einer der Vertragschließenden sich den Rücktritt vorbehalten hat (so auch Frommhold Anm 3; vgl. preuß. ALR. I 12 §§ 639, 640; abweichend sächs. GB. § 2556). Des weiteren ist grundsätzlich nicht erforderlich, daß sich der Rücktrittsvorbehalt und der Rücktritt auf alle vertragsmäßigen Verfügungen des zurücktretenden Teiles bezieht. In der Regel wird jedoch, wenn der Vorbehalt auf eine einzelne Verfügung beschränkt ist, als Wille der Parteien anzusehen sein, daß diese Verfügung zu dem übrigen Inhalte des Erbvertrags nicht im Verhältnisse gegenseitiger Abhängigkeit stehen soll (Strohal I § 47 Anm. 6). Das Verhältnis kann aber auch so liegen, daß durch die Ausübung des nur für eine einzelne Verfügung vorbehaltenen Rücktrittsrechts von seiten des A eine einzelne Verfügung des B, die zu jener im Verhältnisse der Korrespektivität steht, aufgehoben wird, während alle übrigen Verfügungen beider Teile unberührt bleiben (vgl. Erl. 3c zu § 2270). Es ist daher zu weit gegangen, wenn Schiffner S. 188 Anm. 11 und Frommhold Anm. 3, Herzfelder Erl. 7 zu § 2298 den Satz auf den Fall beschränken wollen, daß der Vorbehalt und der Rücktritt sich auf den ganzen Erbvertrag bezieht. Wie im Abs. 1 sind auch im Abs. 2 Satz 1 unter dem „ganzen Vertrage" nur die vertragsmäßigen Verfügungen zu verstehen. Die einseitigen Verfügungen beider Teile treten zwar nach § 2299 Abs. 3 im Zweifel ebenfalls außer Kraft, doch entscheidet darüber nur der Wille ihres Urhebers, nicht wie bei den vertragsmäßigen Verfügungen der Wille beider Teile (s. Erl 3c zu § 2299).

b) **Mit dem Tode des anderen Vertragschließenden erlischt das Rücktrittsrecht**, das nunmehr überhaupt nur noch für Zuwendungen an Dritte und für Auflagen von Bedeutung sein würde (Satz 2). Die Vorschrift entspricht der Beschränkung des Widerrufsrechts bei dem gem. Testamente (§ 2271 Abs. 2). Der Grund liegt wie dort darin, daß durch den Widerruf nach dem Tode des anderen Teiles dessen Verfügungen mit Rückwirkung aufgehoben werden würden, der Anfall des Nachlasses an die damit Bedachten also rückgängig werden würde, was im Interesse der Rechtssicherheit vermieden werden muß (M. V S. 345). Es erlischt demgemäß auch nur das vorbehaltene Rücktrittsrecht, der Rücktritt aus den gesetzlichen Gründen der §§ 2294, 2295, der die Verfügungen des andern Teiles unberührt läßt, bleibt nach wie vor zulässig. Auch das vorbehaltene Rücktrittsrecht bleibt nach dem Tode des anderen Teiles bestehen, wenn dies dem Willen der Vertragschließenden entspricht (Abs. 3). Daraus folgt jedoch nicht, wie Schiffner S. 189 und Frommhold Anm. 3b annehmen, daß mit dem Willen der Parteien der Rücktritt nach dem Tode des anderen Teiles gemäß § 2296 gegenüber dessen Erben zu erklären wäre, vielmehr bleibt nach Abs. 3 nur das materielle Recht zum Rücktritt unberührt, während die Ausübung sich nach § 2297 bestimmt (s. Erl. 1 zu § 2297). Verfügungen von Todes wegen, durch die eine vertragsmäßige Verfügung nicht aufgehoben, aber beschränkt und in ihrem praktischen Ergebnisse beeinträchtigt wird, sind bei dem Erbvertrage schon durch § 2289 Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen. Hat sich der überlebende Teil derartige Verfügungen vorbehalten (Erl. 3bα zu § 2289), so wird bei einem zweiseitigen Erbvertrag im Zweifel anzunehmen sein, daß auch dieser Vorbehalt mit dem Tode des anderen Vertragschließenden seine Kraft verliert (vgl. betreffs des gem. Testaments Erl. VI zu § 2271). Das dem Überlebenden nach § 2281 zustehende Anfechtungsrecht wird durch den Tod des anderen Vertragschließenden nicht berührt. Wird zufolge der Anfechtung eine Verfügung des Überlebenden nichtig, so werden gemäß Abs. 1, 3 auch die Verfügungen des Verstorbenen mit Rückwirkung entkräftet (P. II Bd. 5 S. 419f.; vgl. Erl. 3 zu § 2281, Erl. IV 3d, VIII zu § 2271).

c) Der Grundsatz, daß das Rücktrittsrecht mit dem Tode des anderen Teiles erlischt, wird wie bei dem gem. Testamente (§ 2271 Abs. 2) durch die Ausnahme durchbrochen, daß der Überlebende zur Aufhebung seiner Verfügung befugt ist, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt (Satz 3). Die Aufhebung erfolgt entsprechend dem § 2297 durch Testament, und zwar entweder durch schlichten Widerruf (§ 2254) oder durch ein neues Testament mit abweichendem Inhalte (§ 2258; vgl. Erl. IV 1c zu § 2271; Schiffner S. 189 Anm. 16). Wegen der juristischen Konstruktion des Rechtsverhältnisses bis zur Aufhebung und nach der Aufhebung gilt auch hier das zu § 2271 Ausgeführte (s. dort Erl. III, IV 1a; vgl. auch Strohal I § 43a Anm. 28). Danach tritt das Erlöschen des Rücktrittsrechts nicht erst mit der Annahme der Zuwendung, sondern entsprechend dem Gesetzestexte schon mit dem Tode des anderen Vertragschließenden ein; die aufhebende letztwillige Verfügung kann schon vor der Ausschlagung getroffen werden, ist jedoch ungültig, wenn der Überlebende stirbt, ohne rechtzeitig ausgeschlagen zu haben. Der Überlebende braucht nur auszuschlagen, was ihm durch vertragsmäßige Verfügung zugewendet ist. Nach der Absicht der zweiten Kommission sollte sich zwar die Ausschlagung auch auf solche Zuwendungen erstrecken müssen, die dem Überlebenden in dem Erbvertrage durch einseitige Verfügung nach § 2299 gemacht werden (P. II Bd. 5 S. 421). Mit dem Gesetzestexte („durch den Vertrag") ist diese Auffassung jedoch nicht zu vereinigen und sie dürfte auch nicht dem Grunde der Vorschriften entsprechen (Strohal I § 47 Anm. 7; a. A. Schiffner S. 189 Anm. 14; Frommhold Anm. 3b).

Zweifel ergeben sich, wenn in dem Erbvertrage statt des überlebenden Vertragschließenden oder neben ihm dritte Personen bedacht sind. In dem ersteren Falle wird dem Überlebenden das Recht zur Aufhebung seiner Verfügung nicht dadurch erworben, daß der bedachte Dritte ausschlägt (Erl. IV 1b zu § 2271; a. A. Hellwig S. 649; Frommhold Anm. 3b). Recht zweifelhaft ist, ob wenn sowohl der überlebende Vertragschließende als ein Dritter eine Zuwendung erhalten, sei es, daß jeder von ihnen einen verschiedenen Gegenstand erhalten oder daß der Dritte neben dem Vertragschließenden als Ersatzerbe oder als Nacherbe eingesetzt ist, der überlebende Vertragschließende das Recht, seine Verfügung aufzuheben, dadurch erlangt, daß er das ihm Zugewendete ausschlägt (vgl. über diese Frage Strohal I § 47 und Anm. 7—15; Hellwig S. 645ff.; Küntzel in Gruch. Bd. 41 S. 611ff.; Meischeider S. 222; Endemann III § 60 Anm. 37; Wilke Erl. 2 zu § 2298). Nach dem Wortlaute des Abs. 2 Satz 3 würde es genügen, wenn der überlebende Ehegatte das ihm Zugewendete ausschlüge. Wenn er dann aber später die von ihm getroffene Verfügung zugunsten des Dritten aufhebt (nur um eine Verfügung zugunsten eines Dritten kann es sich, da der andere Vertragschließende verstorben ist, handeln), so wird damit nach Abs. 2 Satz 1 nachträglich auch die von seiten des zuerst verstorbenen Ehegatten getroffene Verfügung unwirksam. Dieses Ergebnis wird von Strohal a. a. O., ebenso von Hellwig für unannehmbar gehalten. Strohal führt folgenden Beispielsfall an: In einem zwischen Ehegatten geschlossenen Erbvertrage hat der Ehemann A die Ehefrau B zur Erbin und ihre Tochter erster Ehe zur Nacherbin eingesetzt. Die Ehefrau B hat den beiden Neffen des Ehemanns A ein Vermächtnis zugewendet. Strohal fragt nun, ob es angängig sei, daß, wenn nach dem Tode des Ehemanns A die Ehefrau B die Erbschaft ausschlage und ihre Tochter, da die Einsetzung zum Nacherben auch die Einsetzung zum Ersatzerben enthalte, die Erbschaft erhalte und annehme, nun ihre Verfügung zugunsten der Neffen des Ehemanns A aufheben könne. Nach Hellwig soll die Verneinung dieser Frage sich daraus ergeben, daß der Abs. 2 Satz 3 nur den Fall vor Augen habe, daß nur dem überlebenden Ehegatten, nicht auch zugleich einem Dritten eine Zuwendung gemacht sei. Er folgert dies aus dem Zusammenhange des Satz 3 mit dem Satze 2. Die Richtigkeit dieser Folgerung kann nicht anerkannt werden. Es geht aus dem Zusammenhange der Sätze 2 und 3 nicht hervor, daß nur der Fall hat getroffen werden sollen, in welchem nur dem überlebenden Teile eine Zuwendung gemacht ist. Dagegen läßt sich nicht verkennen, daß es mindestens sehr zweifelhaft ist, ob in dem Beispielsfalle die Bejahung der obigen Frage der Absicht der Vertragschließenden entspricht. Dazu kommt, daß das Ergebnis im Falle der Bejahung insofern ein unzweckmäßiges ist, als die Frage, ob der Anfall der Erbschaft an die Tochter der überlebenden Ehefrau unwirksam wird oder nicht, auf unbestimmte Zeit nämlich bis dahin, daß die überlebende Ehefrau entweder ihre Verfügung zugunsten der Neffen des verstorbenen Ehemanns aufgehoben hat, oder, daß sie gestorben ist ohne aufgehoben zu haben, in der Schwebe bleibt. Diese Bedenken erledigen sich, wenn man annimmt, daß auch auf den Satz 3 des Abs. 2 die Vorschrift des Abs. 3 Anwendung findet, daß also der Satz 3 nicht zur Anwendung kommt, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist

§. 2299. Jeder der Vertragschließenden kann in dem Erbvertrag einseitig jede Verfügung treffen, die durch Testament getroffen werden kann.

Für eine Verfügung dieser Art gilt das Gleiche, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wäre. Die Verfügung kann auch in einem Vertrag aufgehoben werden, durch den eine vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird.

Wird der Erbvertrag durch Ausübung des Rücktrittsrechts oder durch Vertrag aufgehoben, so tritt die Verfügung außer Kraft, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist.

In der Erl. 4 wird dargelegt werden, daß in der Tat der Abs. 3 auch für den Satz 3 des Abs. 2 gilt. Hiernach ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob es, wenn von dem zuerst verstorbenen Teile eine Zuwendung sowohl an den überlebenden Teil als an einen Dritten gemacht ist, der Absicht der Parteien entspricht, daß der überlebende Teil durch die Ausschlagung der zu seinen Gunsten gemachten Zuwendung das Recht erlangt, die von ihm in dem Erbvertrage getroffenen Verfügungen aufzuheben. In dem obigen Beispielsfalle dürfte diese Prüfung wenigstens regelmäßig zu dem Ergebnisse führen, daß die Parteien diese Absicht nicht gehabt haben. In anderen Fällen wird dagegen das Ergebnis der Prüfung ein anderes sein können.

Nach Vorstehendem kann für vereinzelte Fälle auch die Frage aufgeworfen werden, ob durch den Widerruf der aufhebenden Verfügung auch die vertragsmäßigen Verfügungen des verstorbenen Teiles wieder hergestellt werden. Die Bejahung der Frage scheint durch die Folgerichtigkeit geboten zu sein, es dürfte jedoch richtiger sein, die Wirkung des Widerrufs auf die eigenen Verfügungen des überlebenden Teiles zu beschränken, da das Schicksal des Nachlasses des Verstorbenen nicht fortgesetzt noch von den wechselnden Entschlüssen des Überlebenden abhängen kann. Bei Lebzeiten des anderen Teiles ist die Frage bedeutungslos, weil der Rücktritt nach § 2296 unwiderruflich ist (vgl. Erl. 3b zu § 2270, Erl. IV 1b zu § 2271, Erl. 4 zu § 2296).

4. Der Abs. 3, welcher die rechtliche Natur der vorhergehenden Vorschriften als Auslegungsregeln klarstellt, hat im Vorstehenden bereits zu den einzelnen Sätzen Berücksichtigung gefunden. Hervorzuheben ist, daß es nur auf die Willensmeinung der Parteien zur Zeit des Vertragschlusses, nicht auf einen abweichenden späteren Willen ankommt, was besonders für die Anwendung des Abs. 2 Satz 1 von Bedeutung ist (vgl. Erl. 3b zu § 2270). Daß im Abs. 3 der Satz 3 des Abs. 2 nicht mitgenannt ist, hat seinen äußeren Grund darin, daß der Abs. 3 dem § 1959 Abs. 2 des E. I und die im Abs. 3 angezogenen Vorschriften des Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 2 dem § 1959 Abs. 1 des E. I entsprechen, während der Satz 3 des Abs. 2 aus dem § 1961 des E. I hervorgegangen ist. Dem Sinne nach ist Satz 3 als im Abs. 3 mitzitiert, also gleichfalls als bloße Auslegungsregel anzusehen. Nach dem Willen der Parteien kann einerseits der überlebende Vertragschließende zur Aufhebung seiner Verfügungen befugt sein, auch ohne das ihm Zugewendete ausschlagen zu müssen, und andererseits kann die Meinung der Parteien dahin gegangen sein, daß nach dem Tode des Erstversterbenden der Überlebende keinerlei Rücktrittsrecht, also auch nicht das ihm im Abs. 2 Satz 3 Gewährleistete, mehr haben solle. Die erstere Möglichkeit folgt daraus, daß die Parteien befugt sind, das Erlöschen des Rücktrittsrechts (Satz 2) gänzlich auszuschließen (vgl. auch Erl. IV 3a zu § 2271). Der Einwand, daß in einem solchen Falle überhaupt keine vertragsmäßige Verfügung vorliegen würde (Wilke Erl. 1), ist schon deswegen unzutreffend, weil der Vorbehalt des Rücktritts kein allgemeiner zu sein braucht und dies kaum jemals sein wird. Die zweite Möglichkeit aber beruht darauf, daß der Wille der Parteien wie für den Vorbehalt überhaupt, so auch für dessen Umfang maßgebend, mithin unbedenklich imstande ist, die Wirksamkeit des Vorbehalts auf die Lebenszeit beider Teile zu begrenzen. Die hier vertretene Auffassung teilen im wesentlichen Strohal I § 47 S. 404; Hellwig S. 646 ff., während Schiffner S. 189 Anm. 17; Endemann III § 60 Anm. 37; Frommhold Anm. 3b; Wilke Erl. 3 zu § 2297, Erl. 1 zu § 2298; Herzfelder Erl. 6 zu § 2298 in verschiedenem Sinne den Abs. 2 Satz 3 für eine zwingende Vorschrift halten.

§ 2299.

E. I § 1955, § 1956 Abs. 1 § 1960; II § 2165 rev. § 2273; III § 2272. P. I E. 10013 ff., 10023 ff., 10033 f., 11373, 11428, 12256 f.; M. V E. 333 ff., 346, 348. P. II Bd. 5 E. 398 ff., 415 ff.

1. Wie schon das bisherige Recht gewährt auch das BGB. die Möglichkeit, in dem Erbvertrage neben vertragsmäßigen auch einseitige Verfügungen von Todes wegen zu treffen,

und zwar steht diese Befugnis nicht nur dem Vertragserblasser, sondern auch dem nur annehmenden Teile zu. Verfügungen dieser Art sind, wenn sie das BGB. auch nicht so nennt, der Sache nach letztwillige Verfügungen, denn sie werden so behandelt, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wären (Abs. 2 Satz 1). Demgemäß können sie auch alles zum Inhalte haben, was durch Testament angeordnet werden kann, mithin außer Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und Auflagen auch die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge, eine Pflichtteilsentziehung, die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, familienrechtliche Anordnungen und den Widerruf einer letztwilligen Verfügung. Einem einseitig ernannten Testamentsvollstrecker kann die Ausführung bzw. die Überwachung der Ausführung (§ 2203, § 2208 Abs. 2) auch hinsichtlich vertragsmäßiger Verfügungen des Erblassers übertragen werden. Soweit solche Verfügungen in Frage stehen, die sowohl vertragsmäßig als auch einseitig getroffen werden können, muß im einzelnen Falle geprüft werden, ob eine vertragsmäßige oder eine letztwillige Verfügung vorliegt; eine Auslegungsregel ist nicht gegeben (Erl. 1 zu § 2278, s. auch Erl. 1 a. E. zu § 2293). Da die vertragsmäßigen und die einseitigen Verfügungen in demselben Rechtsakte getroffen werden, sind sie als gleichwertig anzusehen, die vertragsmäßigen Verfügungen haben keinen Vorzug wie nach § 2289 gegenüber einer früheren oder einer späteren letztwilligen Verfügung. Die Verfügungen beider Art können sich somit gegenseitig beschränken (s. besonders § 2090, Erl. 2 zu § 2279) und es besteht die Möglichkeit, die eine aus der anderen auszulegen. Inhaltlich brauchen die einseitigen Verfügungen in keinem Zusammenhange mit den vertragsmäßigen zu stehen; es kann auch die praktisch wichtigere Verfügung, z. B. eine Erbeinsetzung auf einen Bruchteil, letztwillig und nur eine nebensächliche Verfügung, z. B. ein den gesetzlichen Erben auferlegtes geringfügiges Vermächtnis, vertragsmäßig getroffen werden.

2. Voraussetzung für die Anordnung einseitiger Verfügungen nach § 2299 ist:

a) daß sie in einem Erbvertrage getroffen sind. In dem Vertrage muß also wenigstens eine Verfügung als vertragsmäßige angeordnet sein, andernfalls liegt ein Erbvertrag nicht vor (a. A. wie es scheint, Endemann III § 57 Nr. 3 Abs. 2). Es genügt, wenn nur einer der Vertragschließenden eine vertragsmäßige Verfügung getroffen hat; dann kann nicht nur er, sondern auch der andere Teil einseitige Verfügungen in dem Vertrage treffen. Es fragt sich aber, ob dies genügt oder ob erforderlich ist, daß die vertragsmäßige Verfügung als solche gültig ist. Für diese Auffassung spricht, daß ein Erbvertrag, der nichtig ist, als solcher überall nicht besteht und daß daher einseitige, in einem solchen Vertrage getroffenen Verfügungen, nicht in einem Erbvertrage getroffen sind. Man könnte freilich die Worte „in dem Erbvertrag" auch dahin verstehen, daß nur ein als Erbvertrag gewollter und sich äußerlich als solcher darstellender Vertrag verlangt werde und daß es auf dessen Gültigkeit nicht ankomme. Eine solche Auslegung der fraglichen Worte setzt indessen eine ungenaue, dem Sprachgebrauche des BGB. nicht entsprechende Ausdrucksweise voraus und dürfte sich umsoweniger rechtfertigen lassen, als auch innere Gründe dagegen sprechen. Man müßte doch jedenfalls verlangen, daß der Vertrag in der durch § 2276 Abs. 1 vorgeschriebenen oder falls es sich um Ehegatten oder Verlobte handelt, in der durch § 2276 Abs. 2 bestimmten Form geschlossen ist; denn ein formloser Vertrag kann, auch wenn er von den Vertragschließenden „Erbvertrag" genannt wird, nicht die Fähigkeit haben, die darin getroffenen einseitigen letztwilligen Verfügungen wirksam zu machen. Verlangt man aber, daß dem Erfordernisse der Form des Erbvertrags entsprochen ist, so ist nicht abzusehen, weshalb andere Erfordernisse der Gültigkeit fehlen dürften, weshalb z. B. der von Personen, die nicht unbeschränkt geschäftsfähig und weder Ehegatten noch Verlobte sind, geschlossene Erbvertrag genügen sollte oder weshalb es, wenn die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Vertragschließenden Ehegatten oder Verlobte sind, der nach § 2275 Abs. 2, 3 vorgeschriebenen Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bzw. des Vormundschaftsgerichts nicht bedürfen sollte. Es dürfte dabei auch keinen Unterschied machen, ob es der Absicht der Parteien entspricht, daß die in dem Erbvertrage getroffene einseitige Verfügung trotz der Ungültigkeit der vertragsmäßigen Verfügungen gültig sein soll. Dies kann nur in Betracht kommen, wenn nicht nur die Vertragsform, sondern auch die Testamentsform beobachtet worden ist (a. A. Strohal I § 44 Anm. 26). Ist dies nicht der Fall, so kann der Wille der Parteien das fehlende Erfordernis der Errichtung in einem Erbvertrage nicht ersetzen. Anders liegt die Sache, wenn die vertragsmäßige Verfügung aus anderen Gründen als wegen ihrer Nichtigkeit die Wirksamkeit verliert, z. B. dadurch, daß der vertragsmäßig Bedachte vor dem Erblasser stirbt. Auch der Umstand, daß die vertragsmäßige Verfügung eine aufschiebend bedingte ist, und die Bedingung nicht eintritt, dürfte der Gültigkeit der in dem Vertrage getroffenen einseitigen Verfügung nicht entgegenstehen. Denn auch ein bedingter Erb-

vertrag ist ein Erbvertrag. Die einseitigen Verfügungen würden hier nur dann wegfallen, wenn erhellte, daß der Erblasser sie nur für den Fall gewollt hat, daß die Bedingung der vertragsmäßigen Verfügung eintritt. Hält man an dem Erfordernisse der Gültigkeit der vertragsmäßigen Verfügung fest, so folgt daraus auch, daß, wenn die vertragsmäßigen Verfügungen anfechtbar und angefochten sind, damit auch die einseitigen Verfügungen ihre Gültigkeit verlieren (Windscheid-Kipp III, Zusatz „Erbverträge" hinter § 568 IX);

b) daß derjenige, welcher die einseitige Verfügung trifft, testierfähig ist. Es ergibt sich dies aus § 2299 Abs. 2 Satz 1, nach welchem für die in einem Erbvertrage getroffene einseitige Verfügung das Gleiche gilt, wie wenn sie in einem Testamente getroffen wäre. Wer nach § 2229 Abs. 2, 3 ein Testament nicht errichten kann, weil er das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder, weil er wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, kann daher, wenn er auf Grund des § 2275 Abs. 2, 3 mit seinem Ehegatten oder Verlobten einen Erbvertrag schließen kann und geschlossen hat, doch in einem solchen Vertrag eine einseitige Verfügung nicht treffen (Strohal I § 44 IV; Herzfelder Erl. 2 zu § 2299; a. A. Windscheid-Kipp III, Zusatz „Erbverträge" hinter § 568 IX).

c) **Ist der Erbvertrag als solcher ungültig**, fehlt es also an der unter a bezeichneten Voraussetzung, **so sind die in dem Vertrage von einem der Vertragschließenden getroffenen einseitigen Verfügungen doch gültig, wenn dies der Absicht des Vertragschließenden entspricht und allen Erfordernissen des Testaments, insbesondere auch in Ansehung der Form genügt ist.** Dies dürfte indessen dann nicht gelten, wenn beide Vertragschließende einseitige Verfügungen getroffen haben und nicht Ehegatten sind; denn in diesem Falle liegt sachlich ein gemeinschaftliches Testament vor und ein solches kann nach § 2265 nur von Ehegatten errichtet werden. Die Zulässigkeit einseitiger Verfügungen von seiten solcher Personen, die nicht Ehegatten sind, hängt davon ab, daß sie in einem Erbvertrage getroffen sind und diese Voraussetzung fehlt, wenn die in Erl. 2 unter a bezeichnete Voraussetzung nicht vorliegt (a. A. Strohal I § 44 Anm. 26 Nr. 4, 5).

Ist der von einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Ehegatten geschlossene Erbvertrag wegen mangelnder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts unwirksam, wird aber nachträglich durch Erteilung dieser Genehmigung wirksam (s. Erl. 2b zu § 2275), so werden damit auch die in dem Vertrage getroffenen einseitigen Verfügungen wirksam.

3. Betreffs der Aufhebung einer in einem Erbvertrage getroffenen einseitigen Verfügung gilt folgendes:

a) Nach dem Grundsatze des Abs. 2 Satz 1 kann die Verfügung zunächst ebenso aufgehoben werden wie eine testamentarische Verfügung, mithin durch testamentarischen Widerruf (§ 2254) oder durch Errichtung eines neuen Testaments mit abweichendem Inhalte (§ 2258). Die Widerrufsformen der §§ 2255, 2256 kommen nicht in Betracht (s. Erl. 4, 5 zu § 2277; Erl. zu § 2272. Über eine denkbare Ausnahme in Betreff des § 2255 vgl. Strohal I § 46 Anm. 4).

b) Nach Abs. 2 Satz 2 kann die Verfügung durch besondere (einseitige) Bestimmung auch in einem Vertrag aufgehoben werden, durch den eine vertragsmäßige Verfügung aufgehoben wird (§ 2290). Die Vorschrift ist aufgenommen worden, um die Aufhebung der bindenden und der nicht bindenden Verfügung in demselben Rechtsakt und bei Ehegatten oder Verlobten auch in der leichteren Form des § 2276 Abs. 2, § 1434 zu ermöglichen. (Strohal I § 44 Anm. 26). Zweifelhaft ist, ob die aufzuhebende einseitige Verfügung in demselben Erbvertrage getroffen sein muß wie die aufzuhebende vertragsmäßige Verfügung. Der Wortlaut des Gesetzes entscheidet diese Frage nicht. Der Grund, auf welchem die Bestimmung beruht, dürfte aber für die Bejahung sprechen (Herzfelder Erl. 2a zu § 2299; Windscheid-Kipp III, Zusatz „Erbverträge" hinter § 568 IX; a. A. die frühere Auflage).

c) Nach Abs. 3 **tritt die Verfügung im Zweifel außer Kraft, wenn der Erbvertrag, in welchem sie getroffen ist, durch Rücktritt seitens des Vertragserblassers (§§ 2293 ff.) oder im Wege beiderseitigen Einverständnisses durch Vertrag (§ 2290) aufgehoben wird.** Die Vorschrift enthält nur eine Auslegungsregel, sie gilt nur, wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers, d. h. des Urhebers der betreffenden einseitigen Verfügung, anzunehmen ist (Schiffner S. 68 Anm. 18; Frommhold Anm. 3b).

Der E. I hatte die Vorschrift abgelehnt, weil nur die Umstände des einzelnen Falles entscheiden könnten (M. V S. 347 f.); die zweite Kommission hat letzteres als richtig anerkannt, aber doch aus Zweckmäßigkeitsgründen die Aufnahme einer Auslegungsregel für geboten erachtet (P. II Bd. 5 S. 418). Übrigens muß zwischen dem Falle der vertragsmäßigen Aufhebung des

§. 2300. Die für die Eröffnung eines Testaments geltenden Vorschriften der §§. 2259 bis 2263, 2273 finden auf den Erbvertrag entsprechende Anwendung, die Vorschriften des §. 2273 Satz 2, 3 jedoch nur dann, wenn sich der Erbvertrag in besonderer amtlicher Verwahrung befindet.

Erbvertrags und dem Falle des Rücktritts unterschieden werden. In dem ersteren Falle gilt die Regel des Abs. 3 für die einseitigen Verfügungen beider Teile, im letzteren Falle dagegen ist sie auf die einseitigen Verfügungen des Vertragserblassers zu beschänken. Denn bei dem Rücktritte, von welchem Abs. 3 spricht, ist nur an den Rücktritt des Vertragserblassers, nicht an denjenigen des nur annehmenden Teiles (Vorbm. 3 vor §§ 2293—2298; Strohal I § 46 Anm. 6) zu denken; an den Rücktritt des Vertragserblassers aber die Unwirksamkeit der einseitigen Verfügungen des anderen Teiles anzuknüpfen, fehlt es an einem inneren Grunde. (P. II Bd. 5 S. 417 f.; Strohal I § 46 Anm. I 1 und Anm. 7; a. A. Windscheid-Kipp III Zusatz „Erbverträge" hinter § 568 IX.) Die Regel des Abs. 3 ist ferner nur dann begründet, wenn die Aufhebung bzw. der Rücktritt sich auf den ganzen Erbvertrag bezieht. Trifft aber diese Voraussetzung zu, so ist die Regel auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn der Rücktritt des Vertragserblassers nach dem Tode des anderen Teiles gemäß § 2297 im Wege einer letztwilligen Verfügung erfolgt (vgl. Vorbm. 1 vor §§ 2293—2298; a. A. Schiffner S. 172). Dagegen kann der Abs. 3 nach seinem Wortlaute wohl nicht auf den Fall des § 2291 bezogen werden, obwohl auch dort die Möglichkeit besteht, daß mit der fraglichen vertragsmäßigen Verfügung der ganze Erbvertrag aufgehoben wird. Auf die Fälle der bloßen Unwirksamkeit des Erbvertrags infolge Versterbens des Bedachten ꝛc. ist der Abs. 3 zweifellos nicht zu beziehen (Strohal I § 44 Anm. 26).

§ 2300.

E. I § 1945 Satz 3; II § 2166 rev. § 2274; III § 2273. P. I S. 9962 ff.; M. V S. 319. P. II Bd. 5 S. 381 f., 459.

1. Der § 2300 regelt die **Eröffnung des Erbvertrags**, indem er die entsprechende Anwendung der für die Testamentseröffnung geltenden Bestimmungen vorschreibt. **Ist der Erbvertrag in besondere amtliche Verwahrung gebracht** (§§ 2246, 2277), so ist er nach § 2259 Abs. 2 von der Behörde bzw. von dem Notar, bei welchem er sich in der besonderen Verwahrung befindet, nach dem Tode des Erblassers an das Nachlaßgericht abzuliefern. Das Nachlaßgericht bzw. dasjenige andere Gericht, in dessen besonderer Verwahrung sich der Erbvertrag befindet, hat gemäß §§ 2260, 2261 unter Zuziehung der Beteiligten, zu denen hier stets auch der andere Vertragschließende gehört, die Eröffnung vorzunehmen. Die bei der Eröffnung nicht anwesenden Beteiligten sind von dem sie betreffenden Inhalte des Erbvertrags in Kenntnis zu setzen (§ 2262). Ein Verbot des Erblassers, den Erbvertrag zu eröffnen, ist nichtig (§ 2263). Bei der Eröffnung eines zweiseitigen Erbvertrags sind die Verfügungen des überlebenden Teiles, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen; von den Verfügungen des verstorbenen Teiles ist eine beglaubigte Abschrift anzufertigen; der Erbvertrag ist wieder zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen (§ 2273). — Der § 2264 ist nicht für entsprechend anwendbar erklärt. Die Einsicht in einen eröffneten Erbvertrag ist daher nur nach Maßgabe des FGG. § 34 (vgl. auch preuß. FGG. Art. 50) zu gewähren; dieselben Vorschriften entscheiden betreffs der Erteilung einer einfachen oder beglaubigten Abschrift (a. A. Strohal I § 48 Anm. 30, der mit Rücksicht darauf, daß die Lage bei Erbverträgen in der hier fraglichen Beziehung dieselbe ist wie bei gemeinschaftlichen Testamenten, bei diesen aber § 2264 Anwendung findet, den § 2264 auch bei Erbverträgen anwenden will, obwohl er im § 2300 nicht angezogen ist (vgl. auch RG. Bd. 53 S. 390 ff., nach welcher das Landesrecht entscheidend sein soll). Wegen der Erteilung von Ausfertigungen s. Erl. 3 zu § 2264, Erl. 4 zu § 2277.

2. Meinungsverschiedenheit besteht darüber, **ob die Vorschriften über die Eröffnung der Testamente auf sämtliche Erbverträge anzuwenden sind oder nur auf diejenigen Erbverträge, welche gemäß § 2277 in besondere amtliche Verwahrung gebracht sind.** Die letztere Auffassung ist zunächst von Jastrow (I S. 198 f.), demnächst auch in einer Verfügung der Vorstandsbeamten des OLG. Colmar (DR. 1900 S. 192 f.) und von dem KG. Bd. 20 S. A 151, 21 S. A 67, auch Rspr. Bd. 1 S. 295 und RJA. 1 S. 97 vertreten worden, vgl. auch Märker S. 213; Nußbaum FGG. S. 119. Dagegen haben sich Cohn (JW. 1900 S. 730 ff.) und

Rausnitz (DR. 1900 S. 526, vgl. auch den Kommentar zum FGG. S. 344 f.) dahin ausgesprochen, das sämtliche Erbverträge zu eröffnen seien, gleichviel ob sie in besondere amtliche Verwahrung genommen sind oder nicht. Derselben Ansicht sind Strohal I § 48 I Abs. 2; Frommhold Anm. zu § 2300 und wohl auch Schiffner (S. 195 f.). Die letztgedachte Auffassung, also die Eröffnung sämtlicher Erbverträge, muß als die dem Gesetz entsprechende angesehen werden; sie ist auch bereits von dem RG. angenommen worden (Beschluß v. 1. April 1901, preuß. JMBl. S. 121).

Der Wortlaut des § 2300, der vollkommen klar und zweifelsfrei ist, läßt die von Jastrow befürwortete Einschränkung als unbegründet erscheinen. Wenn im Halbsatz 2 die entsprechende Anwendung des § 2273 Satz 2, 3 auf den Fall beschränkt wird, daß sich der Erbvertrag in besonderer amtlicher Verwahrung befindet, so folgt aus der Gegenüberstellung, insbesondere aus dem Worte „jedoch", mit zwingender Notwendigkeit, daß die übrigen im Halbsatz 1 angezogenen Vorschriften Anwendung finden ohne Unterschied, ob die Voraussetzung der besonderen amtlichen Verwahrung zutrifft oder nicht. Der Umstand, daß die Anwendung der §§ 2259 ff. nur eine „entsprechende" sein soll, führt, auch abgesehen von dem Halbsatz 2, nicht zu der fraglichen Unterscheidung, da sich keineswegs behaupten läßt, daß die Vorschriften über die Eröffnung für einen nicht in besondere Verwahrung gebrachten Erbvertrag nicht paßten. Die Entstehungsgeschichte des § 2300 gibt allerdings keinen sicheren Aufschluß darüber, wie die jetzige Fassung der Vorschrift zustande gekommen ist und welche Absichten für sie bestimmend gewesen sind. Nach dem E. I (§ 1945 Satz 3, vgl. M. V S. 319) sollten die Vorschriften über die Testamentseröffnung zweifellos nur dann auf den Erbvertrag übertragen werden, wenn die über letzteren errichtete Urkunde verschlossen in Verwahrung gebracht war. Gegen diese Vorschrift hat sich in der zweiten Kommission (P. II Bd. 5 S. 382) zunächst kein sachlicher Widerspruch erhoben. Die jetzige Fassung muß bei der Redaktion des E. II aufgenommen worden sein, denn sie findet sich zuerst in der metallographierten Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktionskommission. Letztere war von der Hauptkommission zur vorläufigen Vornahme sachlicher Änderungen ermächtigt worden (P. II Bd. 6 S. 106) und hat von dieser Befugnis ausgiebigen Gebrauch gemacht. Wenn nun auch bezüglich des hier in Rede stehenden Punktes eine besondere Genehmigung seitens der Hauptkommission aus den Protokollen nicht ersichtlich ist, so ist doch am Schlusse der Beratungen über das BGB. der ganze Entwurf in der von der Redaktionskommission vorgeschlagenen Fassung, mithin auch der dem § 2300 entsprechende § 2274 des rev. E. II, von der Hauptkommission genehmigt worden (P. II Bd. 6 S. 399). Die Annahme, daß die Fassung des Halbsatz 2 lediglich auf einem Redaktionsversehen beruhe, ist willkürlich und unglaubhaft. Wahrscheinlich ist für die Änderung des ursprünglichen Beschlusses die Absicht bestimmend gewesen, alle Urkunden über Verfügungen von Todes wegen tunlichst bei dem Nachlaßgerichte zu vereinigen. Daß bei einem nicht gemäß §§ 2246, 2277 in besondere Verwahrung gebrachten, sondern bei den Akten des beurkundenden Gerichts oder Notars (s. Erl. 4 zu § 2277) verbliebenen Erbvertrag ein Öffnen (§ 2260 Abs. 2) nicht möglich ist, schließt wie bei einem im Privatbesitze gebliebenen, offenen eigenhändigen Testament eine Eröffnung nicht aus, da diese auch die Verkündung im Termin und die Benachrichtigung der abwesenden Beteiligten (§ 2262) umfaßt. Gerade die letztgedachte Aufgabe des Nachlaßgerichts ist ihrem Grunde und Zwecke nach durchaus unabhängig davon, ob sich der Erbvertrag in der besonderen amtlichen Verwahrung befunden hat oder nicht; ihre Erfüllung aber setzt den Besitz der Vertragsurkunde voraus. Des weiteren bedarf das Nachlaßgericht der Vertragsurkunde zur Erteilung des Erbscheins. Nach §§ 2355, 2356 hat zwar, wer die Erteilung des Erbscheins auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt, die Urkunde vorzulegen, auf der sein Erbrecht beruht. Der Antragsteller kann jedoch nur eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Erbvertrags vorlegen, während dem Nachlaßgerichte häufig die Einsicht der Urschrift erwünscht sein wird. Endlich aber kommt in Betracht, daß nach § 1944 Abs. 2 Satz 2 ohne eine Verkündung des Erbvertrags die Ausschlagungsfrist für den Vertragserben nicht beginnen würde. Diesen Erwägungen gegenüber kann dem von Jastrow (I S. 199 Anm. 2e, f) erhobenen, an sich richtigen Einwande, daß den Parteien nach der hier vertretenen Ansicht kein Mittel gegeben ist, die Eröffnung eines aufgehobenen Erbvertrags zu verhindern, kein Gewicht beigemessen werden (vgl. Erl. 4 zu § 2260, Erl. 5 zu § 2277).

Hiernach ist bei einem nicht in besondere Verwahrung gebrachten Erbvertrag in der Weise zu verfahren, daß der Notar, vor dem der Vertrag geschlossen ist, die Urschrift — nicht etwa nur eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift — seinen Akten entnimmt und an das Nachlaß-

§. 2301. Auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung ertheilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, finden die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen Anwendung. Das Gleiche gilt für ein schenkweise unter dieser Bedingung ertheiltes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß der in den §§. 780, 781 bezeichneten Art.

Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung.

---

gericht abliefert (Rausnitz S. 528). Es handelt sich hier um einen der Fälle, für welche eine öffentlichrechtliche Ablieferungspflicht nach Analogie des § 2259 Abs. 2 anzunehmen ist (s. dort Erl. 3 a. E.). Die Urschrift wird auch, und zwar ohne Unterschied zwischen einem einseitigen und einem zweiseitigen Erbvertrage, nach der Eröffnung dem Notar nicht zurückgegeben, sondern sie verbleibt bei den Akten des Nachlaßgerichts, da es sich um eine „Ablieferung", nicht um eine bloße „Vorlegung" handelt, welchen letzteren Ausdruck das BGB. gebraucht, wenn es eine Übergabe zu nur vorübergehendem Zwecke vorschreibt (a. A. Strohal I § 48 III und Anm. 25). Ist der Erbvertrag nicht vor einem Notar, sondern vor einem Gerichte geschlossen worden, das nicht mit dem Nachlaßgerichte des Erblassers identisch ist, so ist nach § 2261 anzunehmen, daß die Eröffnung im Sinne des § 2260 jenem Gerichte, dem Nachlaßgericht also nur das weitere Verfahren nach § 2262 obliegt. Der § 2261, der an sich nur für den Fall der besonderen Verwahrung gilt, erfährt mithin bei seiner entsprechenden Anwendung nach § 2300 die Erweiterung, daß er auch den Fall der gewöhnlichen Verwahrung des Erbvertrags trifft (a. A. Strohal I § 48 Anm. 11, der den § 2261 Satz 1 auf den Fall einer nicht besonderen Verwahrung nicht entsprechend anwenden will). Hervorzuheben ist noch, daß eine Eröffnung des Erbvertrags nach Maßgabe des Vorstehenden auch dann stattfindet, wenn der Erbvertrag mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden und gemäß § 2276 Abs. 2 nur in der für den Ehevertrag vorgeschriebenen Form errichtet ist. Die Eröffnung verfolgt ihre besonderen Zwecke und ist daher weder von der vorgängigen besonderen Verwahrung noch wie diese (vgl. Erl. 3 zu § 2277) von der Form des Vertragschlusses abhängig.

§ 2301.

E. I § 1963; II § 2167 reb. § 2275; III § 2274. M. I S. 10049 ff., 11374; M. V S. 350 ff. P. II Bd. 5 S. 460 ff.

1. Die **Schenkung von Todes wegen** (Schenkung auf den Todesfall, donatio mortis causa), die im gem. Rechte zu vielen Zweifeln und Streitfragen Anlaß gegeben hat, ist vom BGB. nach dem Vorgang anderer neuerer Rechte, insbesondere des preuß. ALR. und des sächs. GB., als besonderes Rechtsinstitut beseitigt worden. Je nachdem nur ein Versprechen erteilt oder die Schenkung vor dem Erbfalle durch Leistung vollzogen ist, finden nach § 2301 die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen oder über Schenkungen unter Lebenden Anwendung. Das Begriffsmerkmal der Schenkung von Todes wegen besteht in der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, was natürlich nicht gerade mit diesen Worten ausgesprochen zu sein braucht, sondern sich auch aus dem Sinne des Geschäfts ergeben kann. Der Fall, daß die Bedingung auch auf das gleichzeitige Versterben beider Teile abgestellt ist (s. besonders die Rechtsvermutung des § 20), war im E. I mitgetroffen, ist jedoch von der zweiten Kommission durch die Fassung der Bedingung absichtlich ausgeschlossen worden, um seine Behandlung der Wissenschaft zu überlassen. Eine entsprechende Anwendung des § 2301 Abs. 1 ist, wenn der Tod des Schenkers und des Beschenkten gleichzeitig eintritt, nicht möglich, da die Erbeinsetzung und das Vermächtnis das Überleben des Bedachten zur Voraussetzung ihrer Wirksamkeit haben (§ 1923 Abs. 1, § 2160); das Geschäft ist mithin nur wirksam, wenn vor dem Erbfalle die Leistung des zugewendeten Gegenstandes stattgefunden hat und daher nach Abs. 2 die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden zur Anwendung kommen (Strohal I § 45 Anm. 72). Nicht hervorgehoben ist auch der in den bisherigen Gesetzgebungen mehrfach erwähnte Fall, daß die Schenkung nur für der Tod des Schenkers in einer bestimmten Lebensgefahr gelten soll; die Schenkung ist dann unwirksam, wenn der Schenker die Gefahr übersteht (M. V S. 351; Endemann III § 63 Anm. 8). Ist nicht das Überleben des Beschenkten zur Bedingung gemacht, sondern nur die Erfüllung des Schenkungsversprechens auf den Tod des Schenkers hinausgeschoben, so liegt eine gewöhnliche Schenkung unter Lebenden vor (Endemann III § 22 Anm. 18).

2. **Liegt ein bloßes Schenkungsversprechen vor,** so finden nach Abs. 1 die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Hiernach wird die Schenkung, wenn eine Annahme des Versprechens stattgefunden hat, als Erbvertrag behandelt, anderenfalls kann sie unter Umständen als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten werden. Letzteres sollte zwar nach dem E. I ausgeschlossen sein, da dieser nur die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag bzw. den Vermächtnisvertrag für anwendbar erklärte und wegen der Vertragsnatur der Schenkung ein einseitiges Schenkungsversprechen für rechtlich bedeutungslos hielt (M. V S. 351). Diese Beschränkung ist jedoch für das BGB., das allgemein von den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen spricht, trotz der Bemerkung der Protokolle, daß in dieser abweichenden Fassung keine sachliche Änderung liege (P. II Bd. 5 S. 461), nicht anzuerkennen. Eine Schenkung erfordert allerdings einen Vertrag, also auch die Annahme des Versprechens, der § 2301 Abs. 1 setzt aber nur ein Schenkungsversprechen voraus. Die Ansicht, daß in solchen Fällen, in denen der Erklärende die Wirksamkeit seiner Erklärung nicht von der Annahme abhängig machen wolle, überhaupt kein Schenkungsversprechen, sondern von vorn herein nur eine letztwillige Verfügung in Frage stehe, ist nicht allgemein zutreffend, da auch Fälle denkbar sind, in denen der Erklärende zunächst eine Annahme erwartet, eventuell aber auch ohne eine solche bei seiner Erklärung stehen bleiben will, z. B. wenn er vor der Absendung eines Briefes stirbt, in welchem er das Schenkungsversprechen gemacht hat. Mit Rücksicht auf das eigenhändige Testament ist die Möglichkeit, auch in solchen Fällen den § 2301 Abs. 1 zur Anwendung zu bringen, immerhin von praktischer Bedeutung (vgl. Strohal I § 45 Anm. 74; Schiffner S. 211 Anm. 22; Frommhold Anm. 3; Wilke Erl. 1; s. auch sächs. GB. § 2500; a. A. Endemann III § 22 Anm. 15, § 64 Anm. 17; Hellwig S. 595; Windscheid-Kipp III § 676 Zusatz 1).

Bezieht sich das Schenkungsversprechen auf das ganze gegenwärtige und künftige Vermögen des Schenkers oder auf einen Bruchteil dieses Vermögens, so ist eine Erbeinsetzung anzunehmen; betrifft es, was die Regel sein wird, nur einzelne Gegenstände, so ist es als Vermächtnis zu behandeln (§ 2087, Hellwig S. 594f.; Strohal I § 45 Anm. 73). Nach den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen, also nach den Grundsätzen des Erbvertrags, eventuell des Testaments, bestimmen sich zunächst die Anforderungen, die an die Form des Geschäfts zu stellen sind. Dieselben Vorschriften entscheiden aber auch in materieller Hinsicht; es ist z. B., wenn das Geschäft als letztwillige Verfügung anzusehen ist, freier Widerruf zulässig, dagegen, wenn es als Erbvertrag zu behandeln, nur Rücktritt nach §§ 2293 ff. (nicht Widerruf wegen groben Undankes nach § 530 wie bei Schenkungen unter Lebenden).

3. **Wird eine Schenkung der hier in Rede stehenden Art von dem Schenker durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzogen,** so unterliegt sie nach Abs. 2 den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden. Dies gilt ohne Unterschied, ob die Schenkung durch sofortige Vollziehung bewirkt ist oder ob zunächst ein Schenkungsversprechen bestanden hat, das durch die Leistung erfüllt worden ist. Der E. I wollte die Vorschrift auf den ersten Fall (Leistung donandi causa beschränken, während in dem zweiten Falle (Leistung solvendi causa) das Versprechen als Verfügung von Todes wegen und die Leistung als vorzeitige Erfüllung derselben angesehen werden sollte (M. V S. 352). Diese Unterscheidung ist jedoch, wie in der zweiten Kommission festgestellt wurde, für das BGB. nicht zutreffend (P. II Bd. 5 S. 462; vgl. § 518 Abs. 2 und die dortige Erl. 3 sowie Erl. 3 zu § 125; s. auch Endemann III § 63 bei Anm. 14). Ob nach erfolgter Vollziehung der Schenkung die Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, als aufschiebende oder als auflösende anzusehen ist, richtet sich nach den Umständen (M. V S. 352; Frommhold Anm. 2). Meist wird eine auflösende Bedingung anzunehmen sein, mit deren Eintritte sich der Rückfall des Geleisteten an den Schenker mit dinglicher Wirkung vollzieht. Wo die Aufnahme einer Bedingung in das Veräußerungsgeschäft durch dessen Natur ausgeschlossen wird wie bei Grundstücken (§ 925 Abs. 2), erzeugt der Eintritt der auflösenden Bedingung nur eine persönliche Verpflichtung zur Rückerstattung, der jedoch durch Eintragung einer Vormerkung eine dingliche Sicherung verschafft werden kann (§ 883; Endemann III § 63 Anm. 15; Strohal I § 45 Anm. 75). Der Abs. 2 gilt übrigens auch dann, wenn sich der Schenker den beliebigen Widerruf vorbehalten hat (P. II Bd. 5 S. 461f.). Die Bedeutung der Vorschrift und der Unterschied von den Fällen des Abs. 1 zeigt sich unter anderem darin, daß die Schenkung durch einen Vertreter vorgenommen werden kann, daß der Erwerb des zugewendeten Gegenstandes sich nach den Grundsätzen der Rechtsgeschäfte unter Lebenden vollzieht und daß für die einseitige Wiederaufhebung des Geschäfts nicht die §§ 2253 ff. oder die §§ 2293 ff., sondern die §§ 528—534 maßgebend sind.

§. 2302. Ein Vertrag, durch den sich Jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig.

---

4. Einem Schenkungsversprechen im Sinne des Abs. 1 Satz 1 wird im Abs. 1 Satz 2 ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis nach §§ 780, 781 gleichgestellt, sofern es schenkweise unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Zur Wirksamkeit des Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses genügt daher in dem in Rede stehenden Falle weder die schriftliche Erteilung des Versprechens oder der Anerkennungserklärung (§§ 780, 781), noch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 518), sondern es müssen die Formen einer Verfügung von Todes wegen (§§ 2231 ff. oder § 2276) beobachtet werden. Die Wirkung ist, da sich das Versprechen bzw. Anerkenntnis immer nur auf einzelne Gegenstände, insbesondere auf eine Summenschuld, beziehen wird, die eines Vermächtnisses, und zwar in der Regel eines vertragsmäßigen, eventuell auch eines letztwilligen (s. oben Erl. 2). Wird die durch das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis entstandene abstrakte Verbindlichkeit vor dem Erbfalle durch Leistung erfüllt, so finden auch hier nach Abs. 2 die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung.

§ 2302.

E. I § 1754; II § 2168 rev. § 2276; III § 2275. P. I S. 8889 ff., 11343, 11419, 11454; M. V S. 8. P. II Bd. 5 S. 5, 462.

1. Der § 2302 trifft im Anschluß an die Vorschriften über den Erbvertrag eine **Bestimmung über obligatorische Verträge auf Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen.** Während im gem. Rechte derartige Verträge im Hinblick auf die Zulassung der Erbverträge vielfach für wirksam erachtet wurden, sind sie in den neueren Landesrechten überwiegend als nichtig behandelt worden (s. Windscheid III § 529 Anm. 4; Stobbe V § 302 Nr. III; Schiffner S. 198). Auf letzterem Standpunkte steht auch das BGB., das trotz der durch besondere Gründe gebotenen Zulassung des Erbvertrags die Testirfreiheit als ein unverzichtbares Recht und eine persönliche Bindung des Erblassers als den guten Sitten zuwiderlaufend ansieht (Strohal I § 18 Anm. 10; vgl. auch § 310 Erl. 1). Das Verbot des § 2302 gilt für Verträge über Verfügungen von Todes wegen jeder Art (letztwillige Verfügungen und Erbverträge), gleichviel ob es sich um die Errichtung oder um die Aufhebung einer solchen Verfügung handelt und ob die übernommene Verpflichtung positiven oder negativen Inhalts ist. Von praktischer Bedeutung ist besonders die Nichtigkeit des Versprechens, in einer gewissen Weise nicht testieren zu wollen. Da der Vertrag eine Verpflichtung des Versprechenden nicht begründet, besteht auch keine Ersatzpflicht im Falle des Zuwiderhandelns, z. B. auch dann nicht, wenn der Erblasser einem anderen versprochen hat, ihn zum Testamentsvollstrecker zu ernennen, und dieser mit Rücksicht darauf einen anderen lohnenden Erwerb ausschlägt (vgl. Erl. 2b zu § 2202). Nach § 344 ist auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe unwirksam (anders für gem. Recht RG. 19 S. 232). Die Nichtigkeit ist übrigens nicht auf die Erklärung des Erblassers beschränkt, vielmehr betrifft sie den ganzen Vertrag, mithin auch das etwaige Versprechen einer Gegenleistung (Hellwig S. 606 ff.).

2. **Ob ein Vertrag, in welchem der Erblasser seinen gesetzlichen Erben verspricht, an der gesetzlichen Erbfolge nichts ändern zu wollen,** als ein Erbvertrag (sog. konservativer Erbvertrag) ausgelegt oder in einen solchen umgedeutet werden kann, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen (M. V S. 313 f.; vgl. sächs. GB. § 2558; Eccius preuß. PrivR. IV § 247 Anm. 65, 66). Die im bisherigen Rechte (z. B. sächs. GB. § 2213) teilweise gleichfalls anerkannte Möglichkeit, das Versprechen, eine letztwillige Verfügung nicht widerrufen zu wollen, als Erbvertrag aufrecht zu erhalten, ist für das BGB. nicht anzuerkennen, weil der Erbvertrag seinen Inhalt nicht aus einer anderen nur in bezug genommenen Verfügung entnehmen kann (M. V S. 313 f.; vgl. Erl. zu § 2086, a. A. Schiffner S. 60 Anm. 17).

3. **Durch eine einseitige Erklärung** kann der Erblasser weder die persönliche Verpflichtung übernehmen, in irgend einer bestimmten Weise von Todes wegen verfügen oder nicht verfügen zu wollen (Schiffner S. 199 Anm. 7, s. § 305) noch kann er sich derartig mit erbrechtlicher Wirkung binden. Hieraus folgt die Unwirksamkeit der sog. derogatorischen Klausel, d. h. einer in einer Verfügung von Todes wegen enthaltenen Selbstbeschränkung des Erblassers nach der Richtung, daß künftige Verfügungen seinerseits nur in einer bestimmten Form gültig sein

Fünfter Abschnitt.
Pflichttheil.

sollen. Trifft der Erblasser später eine Verfügung von Todes wegen in einer anderen als der bestimmten Form, so ist es eine Frage der Willensauslegung, ob er dabei die frühere Bestimmung hat festhalten und somit noch nichts Endgültiges hat anordnen wollen, oder ob seine Absicht dahin gegangen ist, die frühere Bestimmung zu beseitigen (M. V S. 8; Meischeider S. 27 f., Strohal I § 42 I).

Fünfter Abschnitt.

Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzl. Vermächtnisse nach dem BGB. (1897) S. 1—87; Hachenburg, Vorträge (2. Aufl.) S. 724 ff.; Küntzel bei Gruch. 41 S. 613 ff., 813 ff.; Ubbelohde, Iherings Jahrb. 39 S. 124 ff.; Rüger, Sächs. Arch. 9 S. 450 ff.; Henle, in DNotZ. 28 (1899) S. 125 ff., 130; v. Tuhr, DJZ. 1901 S. 121 ff. Die systematischen Darstellungen und Kommentare werden hier nicht besonders aufgeführt. Weitere Literatur bei den einzelnen Paragraphen. Vgl. übrigens noch Vorbm. 7 und beachte schon hier die Angaben bei § 2309.

1. Grundgedanken des Pflichtteilsrechtes. Gleich den bisherigen Rechten enthält auch das BGB. in dem Pflichtteilsrecht eine Beschränkung des Erblassers in der Freiheit, über sein Vermögen von Todes wegen zu verfügen, zugunsten gewisser nächster gesetzlicher Erben. Eine Beseitigung des von alters her überkommenen und auf das Rechtsbewußtsein des Volkes gegründeten Instituts konnte nach dem vom BGB. eingenommenen allgemeinen Standpunkte nicht in Frage kommen, aber auch eine reichsgesetzliche Beschränkung desselben bzw. eine allgemeine Ausschließung in Ansehung gewisser Vermögensteile ist bei der Beratung des BGB. abgelehnt worden (M. V S. 7, 382; Zsflg. V S. 83 f.; StB. über die 116. Sitzung des Reichstags v. 27. Juni 1896; vgl. Endemann III § 124 Anm. 1, 2). Dagegen haben im EG. einige Vorbehalte Aufnahme gefunden, auf Grund deren die Landesgesetzgebung für die betreffenden Rechtsverhältnisse Vorschriften treffen kann, die auch das Pflichtteilsrecht ausschließen oder beschränken. So namentlich der Vorbehalt über das Anerbenrecht in Ansehung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke, der auf dem Bedürfnisse beruht, einer übermäßigen Zersplitterung und Verschuldung des bäuerlichen Grundbesitzes entgegenzutreten (EG. Art. 64, vgl. auch Art. 137), ferner der Vorbehalt betreffs der Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter (Art. 59), der Vorbehalt zugunsten der bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen Mitglieder gewisser ritterschaftlicher Familien bei der Ordnung der Erbfolge in ihren Nachlaß durch das Pflichtteilsrecht nicht beschränkt sind (Art. 216). Ein Pflichtteilsanspruch außerhalb des BGB. ist im EG. Art. 139 zugunsten des Fiskus oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechtes in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person nach Maßgabe der Landesgesetze zugelassen.

2. Was die rechtliche Gestaltung des Pflichtteils anbetrifft, so haben sich im Laufe der geschichtlichen Entwickelung verschiedene Systeme herausgebildet. Nach dem einen werden die pflichtteilsberechtigten Personen kraft Gesetzes Erben ungeachtet einer entgegenstehenden Verfügung von Todes wegen oder sie haben wenigstens die Möglichkeit, unter Beseitigung der sie verletzenden Verfügung die Stellung eines Erben zu erlangen. So das franz. Recht sowie grundsätzlich auch das gem. Recht und das sächs. GB., die untereinander freilich erhebliche Verschiedenheiten aufweisen. Andere Rechte dagegen beschränken das Pflichtteilsrecht dahin, daß der Berechtigte nur ein Recht darauf hat, dem wirtschaftlichen Ergebnisse nach einen bestimmten Teil des Nachlasses zu erhalten, daß jedoch ein Eingriff in die vom Erblasser geordnete Erbfolge nicht stattfindet. Diese Beschränkung des Pflichtteilsrechts auf einen eventuellen Wertanspruch ist im österr. GB. und nach der in neuerer Zeit wohl allgemein angenommenen Auffassung auch im preuß. ALR. durchgeführt.

Das BGB. hat sich für die letztgedachte Gestaltung des Pflichtteilsrechts entschieden. Die Mehrheit beider Kommissionen war der Ansicht, daß sich zwar für ein Erbfolgerecht des Pflicht-

teilsberechtigten sowohl ethische Gründe als auch der praktische Vorzug einer größeren Sicherung des Berechtigten und einer einfacheren Gestaltung des Gesetzes geltend machen ließen, daß jedoch überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe es rechtfertigten, den Pflichtteilsberechtigten auf eine Geldabfindung zu verweisen. Eine Anfechtung der durch das Testament geschaffenen Erbfolge führe zur Auflösung zunächst bestehender Rechtszustände und damit zur Ungültigkeit einer Reihe von Rechtsakten, sie bringe auch das Übel eines mehr oder minder langen Schwebezustandes mit sich. Trete dann der Pflichtteilsberechtigte in die Reihe der Erben ein, so werde er meist ein unbequemer Genosse sein, dessen Vorhandensein bei der Aufrechterhaltung und bei der Auseinandersetzung in Ansehung der Gemeinschaft zu vielen Störungen und Streitigkeiten führen werde. Außerdem begegne das angenommene System besser der Gefahr einer Zersplitterung und teilweisen Verschleuderung des Vermögens, indem es den Erben die Möglichkeit erleichtere, wertvolle Bestandteile des Vermögens, z. B. Güter, Fabriken, Erwerbsgeschäfte, für sich zu erhalten, anstatt sie veräußern oder in Natur teilen zu müssen. Vgl. zu der Frage M. V S. 385 ff.; Gstlg. V 79 ff.; P. II Bd. 5 S. 490 ff.

Hiernach ist dem BGB. ein sog. formelles Noterbenrecht unbekannt, vielmehr hat der Pflichtteilsberechtigte nur ein **materielles Pflichtteilsrecht**, d. i. ein, je nach der Sachlage sich verschieden gestaltendes Recht, vermöge dessen ihm ein bestimmter Bruchteil (und zwar nach § 2303 immer die Hälfte) des Wertes seines gesetzlichen Erbteils gebührt. Der E. I hatte dies dahin ausgedrückt, daß dem Erblasser gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten eine Hinterlassungspflicht obliege, die jedoch nicht als eine schon unter Lebenden begründete obligatorische Verpflichtung anzusehen sei (§ 1975, M. V S. 384, 387, 456). Im E. II und im BGB. ist dieser leicht mißzuverstehende Ausdruck aufgegeben und die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs einfach als die Folge der Ausschließung des Berechtigten von der Erbfolge hingestellt (§ 2303; vgl. Endemann III § 127 Anm. 7; Schiffner S. 3).

3. **Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch.** Der Pflichtteilsanspruch, d. h. der persönliche, gegen den Erben als solchen gerichtete Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf eine Geldleistung (§ 2317), ist übrigens mit dem Pflichtteilsrecht nicht identisch (unrichtig Reier S. 7), sondern nur eine unter gewissen Voraussetzungen eintretende Wirkung desselben. Man kann pflichtteilsberechtigt sein, ohne daß sich aus dem Pflichtteilsrechte ein Pflichtteilsanspruch auslöst (vgl. Strohal I § 49 bei Anm. 8; Cosack II § 414 bei Nr. I; Langheineken S. 336 ff.). Die Verhältnisse können im einzelnen sehr verschieden geartet sein. Vor allem so, daß für den Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsanspruch, sei es nun in voller Höhe oder in Ansehung des durch anderweite Zuwendungen (vgl. besonders §§ 2305, 2307) nicht gedeckten Pflichtteilsrestes, ohne weiteres gegeben ist, oder so, daß der Pflichtteilsberechtigte in der Lage ist, den Pflichtteilsanspruch durch Ausschlagung eines ihm angefallenen Erbteils oder Vermächtnisses zur Entstehung zu bringen bzw. über das ursprünglich gegebene Maß hinaus zu erweitern (vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 2, aber auch §§ 2305, 2307). In dem Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 1 (wo dem Pflichtteilsberechtigten mit Beschränkungen und Beschwerungen ein die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nicht übersteigender Erbteil hinterlassen ist) besteht die Wirkung des Pflichtteilsrechtes darin, daß die Beschränkungen und Beschwerungen im Interesse des Pflichtteilsberechtigten als nicht angeordnet gelten. Weitere Wirkungen des Pflichtteilsrechts ergeben sich aus § 2318 Abs. 2, 3; § 2319; §§ 2325 ff.; vgl. auch KO. § 226 Abs. 3 Satz 1. Keinen spezifisch pflichtteilsrechtlichen Charakter hat die Vorschrift des § 2079 (vgl. auch § 2285). Denn die daselbst zugunsten des vom Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen aus Irrtum übergangenen Pflichtteilsberechtigten bestimmte Anfechtbarkeit bezweckt nicht einen Schutz gegen Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils, sondern beruht vielmehr auf dem Gedanken, daß der Erblasser, dafern ihm das Dasein und die Berechtigung des Pflichtteilsberechtigten bekannt gewesen wäre, so wie er verfügt hat, nicht verfügt haben würde (vgl. Erl. zu § 2079 und Strohal I § 49 Anm. 3).

4. Aus dem **Inhalte** des Abschnitts ist, zugleich zur Darlegung der **Anordnung des Stoffes**, hier folgendes hervorzuheben:

a) Der Kreis der **pflichtteilsberechtigten Personen** (§§ 2303, 2309) ist auf die Abkömmlinge, die Eltern und den Ehegatten des Erblassers beschränkt. Die entfernteren Vorfahren, insbesondere die Großeltern, und die Geschwister haben kein Pflichtteilsrecht. Wegen des Pflichtteilsrechts der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern vgl. Erl. zu § 2303 und § 2309.

b) Über die **Höhe und die Berechnung** des Pflichtteils bestimmen die §§ 2303, 2310—2316. Der Bruchteil des gesetzlichen Erbteils, der den Pflichtteil darstellt, ist ohne Unterschied zwischen den verschiedenen Berechtigten und bei Abkömmlingen ohne die im bisherigen Rechte geltende

Abstufung nach der Zahl der Berechtigten durchweg auf die Hälfte festgesetzt (§ 2303). Hinsichtlich des für die Berechnung maßgebenden Erbteils wird im § 2310 bestimmt, wer als Erbe mitzuzählen oder nicht mitzuzählen ist. Sodann enthalten die §§ 2311—2314 Vorschriften über den der Berechnung zugrunde zu legenden Bestand und Wert des Nachlasses, die §§ 2315, 2316 aber Vorschriften darüber, welche unter Lebenden erhaltene Zuwendungen sich der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteil (§ 2315) oder auf den zugrunde zu legenden Erbteil (§ 2316) anrechnen lassen muß.

c) Die Frage, wie die Leistung des Pflichtteils von den Personen, die etwas aus der Erbschaft erhalten, im *Verhältnis untereinander* zu tragen ist, bildet den Gegenstand der Vorschriften über die **Pflichtteilslast** (§§ 2318—2324). Mehrere Erben haften untereinander regelmäßig nach dem Verhältnisse der Erbteile. Ein vertragsmäßig berufener Erbe hat dabei keinen Vorzug vor seinen letztwillig oder kraft Gesetzes berufenen Miterben (vgl. P. II Bd. 5 S. 548). Ein mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwerter Erbe kann diese Beschwerungen verhältnismäßig zur Mittragung der Pflichtteilslast heranziehen (§§ 2318, 2323). Für besondere Fälle, in denen dadurch, daß der Pflichtteilsberechtigte aus der Zahl der Erben oder der sonst bedachten Personen ausscheidet, ein anderer Nachlaßbeteiligter einen besonderen Vorteil erlangt, wird die Pflichtteilslast in einem der Sachlage entsprechenden Umfange dem letzteren auferlegt (§§ 2320—2322). Die Vorschriften über die Verteilung der Pflichtteilslast sind nur dispositiver Natur, soweit sie nicht einen Erben oder Vermächtnisnehmer gegen eine Beeinträchtigung seines eigenen Pflichtteilsrechts durch die Pflichtteilslast zu schützen bezwecken (§ 2318 Abs. 2, 3, § 2319). Der Erblasser kann daher, von den letztgenannten Vorschriften abgesehen, abweichende Anordnungen treffen, insbesondere auch die Pflichtteilslast ausschließlich einzelnen Erben oder Vermächtnisnehmern auferlegen. Im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 1 (s. o. Nr. 2 a. E., auch Erl. 3 zu § 2306) trifft die Pflichtteilslast kraft Gesetzes ausschließlich die Vermächtnisse und Auflagen, die auf den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten angewiesen waren. Wegen des Kürzungsrechts eines verkürzten Vermächtnisnehmers s. § 2188, wegen der Gewährleistung für Pflichtteilslasten bei dem Erbschaftskaufe s. §§ 2376, 2378.

d) Hat der Erblasser bei Lebzeiten *Schenkungen* gemacht, so erwächst dem Pflichtteilsberechtigten ein Recht auf **Ergänzung des Pflichtteils** (§§ 2325—2330) und zwar regelmäßig in Gestalt eines gegen den Erben sich richtenden und nach den Vorschriften über den (gewöhnlichen) Pflichtteilsanspruch zu beurteilenden Anspruchs. Soweit die Pflichtteilsergänzung durch den Reinwert des Nachlasses nicht gedeckt ist, besteht ein eigenartiger Anspruch gegen den nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haftenden Beschenkten (§ 2329). Das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils unterliegt nach der Zeit und der Art der Schenkung gewissen Beschränkungen (§ 2325 Abs. 3, § 2330).

e) Der Erblasser ist aus gesetzlich genau bestimmten Gründen zur **Entziehung des Pflichtteils** befugt (§§ 2333—2337). Diese Gründe sind bezüglich der Abkömmlinge im § 2333, bezüglich der Eltern im § 2334, bezüglich des Ehegatten im § 2335 angegeben; bei dem letzteren decken sie sich mit den Gründen der Ehescheidung wegen Verschuldens. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften ist ausgeschlossen. Die §§ 2336, 2337 regeln die Anordnung und die Wirksamkeit der Entziehung sowie den Wegfall des Entziehungsrechts. Der § 2338 handelt von der zulässigen *Beschränkung des Pflichtteilsrechts in guter Absicht*.

f) Von den im Vorstehenden nicht besonders erwähnten Paragraphen enthält § 2304 eine *Auslegungsregel* über die Bedeutung einer letztwilligen Zuwendung des Pflichtteils. Die §§ 2305—2308 betreffen die *Gestaltung des Pflichtteilsrechts in den Fällen, wenn der Berechtigte auf einen der Höhe nach ungenügenden Erbteil oder unter Beschränkungen oder Beschwerungen als Erbe eingesetzt oder wenn er nur mit einem Vermächtnisse bedacht ist*. Der § 2317 regelt den *Pflichtteilsanspruch* (s. o. Nr. 3) hinsichtlich seiner Entstehung und rechtlichen Beschaffenheit. Der § 2331 trifft mit Bezug auf die §§ 2315, 2325 ff. eine Bestimmung darüber, von welchem Ehegatten eine aus dem Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft erfolgte Zuwendung als gemacht anzusehen ist. Der § 2332 regelt die *Verjährung* des Pflichtteilsanspruchs.

5. Eine Anzahl von Vorschriften, die auf das Pflichtteilsrecht Bezug haben, findet sich auch im *Familienrechte*. Was die Ehefrau als Pflichtteil erwirbt, ist nach dem gesetzlichen Güterrecht und nach den verschiedenen Systemen der Gütergemeinschaft Vorbehaltsgut, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung eine dahingehende Bestimmung getroffen hat (§§ 1369, 1440, 1526, 1549). Auch abgesehen von diesem Falle bedarf die Frau zum Verzicht auf den

§. 2303. Ist ein Abkömmling des Erblassers durch Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von dem Erben den Pflichttheil verlangen. Der Pflichttheil besteht in der Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheils.

Das gleiche Recht steht den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zu, wenn sie durch Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind.

Pflichtteilsanspruch (d. h. zu dem mit dem Erben bezüglich des Pflichtteilsanspruchs geschlossenen Erlaßvertrag) nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1406 Nr. 1, § 1453 Abs. 1, § 1419 Abs. 2, § 1519 Abs. 2, § 1549; vgl. Erl. 2b zu § 2317, Erl. zu § 2346). Dagegen sind der Vater und der Vormund bei dem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch des Kindes bzw. Mündels an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden (§ 1643 Abs. 2, § 1822 Nr. 2). Die Vorschriften über den Pflichtteilsanspruch finden entsprechende Anwendung auf den Anspruch eines durch letztwillige Verfügung von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossenen Abkömmlings (§§ 1511 ff.; vgl. Schiffner S. 131 ff.); die Vorschriften über das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils sind auch zugunsten eines anteilsberechtigten Abkömmlings entsprechend anzuwenden (§ 1505).

Im fünften Buche finden sich außerhalb des gegenwärtigen Abschnitts Vorschriften über das Pflichtteilsrecht in den §§ 2079, 2281, 2345, 2346, 2376; s. ferner § 312.

6. Übergangsrecht. Für die Beurteilung der bezüglich einer Erbschaft obwaltenden pflichtteilsrechtlichen Verhältnisse sind nach Art. 213 EG. grundsätzlich die Vorschriften des BGB. maßgebend, wenn der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899 gestorben ist (vgl. auch RG. Bd. 54 S. 241). Eine Abweichung hiervon tritt jedoch insofern ein, als erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes einer zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bereits bestehenden Ehe in Frage kommen, für die nach Art. 200 EG. das frühere Recht maßgebend bleibt (vgl. RG. in JW. 1903 Bl. 13; JW. 1905 S. 132; JW. 1907 S. 238 und bei Gruch. 49 S. 968; RG. 22 S. A 65, 25 S. A 233; Bayer. ObLG. in bayer. RpflZ. 1 S. 370; Rspr. 7 S. 68, 12 S. 395). Wegen des Pflichtteilsrechtes der Abkömmlinge bei Konkurrenz des überlebenden märkischen Ehegatten vgl. Rspr. 5 S. 180; 11 S. 259; 12 S. 393; RG. 65 S. 249. Bezüglich der Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 2325—2329 vgl. Erl. 8 zu § 2325.

7. Materialien und ältere Literatur.

a) Bisheriges Recht. Windscheid III §§ 575—593. Dernburg, Pand. III §§ 142—156, Preuß. Priv.R. III §§ 195—214. Eccius IV § 248. Stobbe V §§ 305, 306. Schiffner, Die sog. gesetzlichen Vermächtnisse (1895) S. 118 ff. Schultzenstein, Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht (1878, 1883).

b) Entwürfe. M. V S. 382 ff., Gfstlg. V S. 83 ff., VI S. 671 f., Gfstlg. d. BR. I S. 185 f., II S. 42, 159 ff. v. Jacubezky Bemerkungen S. 326, Wilke, Gutachten aus dem Anwaltstande II Heft 11 (1889), Endemann und Reatz in den Verhandlungen des 20. Juristentags II S. 46 ff., 70 ff. (1889). P. II Bd. 5 S. 490 ff., 546 ff. Denkschrift S. 739 ff. EB. S. 2105 f., StB. über die Reichstagssitzung v. 27. Juni 1896.

I § 2303.

E. I § 1975 Abs. 1, § 1976 Abs. 2, § 1978; II § 2169 rev. § 2277; III § 2276. P. I E. 10131 ff., 10143 ff., 11431 f., 11455; M. V S. 382 ff. P. II Bd. 5 S. 497 ff. D. S. 739 f.

v. Jacubezky im Recht 1906 S. 281 ff.

1. **Inhaltsübersicht.** Der § 2303 enthält die Hauptgrundsätze des Pflichtteilsrechts, indem er die pflichtteilsberechtigten Personen bezeichnet, die regelmäßigen Voraussetzungen für das Begründetsein des Anspruchs auf den vollen Pflichtteil feststzt, die juristische Natur dieses Rechtes klarstellt und die Höhe des Pflichtteils bestimmt. Diese vier Punkte sind im folgenden einzeln näher zu erörtern.

2. **Pflichtteilsberechtigt** sind, wie schon in der Vorbm. (4a) kurz erwähnt, die Abkömmlinge, die Eltern und der Ehegatte des Erblassers. Abweichend vom gem. Rechte und von den meisten bisherigen Landesrechten ist den entfernteren Vorfahren ein Pflichtteilsrecht versagt, weil die Gewährung eines solchen nicht im Einklange stehen würde mit dem Grundsatze der Parentelenerbfolge, nach welchem die Geschwister den entfernteren Aszendenten, insbesondere auch

den Großeltern, vorgehen. Den Geschwistern aber, die schon nach gem. Rechte nur unter besonderen Umständen pflichtteilsberechtigt waren, konnte ein Pflichtteilsrecht nach der schon in den meisten neueren Rechten zum Ausdrucke gelangten modernen Rechtsanschauung nicht beigelegt werden. Das Pflichtteilsrecht ist hiernach nicht (bezüglich des gesetzlichen Erbrechts vgl. Erl. 4 zu § 1929) immer ein wechselseitiges, vielmehr ist es möglich, daß dem einen Verwandten (Abkömmling) gegenüber dem anderen (Vorfahr) ein Pflichtteilsrecht zusteht, aber nicht umgekehrt. Auch der Zusammenhang zwischen dem gesetzlichen Erbrecht und der Unterhaltspflicht ist für das Pflichtteilsrecht nicht durchgeführt (vgl. Bem. 4 zu den §§ 1924—1930, Zftlg. V 5 S. 92). Im einzelnen gilt folgendes:

a) Von den **Abkömmlingen** sind grundsätzlich nur diejenigen, aber auch alle diejenigen (über Modifikationen vgl. die Erl. zu den §§ 2309, 2310) pflichtteilsberechtigt, welche, abgesehen von der durch den Erblasser verfügten Ausschließung, nach Lage des konkreten Falles zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden (vgl. hierzu Vorbm. b auf S. 16 und Erl. 1, 2 zu § 1924). Das uneheliche Kind hat danach gegenüber seinem Vater kein Pflichtteilsrecht, nach § 1712 Abs. 2 ist jedoch der Erbe des Vaters berechtigt, das Kind wegen seines Unterhaltsanspruchs mit dem Betrag abzufinden, der dem Kinde als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre (s. Erl. 3 zu § 1712). Entfernteren Abkömmlingen, die mit dem Erblasser durch einen noch lebenden näheren Abkömmling verbunden sind, kommt ein Pflichtteilsrecht nur unter besonderen Voraussetzungen und möglicherweise auch nur als ein dem Umfange nach beschränktes zu (vgl. § 2309).

b) Das Pflichtteilsrecht der **Eltern** (des Vaters, der Mutter) hat zunächst zur Voraussetzung, daß ihnen pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge des Erblassers nicht im Wege stehen. Es kommt also vor allem dann zur Geltung, wenn Abkömmlinge des Erblassers überhaupt nicht vorhanden sind; ob und unter welchen Voraussetzungen die Eltern selbst bei Vorhandensein von Abkömmlingen pflichtteilsberechtigt sein können, ist erst in Erl. zu § 2309 festzustellen (vgl. übrigens doch auch die folgende Erl. 3). Eine weitere Voraussetzung des elterlichen Pflichtteilsrechtes ist, daß die Eltern als solche, abgesehen von ihrer Ausschließung durch den Erblasser, in der zweiten Ordnung der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sein würden. Als pflichtteilsberechtigt kommt daher zwar die uneheliche Mutter (§ 1705) und der Vater des für ehelich erklärten Kindes (§ 1736) in Betracht, nicht dagegen der uneheliche Vater (§ 1589 Abs. 2), der an Kindesstatt Annehmende (§ 1759) und im Falle der nichtigen Ehe der schlechtgläubige Vater (§ 1701). Die Verwirkung der elterlichen Gewalt läßt das gesetzliche Erbrecht und damit auch das Pflichtteilsrecht an sich unberührt (Erl. zu § 1680), doch wird die strafbare Handlung, wegen welcher die zur Verwirkung der Gewalt führende Verurteilung erfolgt, in der Regel zugleich einen Grund zur Entziehung des Pflichtteils (2334) und unter Umständen auch einen Erbunwürdigkeitsgrund bilden (§§ 2339, 2345).

c) Auch der überlebende **Ehegatte** ist nur pflichtteilsberechtigt, wenn ihm, abgesehen von seiner Ausschließung, ein gesetzliches Erbrecht zustehen würde (s. Erl. 2, 5 zu § 1931 und § 1933). Ist er zugleich erbberechtigter Verwandter, so bemißt sich sein Pflichtteilsrecht natürlich nur nach dem Erbteil, der ihm als Ehegatten anfällt (§ 1934). Auch auf den Voraus erstreckt sich das Pflichtteilsrecht nicht (Erl. 3 zu § 1932), doch werden die den Voraus des Ehegatten bildenden Gegenstände bei der Berechnung des Pflichtteils des Ehegatten (wie auch der Abkömmlinge) als Nachlaßbestandteile mitberücksichtigt; anders bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern (§ 2311 Abs. 1 Satz 2).

Bezüglich aller unter a bis c bezeichneten Gruppen von Personen ist sodann noch zu bemerken, daß keinesfalls pflichtteilsberechtigt sein kann, wer auf sein gesetzliches Erbrecht (vollständig) verzichtet hat (§ 2346), sowie derjenige, auf welchen sich ein solcher Verzicht nach § 2349 miterstreckt, ferner, wer für erbunwürdig erklärt ist (§ 2344). Verschieden von diesen Fällen, wo ein Pflichtteilsrecht der bezeichneten Personen deshalb nicht in Frage kommt, weil diese kein gesetzliches Erbrecht haben, sind zwei weitere Fälle, in denen Angehörige der genannten Gruppen nicht pflichtteilsberechtigt sind, obschon sie, abgesehen von der durch den Erblasser angeordneten Ausschließung, an der gesetzlichen Erbfolge allerdings teilnehmen würden. So verhält es sich mit demjenigen, welcher nach § 2346 Abs. 2 durch Vertrag mit dem Erblasser nicht schlechthin auf sein gesetzliches Erbrecht, sondern nur auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat und auf welchen sich ein solcher Verzicht nach § 2349 miterstreckt, desgleichen mit demjenigen, welchem der Erblasser das Recht auf den Pflichtteil nach Maßgabe der §§ 2333—2337 zur Strafe entzogen hat. Bezüglich der pflichtteilsrechtlichen Stellung eines Erbunwürdigen, der nicht für erb-

unwürdig erklärt, sondern dem gegenüber lediglich der für ihn zunächst begründete Pflichtteilsanspruch angefochten worden ist, vgl. Erl. III 1 a β zu § 2309.

3. Die Entstehung des im § 2303 bestimmten Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten auf den vollen Pflichtteil hat zur Voraussetzung, daß der nach Lage der Sache Pflichtteilsberechtigte durch die Anordnung des Erblassers von der Erbfolge völlig ausgeschlossen ist (wegen der Frage, ob eine solche Ausschließung vorliegt, vgl. Hess. Rspr. 7 S. 125). Wie es sich mit der Gestaltung des Pflichtteilsrechtes verhält, wenn eine vollständige Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge nicht vorliegt (vgl. dazu Rspr. 11 S. 259), bestimmen die §§ 2305, 2306. Ist der durch die Anordnung des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossene Pflichtteilsberechtigte mit einem Vermächtnis bedacht, so greift § 2307 ein, auf dessen Inhalt hier noch nicht eingegangen werden soll.

Die im § 2303 vorausgesetzte Ausschließung eines Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge kann nur durch Verfügung von Todes wegen erfolgen. Da der Pflichtteilsberechtigte kein Recht darauf hat, gegen den Willen des Erblassers Erbe zu werden, so bedarf es zu seiner Ausschließung von der Erbfolge keines rechtfertigenden Grundes. Die Vornahme der Ausschließung steht in der Willkür des Erblassers. Sie kann ausdrücklich durch eine gemäß § 1938 getroffene Anordnung oder auch stillschweigend durch Einsetzung eines anderen als Erben stattfinden. Beachtenswert ist, daß § 2303 nicht von einer Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten „von der gesetzlichen Erbfolge", sondern schlechtweg von einer Ausschließung desselben „von der Erbfolge" redet. Der Fall des § 2303 ist daher nicht gegeben, wenn der Erblasser bezüglich des von ihm als Erben eingesetzten Pflichtteilsberechtigten bestimmt, daß dieser von der nach erfolgter Ausschlagung der testamentarischen oder erbvertragsmäßigen Erbfolge eintretenden gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein soll. Ein Fall solcher Art ist nicht nach § 2303, sonden nach § 2306 zu beurteilen.

Die Ausschließung des (bzw. der) in concreto Pflichtteilsberechtigten löst für diesen (bzw. diese) den Pflichtteilsanspruch aus. In concreto pflichtteilsberechtigt kann aber nur sein, wer ohne die Ausschließung und unter den im Gesetz für gewisse Fälle noch bestimmten besonderen Voraussetzungen zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würde. Dieser schwierige und erst in den Erl. zu § 2309 vollständig zu erledigende Punkt bedarf schon hier einer kurzen Würdigung. Hinterläßt ein Erblasser, der einen Fremden als Alleinerben eingesetzt hat, z. B. einen Sohn, einen Enkel von diesem Sohne und seinen (des Erblassers) Vater, so sind alle diese Personen durch den fremden Erben (der die ihm angefallene Erbschaft auch annimmt) von der Erbfolge ausgeschlossen. Zugleich ist klar, daß nicht sie alle neben einander voll pflichtteilsberechtigt sein können. Wer von ihnen ist es also? Regelmäßig derjenige, welcher, abgesehen von der ausschließenden Verfügung, unmittelbar zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würde, in unserem Falle somit der Sohn. Diese Regel wird aber durch Ausnahmen durchbrochen. Unter Umständen kann nämlich bei der bezeichneten Sachlage der Pflichtteilsanspruch in voller Höhe oder in einem geminderten Betrage auch für den vorgenannten Enkel oder den Vater des Erblassers, also für einen Verwandten begründet sein, der zu der vom Willen des Erblassers unbeeinflußten gesetzlichen Erbfolge nur gelangen würde, wenn man sich nicht nur die ausschließende Verfügung des Erblassers, sondern außerdem auch noch das Vorhandensein eines oder mehrerer näheren Verwandten wegdenkt (vgl. die Erl. zu § 2309).

4. Rechtliche Natur des Pflichtteilsanspruchs. Die Geltendmachung des für den Pflichtteilsberechtigten begründeten Pflichtteilsanspruchs läßt die Gestaltung der Erbfolge völlig unberührt (Rspr. 5 S. 359) und hat daher nach BGB. nicht den Charakter einer Anfechtung des Testaments oder Erbvertrags (vgl. auch Vorbm. Nr. 2, 3; dazu KG. 25 S. A 228). Dem Pflichtteilsanspruch entspricht eine den Erben als solchen treffende und somit als Nachlaßverbindlichkeit zu behandelnde (§ 1967 Abs. 2) Pflichtteilsverbindlichkeit. Bezüglich der Haftung für den Pflichtteilsanspruch bei Vorhandensein mehrerer Erben vgl. §§ 2058 ff. und § 2319. Wegen des Verhältnisses der Erben und der sonst bedachten Personen unter einander s. die Vorbm. Nr. 4c.

Steht dem Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich der vom Erblasser getroffenen Verfügung von Todes wegen das Anfechtungsrecht nach § 2079 (§ 2285) zu, so liegt in dessen Ausübung keine Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs. Doch steht das Vorhandensein eines nach § 2079 begründeten Anfechtungsrechts der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs des anfechtungsberechtigten Pflichtteilsberechtigten nicht entgegen. Ficht jedoch der Pflichtteilsberechtigte mit Erfolg an, so gilt allerdings der zunächst begründet gewesene Pflichtteilsanspruch als nicht entstanden, weil alsdann eine Verfügung, durch die der Berechtigte von der Erbfolge ausgeschlossen wird, rechtlich

§. 2304. Die Zuwendung des Pflichttheils ist im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen.

---

nicht mehr besteht (Erl. 4 zu § 2079). Wegen des Rechtes auf den Pflichtteil aus dem Nachlasse des erstverstorbenden von zwei Ehegatten, die ein gem. Testament mit gegenseitiger Erbeinsetzung und Nacherbeinsetzung eines Dritten errichtet haben, s. Erl. II 2e zu § 2269.

5. Für die Höhe des Pflichtteils ist zunächst der gesetzliche Erbteil des Berechtigten bestimmend, ein Bruchteil des Wertes dieses Erbteils bildet den Pflichtteil. Das BGB. hat also wie das gemeine, das preußische und das sächsische Recht die sog. distributive Berechnungsweise angenommen, nach der nicht für alle Pflichtteilsberechtigten insgesamt ein Bruchteil aus dem ganzen Nachlaß als Pflichtteil ausgeschieden, sondern der Pflichtteil für jeden Berechtigten besonders und unabhängig von dem Rechte der übrigen nach seinem gesetzlichen Erbteile festgestellt wird. Bei der Wertberechnung ist der Reinwert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls (§ 2311, dessen Satz 2 übrigens noch eine Besonderheit enthält) zugrunde zu legen, mithin der Betrag der Nachlaßverbindlichkeiten in Abzug zu bringen. Unberücksichtigt bleiben Vermächtnisse und Auflagen, weil diese dem Pflichtteilsrechte nachstehen, sowie die Pflichtteilsansprüche selbst. Die Pflichtteilsquote d. h. der den Pflichtteil bildende Bruchteil des Wertes des Erbteils ist im BGB. durchgehends auf $^1/_2$ festgesetzt (vgl. Vorbm. 4b und wegen des bisherigen Rechtes M. V S. 389 ff.). Zu beachten ist übrigens, daß das Wort „Erbteil" im § 2303 in anderem Sinne genommen ist als im § 1922 Abs. 2 (zutreffend Herzfelder S. 637), wo darunter der Anteil eines Miterben am Nachlaß verstanden wird; der gesetzliche Erbteil im Sinne des § 2303 ist dagegen dasjenige, was dem Pflichtteilsberechtigten im Falle einer in Ansehung des Gesamtnachlasses (man beachte aber hierbei § 2311 Satz 2) eintretenden gesetzlichen Erbfolge vom Nachlasse zukommen würde, und bildet somit dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte im vorausgesetzten Falle zur Alleinerbfolge gelangen würde, den ganzen Nachlaß. Der Pflichtteil eines einzigen Abkömmlings beträgt daher $^1/_2$ bzw., wenn neben ihm der überlebende Ehegatte zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist, $^3/_8$ des Nachlasses (§§ 1924, 1931). Sind beide Eltern oder ist der Überlebende von ihnen neben den Geschwistern zur Erbfolge berufen, so beträgt der Pflichtteil des Vaters bzw. der Mutter $^1/_4$, wenn sie aber mit dem Ehegatten konkurrieren, $^1/_8$ des Nachlasses (§§ 1925, 1931, 2303). Der Pflichtteil des Ehegatten stellt sich, je nachdem er neben Abkömmlingen, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder Großeltern oder aber neben entfernteren Verwandten berufen ist, auf $^1/_8$, $^1/_4$ oder $^1/_2$ des Nachlasses (§§ 1931, 2303). Treffen in der dritten Erbfolgeordnung mit Großeltern Abkömmlinge von solchen zusammen, so erhält der Ehegatte nach § 1931 Abs. 1 Satz 2 auch von der Verwandtenhälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde; sein Pflichtteil hält sich daher in diesem Falle auf der Höhe zwischen $^1/_4$ und $^7/_{16}$ des Nachlasses.

§ 2304.

E. I § 1977; II § 2170 rev. § 2278; III § 2277. P. I S. 10143 ff., 10147 f.; M. V S. 391. P. II Bd. 5 S. 499 f.

1. Der § 2304 enthält eine Auslegungsregel, die als Ergänzung des § 2087 angesehen werden kann. Sie soll Streitigkeiten abschneiden, die leicht möglich sind, da ein Pflichtteilsberechtigter, dem der Erblasser den Pflichtteil ohne nähere Bestimmung zugewendet hat, nicht selten die Stelle eines Erben bzw. Miterben für sich in Anspruch nehmen wird. Die fragliche Anordnung wird häufig vorkommen, besonders in der Weise, daß der Erblasser denjenigen Bedachten, welcher sich mit seinen Verfügungen nicht zufrieden gibt, „auf den Pflichtteil setzt". Der Wille des Erblassers geht in einem solchen Falle dahin, der betreffenden Person möglichst wenig zuzuwenden; die Begründung eines bloßen persönlichen Anspruchs liegt ihm daher näher als die eines Erbrechts (P. II Bd. 5 S. 499; vgl. dazu Rspr. 5 S. 359, 12 S. 394). Doch kann die Auslegung im konkreten Falle immerhin zu einem anderen Ergebnisse führen (vgl. RG. in Rspr. 11 S. 234 und dazu oben Erl. 3 zu § 2088). Nicht schlechthin entscheidend ist der vom Erblasser mit Bezug auf den Pflichtteilsberechtigten gewählte Ausdruck „Erbe", „erben"; die Verfügung kann trotzdem so zu verstehen sein, daß der Pflichtteilsberechtigte nur einen Geldanspruch haben soll (vgl. Bayer. ObLG. in Sammlung 3 S. 510 = DJZ. 8 S. 131; ferner RG. v. 24. Juni 1907 im Recht 11 Nr. 2336; s. aber auch OLG. Dresden im Recht 7 S. 577 = Lobes CBl. 5 S. 722; in einem Falle, wo der nach Geltung des BGB. verstorbene Erblasser in seinem vor dem 1. Januar 1900 errichteten Testamente seine Abkömmlinge als

§. 2305. Ist einem Pflichttheilsberechtigten ein Erbtheil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils, so kann der Pflichttheilsberechtigte von den Miterben als Pflichttheil den Werth des an der Hälfte fehlenden Theiles verlangen.

„Noterben" eingesetzt hatte, behandelt Bayer. ObLG. in Samml. 5 S. 506 die Abkömmlinge mit Recht als Erben.

2. Die Auslegungsregel des § 2304 geht nur negativ dahin, daß der Pflichtteilsberechtigte nicht als Erbe anzusehen ist. Sie besagt keineswegs, daß die „Zuwendung" als Vermächtnis aufzufassen sei (Strohal I § 49 Anm. 2, a. A. Schiffner S. 34 und scheinbar auch Herzfelder Erl. 2, der seine Behauptung am Schlusse der bezeichneten Erl. aber doch wieder wesentlich einschränkt). Auf der anderen Seite wird aber auch nicht eine gesetzliche Vermutung gegen die Annahme eines Vermächtnisses aufgestellt, wie Cosack (II § 414 Anm. 18) anzunehmen scheint. Es bleibt vielmehr offen und nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden, ob in der Verfügung die Anordnung eines Vermächtnisses oder nur eine ausdrückliche Anerkennung des kraft Gesetzes bestehenden Pflichtteilsanspruchs (§§ 2303, 2317) zu erblicken ist. Für die zu treffende Entscheidung, die schon deshalb von praktischer Erheblichkeit ist, weil der Pflichtteilsberechtigte ein ihm zur Deckung seines Pflichtteils hinterlassenes Vermächtnis ausschlagen und dann den Pflichtteilsanspruch erheben kann, während bezüglich des Pflichtteilsanspruchs selbst die Möglichkeit einer Ausschlagung überhaupt nicht gegeben ist, kommt folgendes in Betracht: Steht fest, daß der Pflichtteilsberechtigte nicht als Erbe eingesetzt ist, so wird jedenfalls ein zur Deckung des Pflichtteils hinterlassenes Vermächtnis anzunehmen sein, wenn sich aus der Anordnung kein Geldanspruch (sondern etwa ein Anspruch auf Leistung von Wertpapieren) ergibt, oder zwar ein Geldanspruch, jedoch derart, daß bezüglich der Person des Beschwerten Besonderes bestimmt ist und somit in dieser Beziehung nicht die pflichtteilsrechtlichen Grundsätze durchgreifen (vgl. Kipp bei W. III S. 417). Andernfalls werden überwiegende Gründe meist für die Annahme sprechen, daß der Pflichtteilsberechtigte durch die Erklärung des Erblassers lediglich auf den gesetzlichen Pflichtteilsanspruch verwiesen werden wollte. Zu einer solchen Verweisung kann sich der Erblasser aus verschiedenen Gründen veranlaßt sehen. So z. B. um zum Ausdruck zu bringen, daß der Pflichtteilsberechtigte schlechthin oder doch unter gewissen Voraussetzungen auf den Pflichtteilsanspruch beschränkt sein solle, oder in Verbindung mit der Anordnung, daß z. B. der einer verehelichten Tochter zukommende Pflichtteilsanspruch Vorbehaltsgut sein soll (§ 1369). Möglich ist es auch, daß der Erblasser, nachdem er einen Pflichtteilsberechtigten nicht nur von der Erbfolge ausgeschlossen, sondern ihm auch den Pflichtteil rechtmäßig entzogen hatte, diese Entziehung späterhin in der Weise zurücknimmt, daß dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsanspruch doch zukommen soll. Endlich mag noch erwähnt werden, daß in der Verweisung eines erbunwürdigen Pflichtteilsberechtigten auf den Pflichtteilsanspruch eine Verzeihung im Sinne des § 2343 gelegen sein kann (Strohal I § 49 Anm. 9).

3. Hat der Erblasser unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes dem eingesetzten Erben alles zugewendet, worüber er zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten „nach dem Gesetze verfügen kann", so wird hierin, wenn der Erblasser nach dem 31. Dezember 1899 stirbt, in der Regel nicht die Hinterlassung eines dem Pflichtteil entsprechenden Erbteils an den Pflichtteilsberechtigten zu erblicken sein (vgl. OLG. Colmar im Recht 1901 S. 356, aber auch KG. 22 S. A 52).

§ 2305.

E. I § 1979; II § 2171 rev. § 2279; III § 2278. M. I S. 10149 ff., 10245, 10248 f., 11376 f. 11446 f.; M. V S. 391 f. P. II Bd. 5 S. 500 ff.

1. **Der von der Erbfolge nicht ausgeschlossene Pflichtteilsberechtigte im allgemeinen.** Ist der Pflichtteilsberechtigte von der Erbfolge nicht ausgeschlossen, so sind zunächst folgende Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

a) Der dem Pflichtteilsberechtigten nach Lage der Sache kraft Gesetzes oder kraft Verfügung von Todes wegen zukommende Erbteil ist ihm ohne Beschränkungen der im § 2306 bezeichneten Art und ohne Beschwerungen durch Vermächtnis und Auflagen hinterlassen.

b) Die Hinterlassung des Erbteils ist unter solchen Beschränkungen oder mit solchen Beschwerungen erfolgt.

Nur auf die unter a bezeichnete Gestaltung bezieht sich unmittelbar § 2305, die unter b genannten Fälle finden dagegen ihre Erledigung erst durch § 2306, zum Teil

jedoch so, daß durch die Art der Erledigung (vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 1) doch wieder für die Anwendung des § 2305 Raum geschaffen wird.

2. Im § 2305 wird der **Grundsatz** zur Geltung gebracht, daß für den von der Erbfolge nicht ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten ein Pflichtteilsanspruch *nur insoweit begründet ist, als er seinen Pflichtteil nicht in Gestalt des ihm zukommenden Erbteils erhält*. Gelangt der Pflichtteilsberechtigte somit in Ansehung eines Erbteils, der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils erreicht (und zwar unbeschränkt und unbeschwert im Sinne von Erl. 1a; vgl. übrigens auch § 2306 Abs. 1 Satz 1) zur Erbfolge, so kommt für ihn ein Pflichtteilsanspruch überhaupt *nicht zur Entstehung*. Die Möglichkeit der Ausschlagung des angefallenen Erbteils bleibt dem Pflichtteilsberechtigten zwar offen. Den Pflichtteilsanspruch vermag aber der Pflichtteilsberechtigte durch eine solche Ausschlagung nicht für sich auszulösen.

Bleibt der dem Pflichtteilsberechtigten in der angegebenen Weise hinterlassene Erbteil dagegen hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurück (und greift wegen eines dem Pflichtteilsberechtigten auch hinterlassenen Vermächtnisses nicht etwa noch § 2307 ein; vgl. hierzu die folgende Erl. 5), so erwächst dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2305 gegen den oder die Miterben der Pflichtteilsanspruch auf Leistung des Wertes desjenigen Bruchteils der Erbschaft, um welchen der hinterlassene Erbteil kleiner ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Der im § 2305 vorausgesetzte Fall kann sich sowohl in der Art ergeben, daß der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten nur auf einen hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurückbleibenden Bruchteil des Nachlasses als Erben einsetzt, als auch durch eine vom Erblasser letztwillig vorgenommene Einwirkung auf die Gestaltung der von ihm nicht völlig ausgeschlossenen gesetzlichen Erbfolge, vermöge deren der auf den Pflichtteilsberechtigten als gesetzlichen Erben entfallende Erbteil einen hinter der Hälfte des normalen gesetzlichen Erbteils zurückbleibenden Bruchteil des Nachlasses bildet. Bei der Berechnung des nach § 2305 begründeten Pflichtteilsanspruchs ist also vorzugehen: Würde der normale gesetzliche Erbteil des Pflichtteilsberechtigten beispielsweise $^1/_3$ des Nachlasses ausmachen, während der Pflichtteilsberechtigte tatsächlich nur auf ein $^1/_8$ des Nachlasses als Erbe berufen ist, so geht sein Pflichtteilsanspruch auf $^1/_6 - ^1/_8 = ^1/_{24}$ des Schätzungswertes des Nachlasses. Für die Höhe des Anspruchs ist es gleichgültig, ob der Pflichtteilsberechtigte den ihm hinterlassenen Erbteil annimmt oder ausschlägt. Der Pflichtteilsberechtigte kann also auch im letzteren Falle nicht den vollen Pflichtteil fordern (vgl. auch R. V S. 392), sondern bleibt auf das im § 2305 bestimmte Maß beschränkt. Eine Änderung tritt infolge der Ausschlagung des hinterlassenen Erbteils nur insofern ein, als sich der nach § 2305 bemessene Anspruch dann nicht gegen den oder die *Miterben* des Pflichtteilsberechtigten, sondern schlechthin gegen den oder die *Erben* richtet.

3. Der in Erl. 1 besprochene Anspruch nach § 2305 entspricht der gemeinrechtlichen actio ad supplendam legitimam, darf jedoch im heutigen Rechte als „Ergänzungsanspruch" schon deswegen nicht bezeichnet werden, weil das BGB. unter der „Ergänzung des Pflichtteils" etwas anderes versteht (§§ 2325 ff.). *Cosack* (II § 413 Nr. I 2b) spricht von einem „Zusatzpflichtteile". Die Bezeichnung ist kaum glücklich; denn bei ihr denkt man unwillkürlich an etwas, was zum normalen Pflichtteil hinzukommen soll, während es sich im Falle des § 2305 doch vielmehr umgekehrt nur darum handelt, dem Pflichtteilsberechtigten in Gestalt eines Anspruchs gegen die Miterben das zu gewähren, was ihm zum vollen Pflichtteile fehlt. Es dürfte sich deshalb am besten die Bezeichnung „**Pflichtteilsrestanspruch**" empfehlen. Wegen ähnlicher Ansprüche auf einen Pflichtteilsrest vgl. § 2307 Abs. 1, § 2316 Abs. 2.

4. Der Pflichtteilsanspruch erzeugt auch im Falle des § 2305 eine **Nachlaßverbindlichkeit** (§ 1967 Abs. 2). Aus dem Umstand allein, daß der Anspruch des nicht ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten sich nicht gegen die Gesamtheit der Erben, sondern wegen der Erbeneigenschaft des Berechtigten nur gegen dessen Miterben richtet, kann nicht gefolgert werden, daß der Anspruch im Falle des § 2305 von anderer rechtlicher Beschaffenheit sei als sonst (vgl. auch R. V S. 677, anders mit Unrecht *Wilke* Anm. 1). Eine Besonderheit gilt allerdings nach § 2063 Abs. 2 insofern, als die Miterben sich dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber auf die Beschränkung ihrer Haftung auch dann berufen können, wenn sie den anderen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haften. Im übrigen finden jedoch die §§ 1967 ff., 2058 ff. Anwendung (vgl. Erl. 1b zu § 2063). Doch ist zu beachten, daß von einer dem Pflichtteilsanspruch des pflichtteilsberechtigten Miterben gegenüberstehenden *gemeinschaftlichen* Nachlaßverbindlichkeit überhaupt nur dann die Rede sein kann, wenn neben jenem nicht bloß ein Miterbe, sondern mehrere Miterben zur Erbfolge gelangen, und daß selbst, wenn dies zutrifft, nicht eine *allen*, sondern nur eine denjenigen Miterben

§. 2306. Ist ein als Erbe berufener Pflichttheilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Theilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert, so gilt die Beschränkung oder die Beschwerung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils nicht übersteigt. Ist der hinterlassene Erbtheil größer, so kann der Pflichttheilsberechtigte den Pflichttheil verlangen, wenn er den Erbtheil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichttheilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntniß erlangt.

Einer Beschränkung der Erbeinsetzung steht es gleich, wenn der Pflichttheilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist.

---

gemeinschaftliche Nachlaßverbindlichkeit vorliegt, welche neben dem Pflichtteilsberechtigten (der mit dem ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch nicht belastet ist) erben. Vgl. bezüglich dieser Gestaltung Erl. 1 zu § 2058 (auch Strohal II § 87 Anm. 1a), wo ausgeführt ist, daß die betroffenen Miterben auch für solche Verbindlichkeiten gesamtschuldnerisch haften; zustimmend Kretzschmar in SeuffBl. 73 S. 164, abweichend v. Tuhr DJZ. 1901 S. 121, Herzfelder S. 640. Das Verhältnis der Miterben untereinander bestimmt sich nach §§ 2046, 2320 ff.

5. Ist dem Pflichtteilsberechtigten außer dem hinter der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils zurückbleibenden Erbteil auch noch ein Vermächtnis hinterlassen, so kann er den Pflichtteilsanspruch in der durch § 2305 bestimmten Höhe nur geltend machen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt; nimmt er dagegen das Vermächtnis an, so mindert sich der Pflichtteilsanspruch um den nach § 2307 zu berechnenden Wert des Vermächtnisses.

§ 2306.

E. I § 1931 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 2034 Abs. 1; II § 2172 rev. § 2280; III § 2279.
M. I S. 10156 ff., 10181 ff., 10246 ff., 10253 f., 10533, 10535, 10551 f., 10560, 11377 f., 11381, 11432, 11447; M. V S. 394 ff., 504 f. P. II Bd. 5 S. 506 ff., 514 ff., 627; Bd. 6 S. 319, 354. D. S. 740.

1. **Wesentlicher Inhalt.** Im § 2306 wird die Gestaltung des Pflichtteilsrechts für den Fall geregelt, daß der Berechtigte, sei es durch Verfügung von Todes wegen, sei es kraft der insoweit unberührt gebliebenen gesetzlichen Erbfolge, als Erbe berufen, aber in seinem Erbrechte durch Verfügungen des Erblassers beschränkt oder mit Belastungen beschwert ist. Dem Pflichtteilsberechtigten soll auch hier die Möglichkeit gegeben sein, den Pflichtteil unverkürzt zu erhalten. Die Durchführung dieses Grundsatzes ist jedoch eine verschiedene, indem zwei Fälle unterschieden und für jeden derselben ein besonderer Weg eingeschlagen wird. Für die Art der Behandlung entscheidend ist die Höhe des dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteils (vgl. Rspr. 11 S. 262).

a) Übersteigt dieser Erbteil nicht die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, mit andern Worten: bleibt er hinter dem Pflichtteile zurück oder erreicht er nur gerade den Pflichtteil, so gilt die Beschränkung oder Beschwerung ohne weiteres (vgl. aber doch noch Erl. 3e) als nicht angeordnet (Abs. 1 Satz 1).

b) Ist dagegen der hinterlassene Erbteil größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann sich der Berechtigte den Beschränkungen oder Beschwerungen dadurch entziehen, daß er den Erbteil ausschlägt und statt dessen den Pflichtteil in Geld verlangt, also den technischen „Pflichtteilsanspruch" erhebt (Abs. 1 Satz 2).

Die eine wie die andere Methode findet sich bereits im bisherigen Rechte, insbesondere ist das BGB. im Satz 2 dem preuß. und dem sächs. Rechte darin gefolgt, daß es die unter b bezeichneten Fälle schon kraft gesetzlicher Regel so behandelt, wie wenn der Erblasser sich der gemeinrechtlichen cautela Socini (vgl. Schiffner S. 36 Anm. 25; RG. 31 S. 199, 36 S. 254) bedient und somit angeordnet hätte, daß der Pflichtteilsberechtigte vor die Wahl gestellt sein soll, entweder unter Ausschlagung des Hinterlassenen den Pflichtteil zu verlangen, oder aber das Hinterlassene mit allen Beschränkungen und Beschwerungen anzunehmen (vgl. übrigens hierzu v. Tuhr a. a. O. S. 121 ff.). Die Unterscheidung nach der Größe des Erbteils ist erst vom E. II aufgenommen worden, während der E. I unterschiedslos die im Satz 2 angewendete Methode befolgte. Die M. V S. 394 führen aus, daß der im bisherigen Rechte meist anerkannte un-

mittelbare Wegfall der Beschränkungen oder Beschwerungen nicht zu dem Systeme des bloßen Geldanspruchs passe und die Pflichtteilslast willkürlich einzelnen Bedachten auferlege, während sie den ganzen Nachlaß treffen müsse. Die zweite Kommission dagegen war der Ansicht, daß der Gedanke der cautela Socini nur berechtigt sei, wenn der hinterlassene Erbteil den Pflichtteil übersteige, nicht aber wenn er ihn nur erreiche oder hinter ihm zurückbleibe und dem Pflichtteilsberechtigten nur insofern ein Mehr angeboten werde, als er statt eines Geldanspruchs ein Erbrecht erhalten solle. In den Fällen der letzteren Art erschien der Kommission die unmittelbare Verwirklichung des Pflichtteilsrechts durch die Streichung der Beschränkungen oder Beschwerungen einfacher und dem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechender als der Umweg der Ausschlagung des Erbteils. Ist der Pflichtteilsberechtigte nicht auf einen bestimmt bezeichneten Bruchteil, sondern nur unter Zuweisung gewisser Nachlaßgegenstände als Erbe eingesetzt, so muß das Unterscheidungsmerkmal, ob der hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen übersteigt, nötigenfalls durch Schätzung festgestellt werden (Erl. 2a zu § 2087; Strohal I § 49 Anm. 16).

2. Gemeinsame Voraussetzung der beiden verschieden behandelten Fälle ist, daß die Hinterlassung des Erbteils in Verbindung mit gewissen Beschränkungen oder mit Beschwerungen erfolgt ist.

a) Als eine den Pflichtteilsberechtigten in Ansehung des hinterlassenen Erbteils treffende **Beschränkung** kommt nach § 2306 Abs. 1 in Betracht: Die Einsetzung eines Nacherben (§ 2100, auch §§ 2101, 2103, 2104), die Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 2197 ff.) und eine Teilungsanordnung (§ 2048). Während sich eine auf den dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteil sich beziehende oder doch mitbeziehende Einsetzung eines Nacherben oder Ernennung eines Testamentsvollstreckers immer als eine Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten darstellt, liegt in einer Teilungsanordnung eine solche Beschränkung insoweit nicht, als sich aus ihr lediglich ein Recht des Pflichtteilsberechtigten ergibt (vgl. Erl. 5 zu § 2312). Als ein praktisch wichtiges Beispiel für eine das Recht des Pflichtteilsberechtigten beschränkende Teilungsanordnung mag erwähnt werden, die vom Erblasser letztwillig getroffene Anordnung, daß der Pflichtteilsberechtigte eine an sich nicht der Ausgleichung unterliegende lebzeitige Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen habe. Der Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt ist (s. auch § 2105 Abs. 1), wird durch die Vorschrift des Abs. 2 ausdrücklich einer Beschränkung der Erbeinsetzung im Sinne des Abs. 1 gleichgestellt. Die Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten besteht hier darin, daß er den ihm hinterlassenen Erbteil erst nach einem anderen Erben (dem ihm vorangestellten Vorerben) haben soll. Ein besonderer Absatz ist diesem Falle (der im § 1981 des E. I in Verbindung mit den übrigen vorerwähnten Beschränkungen genannt war) deswegen gewidmet worden, weil für den nur als Nacherbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten nicht zutrifft, daß er schon zur Zeit des Erbfalls „als Erbe berufen ist" (P. II Bd. 5 S. 515). Dessenungeachtet soll aber dieser Fall, dem wegen der überaus häufigen Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Vorerben und der Kinder als Nacherben besondere praktische Bedeutung zukommt, nicht anders behandelt werden als die in Abs. 1 erwähnten Beschränkungen (vgl. dazu OLG. Dresden in Lobes CBl. 7 S. 705).

Im übrigen ist die Aufzählung der Beschränkungen in Abs. 1 erschöpfend (vgl. auch Frommhold Anm. 1, Dernburg V § 110 bei Nr. IV 1; a. A. Schiffner S. 35 Anm. 19) und ist auch die bezüglich der (unbedingten) Einsetzung eines Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe im Abs. 2 ausgesprochene Gleichstellung auf andere Fälle nicht auszudehnen.

Ist der Pflichtteilsberechtigte nur als Ersatzerbe eingesetzt, so liegt eine Beschränkung im Sinne des § 2306 (anders noch E. I § 1781; dazu Baron, CivArch. 75 S. 201 ff.) nicht vor (vgl. P. II Bd. 5 S. 510; Schiffner S. 35 Anm. 19). Es tritt vielmehr folgende Behandlung ein: dem Pflichtteilsberechtigten ist bei der angegebenen Sachlage zunächst nichts hinterlassen, er kann daher, ohne die eventuelle Erbfolge auf Grund der Ersatzberufung im voraus ausschlagen zu müssen, den Pflichtteilsanspruch geltend machen. Wird die Ersatzberufung später praktisch und nimmt der Pflichtteilsberechtigte den Erbteil an, so muß er sich den bereits erhaltenen Pflichtteil bei der Auseinandersetzung mit den Miterben auf seinen Erbteil anrechnen lassen, eventuell das ihm nicht Gebührende den Miterben wieder herausgeben. Das ist jetzt, nachdem auch Kipp bei W. (9. Aufl.) III S. 415 zugestimmt hat, völlig unbestritten.

Nicht anders wie in dem soeben besprochenen Falle wird entschieden werden müssen, wenn der Pflichtteilsberechtigte unter einer regelmäßigen (über die Eigenart der Bedingung bei der Ersatzberufung vgl. Erl. 2 zu § 2096) und zur Zeit des Erbfalls noch schwebenden aufschiebenden Bedingung als Erbe eingesetzt ist. Mit Rücksicht auf § 2105 Abs. 1 ist

hier eine bedingte Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe anzunehmen. Trotzdem ist der Fall des § 2306 Abs. 2 damit nicht gegeben. Denn diese Bestimmung setzt voraus, daß die der Erbberechtigung des Pflichtteilsberechtigten gesetzte Schranke lediglich darin besteht, daß ihm ein Vorerbe vorangehen soll. Hängt die Berufung des Pflichtteilsberechtigten zur Nacherbfolge dagegen von einer noch schwebenden Bedingung ab, so ist vorerst noch ungewiß, ob ihm überhaupt etwas hinterlassen ist. Demgemäß kann der Pflichtteilsberechtigte, ohne vorher ausschlagen zu müssen, sofort die Leistung des Pflichtteils verlangen. Tritt später die Bedingung ein und schlägt der Pflichtteilsberechtigte die Nacherbfolge nicht aus, so wird im Wege der Auseinandersetzung mit den Miterben bzw. im Wege der Kondiktion die entsprechende Ausgleichung herbeizuführen sein. So auch die überwiegende Meinung; vgl. Strohal I § 49 Anm. 19, s. auch Dernburg V § 110 Anm. 9; Herzfelder S. 642 (Erl. 6). Wesentlich anders Kipp bei W. III S. 415, der im besprochenen Falle die Vorschrift des § 2306 Abs. 2 für maßgebend erachtet und demgemäß zu dem auffallenden Ergebnis gelangt, daß, dafern die bedingte Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten in Ansehung eines Erbteils erfolgt ist, der nicht größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (§ 2306 Abs. 1 Satz 1), die Bedingung der Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als nicht beigefügt erachtet und der letztere somit als unbedingt eingesetzter unmittelbarer Erbe behandelt wird.

Offenbar keine Beschränkung im Sinne des § 2306 liegt vor, wenn für den als Erbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten ein Ersatzerbe ernannt ist.

Schlechthin zulässig ist sodann die vom Erblasser in Ansehung des dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteils getroffene Bestimmung, daß dieser der elterlichen Verwaltung und Nutznießung oder dem ehemännischen Rechte oder der ehelichen Gütergemeinschaft nicht unterliegen soll (vgl. §§ 1638, 1651 Nr. 2, 1686, 1369, 1440, 1526 Abs. 1, 1553), sowie die von dem Vater oder der Mutter nach Maßgabe der §§ 1852—1854 in Ansehung der vormundschaftlichen Verwaltung des Vermögens eines pflichtteilsberechtigten Kindes angeordnete Befreiung (vgl. auch Wilke Anm. 7, 8).

Soweit der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil nach Maßgabe der §§ 2333—2337 völlig entziehen kann, kann er demselben unter Beobachtung der Vorschriften des § 2336 selbstverständlich auch Beschränkungen der im § 2306 bezeichneten Art mit der Wirkung auferlegen, daß die Beschränkungen im Falle des Abs. 1 Satz 1 nicht wegfallen und daß im Falle des Abs. 1 Satz 2 für den ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsanspruch nicht ausgelöst wird. Wegen der aus guter Absicht zulässigen Beschränkung des Pflichtteils eines Abkömmlings vgl. Erl. zu § 2338.

b) Als Beschwerungen des Erbteils kommen nur Vermächtnisse (worunter auch die Belastung des hinterlassenen Erbteils mit dem Nießbrauch eines Dritten fällt, dafern sie nicht etwa als Anordnung einer Nacherbfolge auszulegen ist) und Auflagen in Betracht. Der im E. I daneben noch berücksichtigte Fall der Pflichtteilslast hinsichtlich eines anderen Pflichtteilsberechtigten erledigt sich im BGB. durch die dem pflichtteilsberechtigten Erben im § 2318 Abs. 3 und im § 2319 gewährten Leistungsverweigerungsrechte (vgl. übrigens auch noch Erl. zu § 2320). Das am Schlusse von a Bemerkte gilt entsprechend auch hier.

c) Auf die Größe der Beschränkung oder Beschwerung kommt es nicht an. Auch die geringste Auflage berechtigt im Falle des Satz 2 den Pflichtteilsberechtigten, unter Ausschlagung des Erbteils bzw. der Erbschaft den Pflichtteilsanspruch zu erheben. Das Vorhandensein einer nach § 2306 zu behandelnden Beschränkung des als Erben berufenen Pflichtteilsberechtigten durch Einsetzung eines Nacherben wird insbesondere auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Nacherbe nur auf den Überrest (vgl. § 2137) eingesetzt ist (Rspr. 5 S. 359).

d) Ist die Beschränkung oder Beschwerung vor dem Erbfalle weggefallen, so ist sie natürlich nicht zu beachten. Das gleiche gilt aber auch dann, wenn sich der Wegfall nach dem Erbfalle mit Rückwirkung vollzieht, insbesondere wenn der als Vorerbe oder als Nacherbe Eingesetzte oder mit einem Vermächtnisse Bedachte die Zuwendung ausschlägt (§§ 1953, 2102, 2142, 2180). Hat sich jedoch der Pflichtteilsberechtigte im Falle des Satz 2 vor dem nachträglichen Wegfalle der Beschränkung bereits entschieden, so bleibt seine Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung des hinterlassenen Erbteils wirksam, eine Anfechtung findet nur in dem anders liegenden Falle des § 2308 statt (§§ 1943, 1947, M. V S. 396, vgl. Erl. 1 zu § 2308 a. E.).

3. Der im Abs. 1 Satz 1 bestimmte Wegfall der Beschränkung oder Beschwerung vollzieht sich von Rechts wegen. Es bedarf keiner Anfechtung oder sonstigen Geltendmachung

seitens des Pflichtteilsberechtigten, auch ein Vorbehalt bei der Erbschaftsannahme ist nicht geboten (P. II Bd. 6 S. 354; Schiffner S. 35 Anm. 20). Hervorzuheben ist noch:

a) Zufolge der gesetzlichen Vorschrift wird die Einsetzung eines Nacherben oder die Teilungsanordnung als nicht getroffen angesehen, der (ohne Beifügung einer noch schwebenden Bedingung) als Nacherbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte erlangt seinen Erbteil sofort als Erbe, die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist für den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten ohne Wirksamkeit (vgl. Erl. 10 zu § 2197). In dem letztgedachten Falle hat der Berechtigte die etwaige Klage (z. B. auf Unterlassung der den pflichtteilsberechtigten Erben beeinträchtigenden Einwirkung) gegen den Testamentsvollstrecker zu erheben, da es sich nicht um den technischen Pflichtteilsanspruch handelt und somit der § 2213 Abs. 1 Satz 3 (s. dort Erl. 3 a. E.) nicht zutrifft. Der Testamentsvollstrecker hat gegenüber dem Miterben, welchem gegenüber er nach Satz 1 keine Befugnisse hat, auch nicht die im § 2216 bestimmte Verwaltungspflicht. Für die gleichwohl tatsächlich geführte Verwaltung ist er zwar auch diesem Erben verantwortlich (vgl. RG. 14 S. 205 ff.), doch wird sich seine Verantwortlichkeit nicht schlechthin nach § 2218, sondern wenigstens unter Umständen (so z. B. wenn der Testamentsvollstrecker die auf § 2306 Abs. 1 Satz 1 beruhende Unzulässigkeit seines Eingreifens kannte) nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. etwa § 678) bestimmen.

b) Die Unwirksamkeit tritt grundsätzlich nur in Ansehung des Erbteils des Pflichtteilsberechtigten ein, sie kann jedoch, wenn eine solche Trennung nicht möglich ist, insbesondere bei einer Teilungsanordnung, auch eine vollständige sein (vgl. § 2085). Eine Entschädigung derjenigen Bedachten, welche mit ihrer Zuwendung auf den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten angewiesen waren, findet nicht statt.

c) Voraussetzung für den Eintritt der im § 2306 Abs. 1 Satz 1 zugunsten des Pflichtteilsberechtigten bestimmten Unwirksamkeit ist, daß dieser endgültig Erbe wird; schlägt er aus und fällt demzufolge der Erbteil einer nicht pflichtteilsberechtigten oder wegen ihres Pflichtteilsrechtes anderweitig befriedigten Person an, so ist die Beschränkung oder Beschwerung grundsätzlich (vgl. aber doch § 2322) wirksam (Strohal I § 49 Anm. 18).

d) Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1 erleidet eine Durchbrechung (vgl. übrigens noch unten bei e) durch den als Sondervorschrift ihr vorgehenden § 2311 Abs. 1 Satz 2, nach welchem bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern der dem überlebenden Ehegatten gebührende Voraus außer Betracht bleibt. Der Voraus bildet mithin eine vermächtnisartige Beschwerung, die gegenüber den Eltern auch im Falle der Hinterlassung eines den Pflichtteil nicht übersteigenden Erbteils ihre Wirksamkeit behält (§ 1932 Satz 2; Strohal I § 52 Anm. 22).

e) Die Stellung des Pflichtteilsberechtigten gestaltet sich im Falle des Abs. 1, Satz 1 im einzelnen also:

α) Deckt sich der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil mit der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so muß sich der Berechtigte mit dem ihm in dieser Gestalt zukommenden (und zufolge der gesetzlichen Vorschrift durch Beschränkungen und Beschwerungen nicht beeinträchtigten) Pflichtteil begnügen. Ein Pflichtteilsanspruch im technischen Sinn kommt für ihn hierbei nicht in Frage, mag er nun den hinterlassenen Erbteil annehmen oder ausschlagen. Im ersten Falle erhält er seinen vollen Pflichtteil als Erbe und bleibt daher für die Anwendung der Vorschriften über den Pflichtteilsanspruch kein Raum; verjähren kann hier möglicherweise nur der Erbschaftsanspruch des pflichtteilsberechtigten Miterben, nicht dagegen ein gar nicht existierender Pflichtteilsanspruch (vgl. auch M. V S. 394). Aber auch im zweiten Falle ist die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs für den Ausschlagenden nach dem in § 2305 zur Geltung gebrachten Grundsatz ausgeschlossen.

Ist dem Pflichtteilsberechtigten neben seinem der Hälfte des gesetzlichen Erbteils gleichkommenden Erbteil auch noch ein Vermächtnis hinterlassen, so geht es nicht an, daß ihm sowohl die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1 als auch das Vermächtnis zustatten komme. Denn unsere Vorschrift will nur dann eingreifen, wenn dem Pflichtteilsberechtigten außer dem Erbteil nichts hinterlassen und der von Rechts wegen eintretende Wegfall der vom Gesetz bezeichneten Beschränkungen und Beschwerungen somit das geeignete Mittel ist, um dem Pflichtteilsberechtigten den vollen Pflichtteil zu verschaffen. So wie der mit einem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte im Falle des § 2307 seinen Anspruch auf den vollen Pflichtteil nur zur Entstehung bringen kann, wenn er das Vermächtnis ausschlägt, so wird daher auch in dem oben vorausgesetzten Falle die Verwirklichung des Pflichtteilsrechtes durch Wegfall der auf dem hinter-

lassenen Erbteil gelegten Beschränkungen oder Beschwerungen von der Ausschlagung des Vermächtnisses abhängig sein (vgl. Wilke Anm. 3).

Zu erwägen bleibt noch, ob der Erblasser den in § 2306 Abs. 1 Satz 1 bestimmten Wegfall der Beschränkungen und Beschwerungen durch Verwendung der Socinischen Kautel ausschließen und den Pflichtteilsberechtigten hierdurch vor die Wahl stellen kann, entweder den über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht hinausreichenden Erbteil ungeachtet der Beschränkungen und Beschwerungen (etwa mit Rücksicht auf die in Aussicht stehende Anwachsung eines weiteren Erbteils oder wegen der zu gewärtigenden wesentlichen Erhöhung des Wertes der Erbschaftsgegenstände) anzunehmen, oder auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen. Die Frage wird in den P. II Bd. 5 S. 508 mit Recht bejaht. Die Konstruktion erheischt jedoch einige Vorsicht. Man wird nämlich eine solche Bestimmung des Erblassers nicht — wie dies mitunter geschehen ist — als eine Erbeinsetzung des Pflichtteilsberechtigten unter der aufschiebenden Bedingung der Übernahme des Erbteils mit den Beschränkungen und Beschwerungen auffassen dürfen. Denn eine solche Bedingung würde den Anfall des Erbteils an den Pflichtteilsberechtigten aufschieben; zugleich bliebe unklar, in welchem Vorgange die Erfüllung der Bedingung erblickt werden und was mit dem Erbteil vor der Erfüllung der Bedingung geschehen sollte. Es wird vielmehr zu sagen sein, daß eine vom Erblasser getroffene Bestimmung der bezeichneten Art die Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten nicht zu einer bedingten im technischen Sinne macht, daß jedoch (in entsprechender Anwendung von § 2306 Abs. 1 Satz 2) die Ausschlagungsfrist für den Pflichtteilsberechtigten hier nicht beginnen kann, bevor er nicht nur von den Beschränkungen und Beschwerungen, sondern auch von der die Socinische Kautel enthaltenden besonderen Bestimmung des Erblassers Kenntnis erlangt.

β) Bleibt der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbteils zurück, so entfallen, wie bei α, zugunsten des Pflichtteilsberechtigten die Beschränkungen und Beschwerungen und steht diesem überdies noch in dem in § 2305 bestimmten Maße der Pflichtteilsanspruch zu, der grundsätzlich auch dadurch keine Erhöhung erfährt, daß der pflichtteilsberechtigte Erbe ausschlägt. Ist dem Pflichtteilsberechtigten bei dieser Gestaltung außer dem Erbteil noch ein Vermächtnis hinterlassen, so gilt das Gesagte unverändert nur dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis ausschlägt. Andernfalls muß er sich dessen nach § 2307 anzusetzenden Wert auf den Pflichtteilsrestanspruch anrechnen lassen. Übersteigt jedoch jener Wert den durch den Erbteil nicht gedeckten Pflichtteilsrest, so kann dem Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich des Erbteils die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 1 nicht zustatten kommen; die Beschränkungen und Beschwerungen erweisen sich also dann als wirksam (vgl. Wilke Anm. 3, dessen Ausführung aber zu summarisch ist).

Wegen der Verwendung der Socinischen Kautel kann auf das unter α a. E. Gesagte verwiesen werden.

4. Liegt der im Abs. 1 Satz 2 vorausgesetzte Sachverhalt vor, so muß also unterschieden werden:

a) Der Pflichtteilsberechtigte schlägt aus. Die Möglichkeit der Ausschlagung ist in allen hierher gehörenden Fällen, also auch dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt ist, schon sofort mit dem Erbfall gegeben (vgl. §§ 1946, 2142). Infolge der Ausschlagung (für deren Beurteilung § 1949 Abs. 2 wichtig werden kann) erwächst dem Pflichtteilsberechtigten der Anspruch auf den vollen Pflichtteil. Auch im Falle der (unbedingten) Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe in Ansehung eines die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteils ist die Ausschlagung der Nacherbfolge Voraussetzung für die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs (KG. in Rspr. 11 S. 259). Über die juristische Konstruktion s. Erl. 1 zu § 2317. Natürlich kann der Erblasser bestimmen, daß der Pflichtteilsberechtigte, wenn er sich in Ansehung des größeren Erbteils der Beschränkung oder Beschwerung nicht unterwerfen will, nur auf den Pflichtteil als Erbe eingesetzt sein soll (eigentliche cautela Socini, Schiffner Anm. 28). Es liegt dann eine alternative Erbeinsetzung vor. Nach der gesetzlichen Regel steht jedoch dem Pflichtteilsberechtigten nur der Geldanspruch zu und selbst eine bezügliche Anordnung des Erblassers ist im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen (§ 2304). Der ausgeschlagene Erbteil fällt gemäß § 1953 mit Rückwirkung demjenigen an, welcher in Ermangelung des Pflichtteilsberechtigten von vornherein als Erbe berufen gewesen wäre, die Beschränkungen und Beschwerungen aber bleiben in der Regel bestehen (§§ 2161, 2192, Erl. 3 zu § 2096, Erl. 1 zu § 2139, Erl. 11 zu 2197). Der an Stelle des Pflichtteilsberechtigten eintretende Erbe trägt die Pflichtteilslast (§ 2320), kann aber die dem Erbteil auferlegten Vermächtnisse und Auflagen soweit

kürzen, daß ihm der zur Deckung der Pflichtteilslast erforderliche Betrag verbleibt (§ 2322). Bezüglich des Falles, wo der in Ansehung eines die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteils als Nacherbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte ausschlägt, vgl. noch § 2142 Abs. 2.

Nicht gegeben ist der Tatbestand des Abs. 1 Satz 2, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigender Erbteil unbeschränkt und unbeschwert hinterlassen ist. Bei diesem Sachverhalt ist der Pflichtteilsberechtigte wegen der Deckung seines Pflichtteils lediglich auf den hinterlassenen Erbteil angewiesen; schlägt er den Erbteil aus, so kann er den Pflichtteilsanspruch nicht erheben (vgl. auch oben Erl. 2 zu § 2305; a. A. mit Unrecht Schiffner S. 37; richtig Frommhold Anm. 4). Dasselbe muß gelten, wenn die auf den die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteil gelegt gewesenen Beschränkungen oder Beschwerungen zur Zeit der Ausschlagung bereits weggefallen waren; doch kann hier zum Schutze des Pflichtteilsberechtigten § 2308 eingreifen.

b) Nimmt der Pflichtteilsberechtigte den ihm hinterlassenen Erbteil an, so hat er einen Pflichtteilsanspruch auch dann nicht, wenn der Wert des Erbteils durch die Beschränkung oder Beschwerung unter die Hälfte des gesetzlichen Erbteils herabgemindert wird (P. II Bd. 5 S. 509). Mit Rücksicht auf diese Wirkung der Annahme bedarf der pflichtteilsberechtigte Erbe im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 2 eines besonderen Schutzes dagegen, daß er wegen Versäumung der Ausschlagungsfrist nach § 1943 als annehmend angesehen wird. Die Ausschlagungsfrist beginnt deshalb nach dem Schlußsatze des Abs. 1 „erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerung Kenntnis erlangt". Hiermit soll jedoch offenbar nicht bestimmt sein, daß die Ausschlagungsfrist mit dem bezeichneten Zeitpunkte unter allen Umständen wirklich beginne, sondern nur, daß sie keinesfalls vor diesem Zeitpunkte beginnen kann. Denn neben der besonderen Voraussetzung des § 2306 Abs. 1 Satz 2 müssen auch die im § 1944 Abs. 2 bestimmten allgemeinen Voraussetzungen für den Beginn der Ausschlagungsfrist gegeben sein. Dies ist dann von besonderer Wichtigkeit, wenn der Pflichtteilsberechtigte zu einem seinen gesetzlichen Erbteil übersteigenden Erbteil nur als Nacherbe eingesetzt ist. Denn zum Beginn der Ausschlagungsfrist ist hier, da der Nacherbe von einem an ihn noch nicht erfolgten Anfall der Erbschaft natürlich auch keine Kenntnis haben kann, abgesehen von den sonstigen in Betracht kommenden Momenten, vor allem erforderlich, daß der Fall der Nacherbfolge eingetreten und damit die Erbschaft (der Erbteil) dem als Nacherben Eingesetzten angefallen ist (vgl. Erl. 3a und Erl. 6 zu § 1944 und Erl. 2 zu § 2142, wo bereits auf die denselben Standpunkt vertretenden E. des KG. in Rspr. 5 S. 234 und des RG. Bd. 59 S. 341 hingewiesen wurde; anders mit Unrecht Freudenthal DJZ. 1903 S. 364). Die Gefahr, welcher § 2306 Abs. 1 durch seinen Schlußsatz vorbeugen will, würde also in dem eben besprochenen Falle auch ohne diese Bestimmung nicht groß gewesen sein. Anders verhält es sich dagegen, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein ihm sofort mit dem Erbfall anfallender und die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigender Erbteil mit Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassen ist. Bei dieser Sachlage tritt die große praktische Bedeutung der Schlußbestimmung des Abs. 1 klar hervor. Indem zu den sonstigen Voraussetzungen für den Beginn der Ausschlagungsfrist auch noch die hinzutritt, daß die Frist nicht beginnen kann, bevor der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt, wird die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der Pflichtteilsberechtigte durch Versäumung der Ausschlagungsfrist endgültiger Erbe wird und dadurch möglicherweise eine Verkürzung seines Pflichtteils erfährt, ohne vorher jene Kenntnis erlangt zu haben. Zu beachten ist jedoch, daß die Kenntnis von der Beschränkung oder Beschwerung für den Pflichtteilsberechtigten immerhin schon gegeben sein kann, obschon dieser noch nicht zu übersehen vermag, ob sich infolge der Beschränkung oder Beschwerung eine Verkürzung seines Pflichtteils wirklich ergibt (vgl. auch v. Tuhr DJZ. 1901 S. 122).

Der dem jetzigen Schlußsatz des Abs. 1 von § 2306 entsprechenden Bestimmung des E. I (§ 2034 Abs. 1) kam noch die Bedeutung zu, daß der Pflichtteilsberechtigte den ihm hinterlassenen Erbteil ohne vorhergehende Kenntnis der Beschränkung oder Beschwerung auch nicht rechtsgeschäftlich annehmen konnte. Es war dies eine Folge davon, daß nach dem E. I (§ 2033) eine rechtsgeschäftliche Annahme der Erbschaft (und in aller Regel auch die Ausschlagung) vor dem Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlossen war. Jeder Umstand, der den Beginn der Ausschlagungsfrist hinausschob, stand daher auch einer wirksamen rechtsgeschäftlichen Annahme der Erbschaft entgegen. Nach § 1946 des BGB. verhält sich dies anders. Es muß daher in unserem Falle ungeachtet der Schlußbestimmung des Abs. 1 von § 2306 eine rechtsgeschäftliche Annahme

§. 2307. Ist ein Pflichttheilsberechtigter mit einem Vermächtnisse bedacht, so kann er den Pflichttheil verlangen, wenn er das Vermächtniß ausschlägt. Schlägt er nicht aus, so steht ihm ein Recht auf den Pflichttheil nicht zu, soweit der Werth des Vermächtnisses reicht; bei der Berechnung des Werthes bleiben Beschränkungen und Beschwerungen der im §. 2306 bezeichneten Art außer Betracht.

Der mit dem Vermächtnisse beschwerte Erbe kann den Pflichttheilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist gilt das Vermächtniß als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird.

---

des Erbteils durch den Pflichtteilsberechtigten auch zu einer Zeit für möglich erachtet werden, in der dieser von der Beschränkung oder Beschwerung noch keine Kenntnis hatte, und die Ausschlagungsfrist daher auch noch nicht beginnen konnte. Eine andere Frage ist, ob die unter solchen Verhältnissen erfolgte rechtsgeschäftliche Annahme nicht unter Umständen der Anfechtung unterliegt (vgl. darüber Erl. 3 zu § 2308).

5. Wegen der Frage der Anwendbarkeit des § 2306 in dem Falle des § 2315 vgl. daselbst Erl. 9.

6. Über das Verhältnis des § 2306 zu § 2338 vgl. daselbst Erl. 3 a α und Erl. 8.

§ 2307.

E. I §§ 1980, 1982; II § 2173 rev. § 2281; III § 2280. P. I E. 10149 ff., 10179 ff., 11447, 12258; M. V E. 392 ff., 399 ff. P. II Bd. 5 E. 503 ff., 510 f.

Zitelmann, Zum Pflichtteilsrecht im Arch. f. Bürg. R. 29 S. 159 ff.; Francke, Zum Vermächtnis für einen nicht erbenden Pflichtteilsberechtigten im Arch. f. civ. Pr. 101 S. 410 ff.; Gnad, ElsLothZ. 32 S. 281; Kalisch, ElsLothZ. 32 S. 445.

1. Mit einem ihm hinterlassenen **Vermächtnisse** braucht sich der Pflichtteilsberechtigte hinsichtlich seines Pflichtteils nicht abfinden zu lassen, er kann in solchem Falle vielmehr den vollen Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt **(Abs. 1 Satz 1)**. Auf die Größe des Vermächtnisses, sowie darauf, ob es mit Beschränkungen oder Beschwerungen belastet oder von solchen frei ist, kommt es (abweichend von dem Falle der Erbeinsetzung, § 2306) nicht an. Doch ist der nach Abs. 1 Satz 2 zu berechnende Wert des Vermächtnisses insofern von Bedeutung, als der Pflichtteilsberechtigte den durch diesen Wert nicht gedeckten Teil des Pflichtteils auch schon vor der Ausschlagung im Wege des Pflichtteilsanspruchs geltend machen kann (vgl. die im Recht 9 S. 619 mitgeteilte Entsch.; s. auch Zitelmann S. 163). Von einer sich darauf allein stützenden Anfechtung des Testaments, daß das hinterlassene Vermächtnis den Pflichtteil nicht decke, kann keine Rede sein (RG. 29 S. A 201). Wegen des Zeitpunktes, in welchem der Pflichtteilsanspruch in den Fällen des § 2307, soweit er von der Ausschlagung abhängig ist, zur Entstehung kommt, und wegen der juristischen Konstruktion des Verhältnisses, die auch von erheblicher praktischer Bedeutung ist, vgl. das in Erl. 1 zu § 2317 Gesagte.

Da die Ausschlagung des Vermächtnisses durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten erfolgt (§ 2180 Abs. 2), kann in der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs eine stillschweigende Ausschlagung jedenfalls dann nicht gefunden werden, wenn die Geltendmachung gegenüber einer anderen Person als dem mit dem Vermächtnisse Beschwerten geschieht. Ob die letztgedachte Frage im übrigen zu bejahen ist, hängt von den Umständen ab, insbesondere davon, ob die Kenntnis der Vorschrift des § 2307 vorausgesetzt werden darf (vgl. Erl. 2 zu § 2180); die in den Protokollen der zweiten Kommission Bd. 5 S. 506) ausgesprochene unbedingte Verneinung ist ebensowenig zutreffend wie die von einzelnen Schriftstellern (Böhm S. 432) befürwortete allgemeine Bejahung (vgl. auch Zitelmann S. 160; ferner Rspr. 12 S. 390). Wegen der Vererblichkeit und Übertragbarkeit der Rechtsposition des mit einem Vermächtnisse bedachten Pflichtteilsberechtigten s. Erl. 3 zu § 2317. Vorschriften über die Pflichtteilslast mit Bezug auf den Fall des § 2307 sind in den §§ 2320—2322 enthalten.

Bezüglich des einem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen bedingten Vermächtnisses vgl. Erl. 3.

2. Annahme des Vermächtnisses. Für den Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte bereit ist, das ihm ausgesetzte Vermächtnis auf den Pflichtteil anzunehmen **(Abs. 1 Satz 2)** gilt folgendes:

a) Mit der Annahme erwirbt der Pflichtteilsberechtigte endgültig den Vermächtnisanspruch, büßt jedoch den Pflichtteilsanspruch ein, soweit der Pflichtteil durch den Wert des Vermächtnisses gedeckt wird. Das Vermächtnis wird zum Schätzungswert angerechnet, zu dem es vom Erblasser dem Berechtigten gleichsam angeboten ist. Nur soweit der Pflichtteil durch diesen Wert nicht gedeckt wird, besteht (wie im Falle des § 2305) ein Pflichtteilsrestanspruch. Nach diesen Grundsätzen muß insbesondere auch bei dem Vermächtnis eines Nießbrauchs der Kapitalwert durch Schätzung ermittelt werden. Wegen der Anrechnung auf den Pflichtteil hat das Vermächtnis, soweit es letzteren nicht übersteigt, im Nachlaßkonkurse den Rang eines Pflichtteilsanspruchs (KO. § 226 Abs. 3).

b) Ist das Vermächtnis mit Beschränkungen oder Beschwerungen belastet, so werden diese niemals (wie bei der Erbeinsetzung im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 1) gestrichen, vielmehr sind sie, wenn das Vermächtnis angenommen wird, von dem Pflichtteilsberechtigten zu übernehmen und sie bleiben bei der wegen des etwaigen Pflichtteilsrestanspruchs anzustellenden Wertermittelung außer Ansatz (vgl. auch Erl. 4b zu § 2306).

3. Besonderer Erörterung bedarf die Frage, ob und inwieweit die Vorschriften des § 2307 auch auf **Vermächtnisse** Anwendung finden, die dem Pflichtteilsberechtigten nur **unter einer Befristung oder Bedingung** hinterlassen sind. Die Lösung ergibt sich aus der im § 2307 Abs. 1 Satz 2 a. E. enthaltenen Berufung auf die Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art. Daraus ist zu schließen, daß für ein unter einem Anfangs- oder Endtermin hinterlassenes Vermächtnis jedenfalls § 2307 maßgebend ist; denn es handelt sich dabei auf dem Gebiete des Vermächtnisrechts um eine Beschränkung derselben Art, wie sie bei der Hinterlassung eines Erbteils in der unbedingten Einsetzung des Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe oder in der Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten durch Einsetzung eines Nacherben gelegen ist. Die Vorschrift des § 2307 muß aber auch durchgreifen im Falle der Hinterlassung eines Vermächtnisses unter einer auflösenden Bedingung, da hierfür nichts anderes gelten kann als in dem für den Pflichtteilsberechtigten weniger günstigen Falle der Hinterlassung eines Vermächtnisses unter Beifügung eines reinen Endtermins. Anders muß die Entscheidung lauten, wenn der Pflichtteilsberechtigte nur als Ersatzvermächtnisnehmer bedacht ist (vgl. hierzu das in Erl. 2a zu § 2306 bezüglich des als Ersatzerbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten Gesagte). In dem bezeichneten Falle ist dem Pflichtteilsberechtigten, solange der Wegfall des zunächst Bedachten nicht eingetreten ist, nichts hinterlassen und kann er daher, ohne vorher auszuschlagen, den Pflichtteil verlangen. Erweist sich die Ersatzberufung hinsichtlich des Vermächtnisses späterhin als wirksam und schlägt der Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis nicht aus, so wird er das auf seinen Pflichtteil Empfangene soweit wieder zurückzuleisten haben, als der Pflichtteil durch den Wert des Vermächtnisses gedeckt ist. Nach der Auffassung des Bearbeiters scheint es sich nicht anders verhalten zu können, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis unter einer anderen aufschiebenden und zur Zeit des Erbfalls noch schwebenden Bedingung hinterlassen ist (vgl. Strohal I § 49 Anm. 26). Wollte man dies nicht zugeben und ein solches bedingtes Vermächtnis einem lediglich befristeten gleichstellen (dafür Ubbelohde S. 125 f.), so würde man zu der nach der Ansicht des Bearbeiters wenig befriedigenden Konsequenz gelangen, daß dem Pflichtteilsberechtigten der Wert des ihm unter einer gewillkürten aufschiebenden Bedingung hinterlassenen und von ihm angenommenen Vermächtnisses auf den Pflichtteil selbst dann voll anzurechnen sei, wenn die Erfüllung der Bedingung hinterher vereitelt wird oder wenn das Vermächtnis sich nach § 2074 deshalb als unwirksam erweist, weil der zur Zeit des Erbfalls lebende Pflichtteilsberechtigte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt hat. Der Herausgeber hält es jedoch in Übereinstimmung mit den früheren Auflagen (zustimmend Herzfelder S. 645, Dernburg V § 110 V 1) trotzdem für angemessener, wenn zwischen aufschiebend befristeten und aufschiebend bedingten Vermächtnissen (die in § 2177 analog behandelt werden) hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 2307 kein Unterschied gemacht wird, da sonst bei aufschiebend bedingten Vermächtnissen für vielleicht lange Zeit ein der Absicht des Gesetzes hier kaum entsprechender Zustand der Ungewißheit herbeigeführt würde. Nach dieser Auffassung (des Herausgebers) wird der Pflichtteilsberechtigte also auch das aufschiebend bedingte Vermächtnis ausschlagen müssen, wenn er den Pflichtteilsanspruch auch insoweit geltend machen will, als dieser durch den Wert des bedingt vermachten Gegenstandes gedeckt ist.

4. In den durch Abs. 1 betroffenen Fällen ergibt sich für den mit dem Vermächtnis zugunsten des Pflichtteilsberechtigten belasteten Erben zunächst eine Ungewißheit darüber, was er an den Pflichtteilsberechtigten zu leisten haben wird. Da es für Vermächtnisse keine gesetzliche

§. 2308. Hat ein Pflichttheilsberechtigter, der als Erbe oder als Vermächtnißnehmer in der im §. 2306 bezeichneten Art beschränkt oder beschwert ist, die Erbschaft oder das Vermächtniß ausgeschlagen, so kann er die Ausschlagung anfechten, wenn die Beschränkung oder die Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen und der Wegfall ihm nicht bekannt war.

Auf die Anfechtung der Ausschlagung eines Vermächtnisses finden die für die Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

Ausschlagungsfrist gibt, so hat die zweite Kommission (im Gegensatz zu der noch in M. V, S. 393 ff., 400 vertretenen Auffassung) insbesondere im Hinblick auf die Gefahr einer Verzögerung der Erbauseinandersetzung durch einen nachlässigen oder böswilligen Pflichtteilsberechtigten, eine besondere Abhilfe für notwendig erachtet. Auf dieser Erwägung beruht die Bestimmung des Abs. 2. Durch sie ist dem beschwerten Erben die Befugnis beigelegt, dem Pflichtteilsberechtigten eine angemessene Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses zu bestimmen. Die Frist ist, anders als die gesetzliche Frist des § 1943, nicht eine Ausschlagungs-, sondern eine Annahmefrist; mit ihrem erfolglosen Ablaufe gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen und kann daher der Pflichtteilsanspruch geltend gemacht werden. Die Beweislast für die Einhaltung der Frist trifft den Vermächtnisnehmer, wenn dieser das Vermächtnis in Anspruch nehmen will (Bd. I S. 49). Über die Angemessenheit der Frist ist eventuell im Prozeßwege zu entscheiden. RG. vom 28. November 1907 (im Recht 1908 S. 95 Nr. 350) nimmt an, daß wenn dem Erben eine Inventarfrist gesetzt ist, die von dem Erben dem Vermächtnisnehmer gemäß § 2307 Abs. 2 zu setzende angemessene Frist regelmäßig nicht vor der Beendigung der Inventarfrist ablaufen werde. Einem beschwerten Vermächtnisnehmer steht das Recht der Fristbestimmung nicht zu (P. II Bd. 5 S. 506, Strohal I § 49 Anm. 27). Mehrere beschwerte Erben können das Recht der Fristbestimmung nur gemeinschaftlich ausüben. Bezüglich der (von Wilke Anm. 3 bejahten) Frage, ob dem Erben das im § 2307 Abs. 2 bestimmte Recht zuzusprechen ist, wenn nicht er selbst, sondern ein Vermächtnisnehmer beschwert ist, vgl. Erl. 3d zu § 2321.

5. Bezüglich der Anfechtung der Ausschlagung und der Annahme des Vermächtnisses vgl. Erl. zu § 2308.

§ 2308.

E. I § 2040 Abs. 1; II § 2174 rev. § 2282; III § 2281. P. I S. 10551 ff.; M. V S. 510 ff. P. II Bd. 5 S. 631; Bd. 6 S. 319 f., 328.

1. **Anfechtbarkeit der in Unkenntnis des Wegfalls von Beschränkungen oder Beschwerungen vorgenommenen Ausschlagung im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 2.** Stellt sich hier, nachdem der Pflichtteilsberechtigte den ihm hinterlassenen, die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteil ausgeschlagen hat, heraus, daß die auf den Erbteil gelegt gewesenen Beschränkungen oder Beschwerungen zur Zeit der Ausschlagung bereits weggefallen waren, so befindet sich der Pflichtteilsberechtigte in einer ganz besonders ungünstigen Lage. Er ist infolge der Ausschlagung nicht Erbe, kann aber trotzdem den Pflichtteilsanspruch nicht erheben, weil dieser durch die Ausschlagung eines die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht nur deckenden, sondern sogar übersteigenden und zugleich unbeschränkt und unbeschwert hinterlassenen Erbteils für den Ausschlagenden nicht ausgelöst wird. Hier war, wenn der Pflichtteilsberechtigte den eingetretenen Wegfall der Beschränkung oder Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung nicht kannte, eine Abhilfe unbedingt geboten. Sie besteht darin, daß der Pflichtteilsberechtigte unter den bezeichneten Voraussetzungen die Ausschlagung anfechten kann (Abs. 1). Bezüglich der hiermit bestimmten Anfechtbarkeit ist zu bemerken:

a) Anfechtungsgrund ist die Unkenntnis des Ausschlagenden von dem zur Zeit der Ausschlagung bereits eingetretenen Wegfall der Beschränkung oder Beschwerung. Ob dieser Anfechtungsgrund auch ohne besondere Bestimmung schon durch die allgemeine Vorschrift des § 119 Abs. 2 gegeben gewesen wäre, muß als sehr fraglich bezeichnet werden. Die bejahende Ansicht ist in der zweiten Kommission zwar nicht unvertreten geblieben und ist auch in der Literatur nicht ohne Anhänger (vgl. Endemann III § 127 Anm. 32 und Frommhold zu § 2308). Die Mehrheit der zweiten Kommission war aber jedenfalls der Ansicht, daß die bezeichnete Un-

kenntnis für die Ausschlagung streng genommen nur als ein Irrtum im Beweggrunde in Betracht kommen könnte und hielt gerade deshalb die besondere Vorschrift des § 2308 für notwendig (vgl. P. II Bd. 5 S. 631; s. auch M. V S. 511). Bezüglich der den Anfechtungsgrund bildenden Unkenntnis trifft den Anfechtenden die Beweislast. Daß der Anfechtende durch die bezeichnete Unkenntnis zur Ausschlagung bestimmt worden ist, wird in § 2308 nicht zur Voraussetzung der Anfechtbarkeit gemacht (anders wie es scheint Dernburg V § 110 bei Anm. 14). Nicht begründet ist die Anfechtung, wenn der Wegfall der Beschränkung oder Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung noch nicht eingetreten war, später aber im Gegensatz zu der irrigen Erwartung des Ausschlagenden doch eintrat. In diesem Falle bedarf der Ausschlagende des Schutzes des § 2308 auch nicht, da für ihn infolge der Ausschlagung der Pflichtteilsanspruch ausgelöst ist.

b) Hatte der Erblasser bezüglich des dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteils nicht bloß einen, sondern mehrere der im § 2306 bezeichneten Beschränkungen oder Beschwerungen angeordnet, so ist die Anfechtbarkeit nach § 2308 auch schon dann gegeben, wenn zur Zeit der Ausschlagung des Pflichtteilsberechtigten, ohne daß dieser hiervon Kenntnis hatte, auch nur eine derselben weggefallen war.

c) Auf die Anfechtung der Ausschlagung des Erbteils durch den Pflichtteilsberechtigten finden bezüglich der Anfechtungsfrist, der Anfechtungserklärung und der Wirkung der Anfechtung die Vorschriften der §§ 1954, 1955, 1957 unmittelbare Anwendung. Aus der Anwendbarkeit des § 1957 ergibt sich insbesondere, daß die Anfechtung der Ausschlagung auch im Falle des § 2308 als Annahme gilt. Hieraus ist aber noch keineswegs zu schließen, daß die Anfechtung der Ausschlagung nach § 2308 in allen hier in Frage kommenden Fällen praktisch einem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch gleichsteht und daß deshalb der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Pflichtteilsberechtigten zur Anfechtung (nach § 1643 Abs. 2, §§ 1686, 1690, § 1822 Nr. 2, § 1915) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen müsse. Denn wenn zur Zeit der Ausschlagung alle auf den Erbteil gelegten Beschränkungen oder Beschwerungen weggefallen waren, so wird durch die Ausschlagung des Erbteils für den Pflichtteilsberechtigten ein Pflichtteilsanspruch überhaupt nicht begründet (vgl. den Eingang dieser Erl.). Die spätere Anfechtung der Ausschlagung und die mit ihr verbundene Annahme des Erbteils kann daher auch den Wegfall eines gar nicht entstandenen Pflichtteilsanspruchs unmöglich zur Folge haben. Anders verhält es sich jedoch, wenn zur Zeit der Ausschlagung, ohne daß der gesetzliche Vertreter des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Pflichtteilsberechtigten dies wußte, von mehreren auf den Erbteil gelegten Beschränkungen oder Beschwerungen nur eine (oder mehrere, aber nicht alle) weggefallen war (waren). Dann wurde durch die Ausschlagung für den Pflichtteilsberechtigten allerdings der Pflichtteilsanspruch begründet und hat die Anfechtung der Ausschlagung des (durch den Wegfall der betreffenden Beschränkung oder Beschwerung) wertvoller gewordenen Erbteils den Wegfall des Pflichtteilsanspruchs zur Folge; bei dieser Sachlage bedarf es deshalb zur Anfechtung der Ausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter des Pflichtteilsberechtigten allerdings der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Eine Ehefrau bedarf dagegen zu der Anfechtung in keinem Falle der Zustimmung des Mannes (§ 1406 Nr. 1, § 1453 Abs. 1, § 1519 Abs. 2, § 1549, Erl. 5 zu § 1406).

2. Schlägt der Pflichtteilsberechtigte das ihm zur Deckung seines Pflichtteils hinterlassene Vermächtnis aus, so hat er, gleichviel ob die Hinterlassung des Vermächtnisses mit Beschränkungen oder Beschwerungen oder ohne solche erfolgt ist, den Anspruch auf den vollen Pflichtteil. Gleichwohl kann der Pflichtteilsberechtigte infolge der Ausschlagung eines Vermächtnisses, hinsichtlich dessen eine auferlegt gewesene Beschränkung oder Beschwerung, ohne daß der Ausschlagende hiervon Kenntnis hatte, vor der Ausschlagung weggefallen war, insofern einen Nachteil erleiden, als das ausgeschlagene Vermächtnis wegen des Wegfalls der Beschränkung oder Beschwerung einen höheren Wert haben kann als der durch die Ausschlagung ausgelöste Pflichtteilsanspruch.

Der Abs. 1 gewährt dem Pflichtteilsberechtigten daher auch im Falle der Ausschlagung eines Vermächtnisses ein darauf sich gründendes Anfechtungsrecht, daß er den Wegfall der Beschränkung oder Beschwerung zur Zeit der Ausschlagung nicht gekannt hat.

Einzelnes:

a) Die Anfechtung der Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgt nach Abs. 2 Satz 2 durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten (nicht gegenüber dem Nachlaßgericht; vgl. § 143 Abs. 3). Die Anwendung des § 1955 ist damit seinem ganzen Umfang nach ausgeschlossen,

auch soweit er auf den § 1945 verweist; die Anfechtungserklärung kann daher formlos abgegeben werden und auch die Vollmacht eines etwaigen Vertreters bedarf keiner besonderen Form.

b) Im übrigen finden auf unseren Fall der Anfechtung, abweichend von den sonstigen Fällen der Anfechtung der Ausschlagung eines Vermächtnisses (vgl. Erl. 3f zu § 2180), die für die Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (Abs. 2 Satz 1). Maßgebend sind somit die Bestimmungen des § 1954 bezüglich der Anfechtungsfrist, die des § 1957 Abs. 1 betreffend die Annahmewirkung der Anfechtung (nicht auch die des Abs. 2, welche eine dem Nachlaßgericht gegenüber erklärte Anfechtung voraussetzt) und die des § 1956 insofern, als die Anfechtung nicht nur stattfindet, wenn die Ausschlagung des Vermächtnisses unter den angegebenen Voraussetzungen wirklich erklärt ist, sondern auch dann, wenn das Vermächtnis nach § 2307 Abs. 2 als ausgeschlagen gilt.

c) Die Anfechtung der Ausschlagung des Vermächtnisses nach § 2308 hat immer zur Folge, daß für den Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteilsanspruch insoweit wieder entfällt, als dieser infolge der Ausschlagung zur Entstehung gelangt ist; aus diesem Grunde bedarf es hier zur Anfechtung der Ausschlagung für einen minderjährigen Pflichtteilsberechtigten durch dessen gesetzlichen Vertreter immer der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ist eine Ehefrau anfechtungsberechtigt, so gilt das oben in Erl. 1c a. E. Bemerkte auch hier.

3. Sowohl im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 2 als auch in dem des § 2307 kann der Pflichtteilsberechtigte einen Nachteil auch dadurch erleiden, daß er den hinterlassenen Erbteil, das hinterlassene Vermächtnis in Unkenntnis der vom Erblasser angeordneten Beschränkungen oder Beschwerungen, die den Wert des Hinterlassenen tatsächlich mindern und trotzdem bei der nach den §§ 2306, 2307 vorzunehmenden Wertberechnung außer Betracht bleiben, annimmt. Die Frage, ob bei solcher Lage eine Anfechtung der Annahme zulässig ist, wird im Gesetz mit Stillschweigen übergangen. Darf hieraus gefolgert werden, daß eine auf den bezeichneten Sachverhalt sich stützende Anfechtung ausgeschlossen ist? Für die Entscheidung scheint in Betracht zu kommen, daß im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 2 die Ausschlagungsfrist erst beginnt, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erlangt, und daß das Gesetz den Pflichtteilsberechtigten also bezüglich eines ihm mit Beschränkungen oder Beschwerungen, von deren Vorhandensein er nichts weiß, hinterlassenen Erbteils gegen den Eintritt einer nach § 1943 zu beurteilenden Annahmewirkung gesichert wissen will. Im Gegensatz zum E. I (vgl. Erl. 4b zu § 2306) kann jedoch nach dem BGB. diese Art des Schutzes dem Pflichtteilsberechtigten bei der rechtsgeschäftlichen Annahme, die nach § 1946 auch vor dem Beginn der Ausschlagungsfrist erfolgen kann, nicht mehr zustatten kommen. Das geeignete Schutzmittel würde hier vielmehr nur in einer Anfechtung der Annahme gelegen sein. Nun bildet freilich nach allgemeinen Grundsätzen ein bloßer Irrtum im Beweggrund noch keinen Anfechtungsgrund. Allein Irrtum im Beweggrund und beachtlicher Geschäftsirrtum sind nicht absolute Gegensätze und ein Irrtum, der für die rein psychologische Beurteilung nur als Irrtum im Beweggrund erscheint, kann für die praktisch-juristische Behandlung doch als Geschäftsirrtum in Betracht kommen (vgl. § 119 Abs. 2). Und in unserem Falle ergibt sich gerade aus der auf den Beginn der Ausschlagungsfrist sich beziehenden Bestimmung des § 2306 Abs. 1 Satz 2, daß das Gesetz der Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten von der Beschränkung oder Beschwerung nicht bloß nebensächliche, sondern wesentliche Bedeutung beilegt. Diese Wertung scheint auch berücksichtigt werden zu müssen, wenn der Pflichtteilsberechtigte den ihm nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 hinterlassenen Erbteil ohne die bezeichnete Kenntnis rechtsgeschäftlich angenommen hat, und dürfte somit (zurückhaltender die früheren Auflagen) das Ergebnis rechtfertigen, daß die vom Pflichtteilsberechtigten ohne jene Kenntnis erklärte Annahme des Erbteils der Anfechtung unterliegt (vgl. Strohal I § 49 Anm. 23 a. E.; zustimmend Herzfelder Erl. 10 zu § 2306). Entscheidet man so bezüglich der Anfechtbarkeit der rechtsgeschäftlichen Annahme des dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteils wegen der Unkenntnis des Annehmenden von der vorhandenen Beschränkung oder Beschwerung, so wird man die gleiche Entscheidung auch bezüglich der Anfechtbarkeit eines vom Pflichtteilsberechtigten angenommenen Vermächtnisses treffen müssen (Strohal I § 49 Anm. 29; vgl. auch Herzfelder Erl. 2b zu § 2307).

4. Abgesehen von den in Erl. 1—3 besprochenen besonderen Anfechtungsgründen ist die Anfechtung der Ausschlagung oder der Annahme eines dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteils oder Vermächtnisses selbstverständlich aus den allgemeinen Gründen möglich (§§ 119ff., vgl. Erl. 1 zu § 1954 und Erl. 3f zu § 2180). Auf die Frage, ob im

§. 2309. Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichttheilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichttheil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

Falle eines mit der Annahme eines Vermächtnisses verbundenen vertragsmäßigen Verzichtes auf den Pflichtteilsanspruch eine Anfechtung darauf gestützt werden könne, daß der Pflichtteilsberechtigte sich bei der Bewertung des Vermächtnisses erheblich geirrt habe, bezieht sich RSpr. 6 S. 329 Nr. 53a. Die Anfechtung wird daselbst für unzulässig erklärt, weil es sich lediglich um einen Irrtum im Beweggrund handele; vgl. aber dazu den berechtigten Hinweis von Kipp bei W. III S. 416 auf § 119 Abs. 2.

§ 2309.

E. I § 1963; II § 2175 verb. § 2283; III § 2282. P. I S. 10167 f., 10187 f., 10271 ff.; M. V S. 401 ff. P. II Bd. 5 S. 511 ff.

Strohal, Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers (Del.Pr. 1899); Reier, Das Pflichtteilsrecht der Enkel nach dem BGB. (1904); Langheineken, Das Pflichtteilsrecht entfernterer Abkömmlinge und der Eltern im Sächs. Arch. 14 S. 319 ff. u. S. 417 ff.; v. Jacubezky im Recht 1906 S. 281 ff. Mit diesem Thema beschäftigen sich auch die Dissertationen von Leibl (1902), Schwartzkopf (1902), Thiel (1902).

Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers.

I. Durch § 2309 nicht betroffene Gestaltungen. Der § 2309 bestimmt die bei Vorhandensein eines näheren Abkömmlings, der im Falle der gesetzlichen Erbfolge entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers ausschließen würde, den ebengenannten Personen zukommende pflichtteilsrechtliche Stellung. Durch § 2309 *nicht betroffen* werden somit diejenigen Gestaltungen, wo die entfernteren Abkömmlinge oder die Eltern ungeachtet des Vorhandenseins eines (näheren) Abkömmlings, bei der durch die Anordnung des Erblassers unbeeinflußten gesetzlichen Erbfolge *nicht ausgeschlossen sein würden.*

1. Hierher gehört zunächst der Fall, daß der *nähere Abkömmling auf das gesetzliche Erbrecht* (überhaupt) im Wege des Erbverzichtes *verzichtet hat.* Hierbei ist wieder zu unterscheiden:

a) Soweit in dem Verzichtsvertrag nicht anderes bestimmt ist, erstreckt sich der Verzicht eines Abkömmlings auf das gesetzliche Erbrecht nach § 2349 auch auf dessen Abkömmlinge. In diesem Falle ist nicht nur der Verzichtende selbst, sondern sind auch dessen Abkömmlinge im Verhältnis zu denjenigen, welchen der Erbverzicht zustatten kommt, von der gesetzlichen Erbfolge so ausgeschlossen, wie wenn sie zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebten. Bei eintretender gesetzlicher Erbfolge würden somit unter der Voraussetzung, daß außer dem verzichtenden Abkömmling und dessen Abkömmlingen sonstige Abkömmlinge des Erblassers nicht vorhanden sind, und unter der weiteren Voraussetzung, daß der Erbverzicht im konkreten Falle *kein bloß relativer* im Sinne des § 2350 Abs. 2 ist, die Eltern des Erblassers als nächste gesetzliche Erben in Betracht kommen. Notwendige Folge davon ist, daß dem Verzichtenden und dessen Abkömmlingen kein Pflichtteilsrecht zusteht (§§ 2346, 2349), sondern daß ein solches (abgesehen von dem etwa vorhandenen überlebenden Ehegatten) nur die Eltern haben.

b) Ist im Erbverzichtsvertrag bestimmt, daß sich der Verzicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden nicht erstrecken soll, so ist nur der Verzichtende selbst (und zwar je nach den Umständen nur *relativ* oder *absolut*) von der gesetzlichen Erbfolge so ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte und scheidet nur er als Pflichtteilsberechtigter völlig aus.

Ob der verzichtende Abkömmling den Erbverzicht gegen oder ohne eine *Abfindung* geleistet hat, ist für die pflichtteilsrechtliche Stellung der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern *gleichgültig.* Dies dürfte jetzt unbestritten sein (vgl. Strohal I § 50 nach Anm. 7; ferner Reier S. 22 Anm. 16). Für nicht minder gleichgültig muß es nach dem vom Gesetz angenommenen Standpunkte aber auch erachtet werden, ob der Erblasser dem infolge Erbverzichts von der gesetzlichen Erbfolge Ausgeschlossenen durch *Verfügung von Todes wegen* eine von diesem angenommene Zuwendung gemacht hat. Der Wert einer solchen Zuwendung *mindert daher nicht den Pflichtteilsanspruch* der in concreto pflichtteilsberechtigten *entfernteren Verwandten.* Anders Kipp bei W. III S. 418, Herzfelder S. 651, Reier S. 38 Anm. 3,

welche § 2309 in Anwendung bringen wollen, dabei aber unberücksichtigt lassen, daß der soeben besprochene Fall aus dem im Eingang erwähnten Grunde durch § 2309 überhaupt nicht betroffen wird (vgl. Strohal I § 50 Anm. 7; Küntzel bei Gruch. 51, S. 450; Langheineken S. 322 und 329 Anm. 21). Die hier zurückgewiesene Entscheidung würde auch deshalb ganz unbillig sein, weil ihr zufolge der Erblasser es in der Hand hätte, die durch Erbverzicht begründete Anwartschaft der entfernteren pflichtteilsberechtigten Verwandten auf den Pflichtteil im Gegensatz zu § 2351, laut dessen die Wirkung des Erbverzichts nur im Wege des daselbst erwähnten Aufhebungsvertrags wieder aufgehoben werden kann, durch letztwillige Verfügung illusorisch zu machen. Was der Erblasser dem Verzichtenden durch Verfügung von Todes wegen zuwendet, ist somit praktisch als eine Zuwendung an einen extraneus zu behandeln. Vgl. dazu auch P. II Bd. 5 S. 612, wo ausgeführt ist, daß die Testierfreiheit des Erblassers im Falle eines Erbverzichtes nicht auf Kosten der übrigen Familie des Erblassers erweitert sein solle.

2. Der zweite hierher gehörende Fall ist gegeben, wenn der nähere Abkömmling für erbunwürdig erklärt worden ist (vgl. besonders Küntzel und Langheineken a. a. O.). Die Voraussetzungen der Erbunwürdigkeitserklärung (vgl. §§ 2340—2342) sind so beschaffen, daß diese nur stattfinden kann, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen ist. Ist sie erfolgt, so fällt der für unwürdig erklärte Erbe bei der wirklich eintretenden oder bei der (weil in Wirklichkeit gewillkürte Erbfolge stattfindet) als eintretend nur gedachten gesetzlichen Erbfolge so aus, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§ 2344); zugleich ist er von jedem andern erbrechtlichen Erwerb, also auch von dem Rechte auf den Pflichtteil, ausgeschlossen. Von dem für erbunwürdig erklärten näheren Abkömmling wird also bei der Entscheidung der Frage, wer pflichtteilsberechtigt ist, völlig abgesehen. Sind an Stelle des für erbunwürdig Erklärten dessen Abkömmlinge pflichtteilsberechtigt, so können jedoch die Vorschriften des § 2315 Abs. 3 und des § 2316 in Verbindung mit § 2051 eingreifen (vgl. Erl. 5 zu § 2315 und Erl. 5 zu § 2316).

II. Zur Redaktionsgeschichte des § 2309. Sein Hauptinhalt. Aus jener (vgl. Genaueres bei Strohal DekPr. S. 6 f.) ist hervorzuheben, daß bereits der E. I in seinem § 1983 eine dem jetzigen § 2309 inhaltlich verwandte Vorschrift enthielt. In der zweiten Kommission machten sich zwei wesentlich verschiedene Auffassungen geltend. Die eine gelangte in folgendem Antrag zum Ausdruck:

> Schlägt ein Abkömmling des Erblassers die Erbschaft aus oder ist er durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen, so steht seinen Abkömmlingen oder den an seine Stelle tretenden Eltern des Erblassers ein Pflichtteilsrecht nicht zu.
>
> Hat der Abkömmling auf die Erbschaft verzichtet, so gilt das gleiche, soweit er wegen seines Pflichtteilsrechtes von dem Erblasser abgefunden ist.

Diesem Antrag stimmte jedoch die Mehrheit nicht zu. Angenommen wurde vielmehr ein Gegenantrag, der schließlich in dem jetzigen § 2309 seine endgültige Ausprägung fand. Der Inhalt des § 2309 wird von den Schriftstellern verschieden aufgefaßt. Insbesondere wird darüber gestritten, ob durch § 2309 eine Erweiterung oder nur eine Einschränkung der abgesehen von dieser Bestimmung begründeten Pflichtteilsberechtigung herbeigeführt wird (vgl. dazu Langheineken S. 330, Reier S. 30, v. Jacubezky S. 281). Allein diese Frage darf getrost als unlösbar bezeichnet werden. Denn, um sie zu beantworten, müßte man zuvor mit Sicherheit feststellen können, wie sich das Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten, die bei eintretender gesetzlicher Erbfolge durch einen näheren Verwandten (der weder auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, noch für erbunwürdig erklärt ist) ausgeschlossen sein würden, abgesehen von der Vorschrift des § 2309, auf Grund der Vorschriften der §§ 2303—2307 (vgl. auch § 2310) gestalten müßte. Allein gerade dies ist nicht feststellbar, weil man es, wenn man von § 2309 völlig absieht, mit einer unvollständigen Normierung zu tun hat, deren Ergänzung man sich sehr verschieden denken könnte. So ist z. B. behauptet worden, daß in einem Falle, wo bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zunächst ein Abkömmling A und eventuell ein Elternteil P berufen sein würde, abgesehen von § 2309, sowohl A als auch P nebeneinander derart pflichtteilsberechtigt sein könnten, daß jeder von beiden den Wert der Hälfte der Erbschaft (beide zusammen somit den Wert der ganzen Erbschaft) als Pflichtteil für sich in Anspruch nehmen könnten (vgl. Langheineken S. 330; s. auch den in M. V S. 402 ausgesprochenen Zweifel). Wer von diesem Standpunkt ausgeht, muß der Vorschrift des § 2309 selbstverständlich einschränkende Bedeutung beilegen. Die auf das Pflichtteilsrecht sich beziehenden Bestimmungen

könnten, wenn man wie oben von § 2309 absieht, (insbesondere mit Rücksicht auf den in § 2310 sich ausprägenden Gedanken) aber auch dahin aufgefaßt werden, daß die entfernteren Verwandten, welche bei der gesetzlichen Erbfolge durch einen näheren Verwandten (von dem auch hier vorausgesetzt wird, daß er nicht auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat und auch nicht für erbunwürdig erklärt worden ist) ausgeschlossen sein würden, unter allen Umständen nicht pflichtteilsberechtigt sind (vgl. dazu den weiter oben erwähnten in der zweiten Kommission zur Verhandlung gelangten Antrag). Gegenüber dieser Auffassung enthält § 2309 zweifellos eine Erweiterung der den entfernteren Verwandten zukommenden Pflichtteilsberechtigung. Muß aber hiernach eine weitere Erörterung der vorhin berührten Frage abgelehnt werden, so berechtigt der Inhalt des § 2309 doch sofort zu folgenden Feststellungen:

1. Ungeachtet des Vorhandenseins eines näheren Verwandten, der einen entfernteren Verwandten im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, ist es unter gewissen Voraussetzungen doch als möglich zu erachten, daß dem entfernteren Verwandten Pflichtteilsrecht zukommt.

2. Es ist nicht minder möglich, daß ein entfernterer Verwandter der bezeichneten Art neben dem näheren Verwandten pflichtteilsberechtigt ist.

3. Kommt dem näheren Verwandten in Gestalt des Pflichtteilsanspruchs oder dadurch, daß er das ihm vom Erblasser Hinterlassene angenommen hat, der volle Pflichtteil zu, so ist der entferntere Verwandte keinesfalls pflichtteilsberechtigt.

4. Trifft die unter Ziff. 3 bezeichnete Voraussetzung nicht zu, so kann sich der entferntere Verwandte als pflichtteilsberechtigt herausstellen. Der ihm gebührende Pflichtteil bleibt aber doch immer insoweit hinter dem vollen Pflichtteil zurück, als der nähere Verwandte den Pflichtteilsanspruch erheben kann oder als er durch Annahme des ihm vom Erblasser Hinterlassenen etwas aus dem Nachlaß erhält.

Die M. V S. 401 leiten die Begründung der dem § 2309 entsprechenden Bestimmung des E. I (§ 1983) mit den Worten ein: „Demselben Stamme darf nicht zweimal ein Pflichtteil gewährt werden". Der hiermit zum Ausdruck gebrachte Gedanke dürfte genauer dahin zu fassen sein, daß durch das unter Umständen ungeachtet des Vorhandenseins eines näheren Abkömmlings eintretende Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten keinesfalls eine größere Belastung des Nachlasses herbeigeführt werden soll, als welche eintreten würde, wenn dem näheren Abkömmling selbst der volle Pflichtteil gebührte.

In welcher Weise die Vorschrift des § 2309 bei den verschiedenen möglichen Gestaltungen praktisch eingreift, ist erst in der folgenden Erl. III festzustellen.

III. Durchführung der im § 2309 enthaltenen Grundsätze. Sie soll mit der Bemerkung eingeleitet werden, daß in der folgenden Darlegung derjenige Abkömmling, welcher die in § 2309 genannten entfernteren Verwandten bei eintretender gesetzlicher Erbfolge ausschließen würde, immer als A, der entferntere Verwandte (mag er nun ein entfernterer Abkömmling oder ein Elternteil sein) dagegen als E bezeichnet wird und daß, soweit nicht Abweichendes besonders gesagt ist, bei der gesetzlichen Erbfolge neben dem A bzw. neben dem E andere Personen (überlebender Ehegatte oder Verwandte des Erblassers) nicht in Betracht kommen.

1. Eine Pflichtteilsberechtigung des E kann ungeachtet des Vorhandenseins des A zunächst praktisch werden, wenn A durch Anordnung des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen ist. Diese Ausschließung kann man sich wieder in verschiedener Weise als erfolgt denken.

a) Der Erblasser hat es bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden lassen, von dieser aber nach Maßgabe des § 1938 den A ausgeschlossen. In Ansehung der Frage, wer bei dieser Lage tatsächlich zur gesetzlichen Erbfolge gelangt, tritt dieselbe Behandlung ein, wie wenn A schon vor dem Erbfall gestorben wäre (vgl. Erl. 2 zu § 1924). Gesetzlicher Erbe wird somit tatsächlich E. Allein damit ist noch nicht entschieden, daß E überhaupt oder gar daß er in voller Höhe des normalen Pflichtteils pflichtteilsberechtigt ist. Denn für die Beantwortung der Frage, wer von den in § 2303 genannten pflichtteilsberechtigten Verwandten in concreto pflichtteilsberechtigt ist, kommt es keineswegs darauf an, wer von ihnen tatsächlich zur gesetzlichen Erbfolge gelangt, sondern zunächst darauf, wer, abgesehen von der vom Erblasser angeordneten Ausschließung, zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würde. Diese Voraussetzung trifft aber für den A zu und für die pflichtteilsrechtliche Beurteilung bleibt somit A bei der angenommenen Sachlage noch immer ein solcher Abkömmling des Erblassers, der dem E bei der gesetzlichen Erbfolge, wie sie sich, abgesehen von der vom Erblasser an-

geordneten Ausschließung gestalten müßte, vorgehen würde (vgl. auch Langheineken S. 322, 337). Wie steht es also mit der Pflichtteilsberechtigung? Soweit nicht besondere, später hervorzuhebende Umstände vorliegen, ist A und nur er pflichtteilsberechtigt und zwar in der Art, daß er nach § 2303 in Ansehung des vollen Pflichtteils den Pflichtteilsanspruch erheben kann. Ob A diesen Anspruch auch geltend macht, ist gleichgültig; die bloße Unterlassung der Geltendmachung (und die dadurch etwa herbeigeführte Verjährung) des Anspruchs oder der vertragsmäßige Verzicht auf den Anspruch begründen für den E ein Pflichtteilsrecht nicht. Wegen besonderer Umstände kann jedoch die Pflichtteilsberechtigung des A ganz oder teilweise entfallen und sich dadurch nach § 2309 eine Pflichtteilsberechtigung des E ergeben. Auf diese Umstände ist jetzt genauer einzugehen.

α) Hat der Erblasser hinsichtlich des A außer der Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge auch noch eine wirksame Pflichtteilsentziehung ausgesprochen (vgl. §§ 2333—2337), so kann A den Pflichtteil nicht verlangen. Damit ist, wenn dem A auch sonst nichts hinterlassen ist, nach § 2309 die Voraussetzung für die volle Pflichtteilsberechtigung des E gegeben. Die praktische Bedeutung hiervon würde bei der vorausgesetzten Sachlage wesentlich darin bestehen, daß E, dafern ihm rücksichtlich der ihm als gesetzlichen Erben anfallenden Erbschaft Beschränkungen oder Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art auferlegt sind, die Erbschaft mit der Wirkung ausschlagen kann, daß ihm der Anspruch auf den vollen Pflichtteil erwächst (§ 2306 Abs. 1 Satz 2). Eine Modifikation würde dann eintreten, wenn der Erblasser dem A den Pflichtteil zur Strafe nur gekürzt (also nicht völlig entzogen) oder wenn er ihm nur ein Vermächtnis hinterlassen, im übrigen aber den Pflichtteil zur Strafe entzogen hätte. In dem ersten dieser Fälle würde A nur den gekürzten Pflichtteilsanspruch geltend machen können und E nur in Ansehung desjenigen Betrages pflichtteilsberechtigt sein (vgl. das Wort „insoweit" in § 2309), um welchen der gekürzte Pflichtteil des A geringer ist als der volle Pflichtteil des E. Die praktische Folge hiervon würde sein, daß E, wenn er die ihm mit Beschränkungen oder Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art angebotene gesetzliche Erbschaft ausschlägt, nur in Ansehung des vorbezeichneten Restbetrages den Pflichtteilsanspruch erheben könnte. In dem zweiten der vorerwähnten Fälle kommt es für die pflichtteilsrechtliche Stellung des E noch darauf an, ob A das ihm hinterlassene Vermächtnis annimmt, oder ausschlägt. Nimmt er an, so ist E wieder nur in Ansehung desjenigen Betrags pflichtteilsberechtigt, um welchen der Wert des Vermächtnisses hinter seinem vollen Pflichtteil zurückbleibt; schlägt A dagegen das Vermächtnis aus, so kommt dem E volles Pflichtteilsrecht zu. Die hiermit herausgestellten Ergebnisse dürfen als unbestritten bezeichnet werden.

Eine vom Erblasser bezüglich eines näheren Abkömmlings angeordnete Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht (§ 2338) löst ein Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten selbstverständlich nicht aus (Rspr. 7 S. 364).

β) Ist der dem A nach § 2303 erwachsene Pflichtteilsanspruch von einem nach § 2341 Anfechtungsberechtigten wegen Erbunwürdigkeit des A angefochten worden (§ 2345), so entsteht die Frage, ob nunmehr (obschon eine Erbunwürdigkeitserklärung nicht stattfindet und § 2344 nicht eingreift) E pflichtteilsberechtigt ist und daher durch Ausschlagung der ihm mit Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassenen gesetzlichen Erbschaft den vollen Pflichtteilsanspruch für sich auslösen kann. Dies wird von der herrschenden Meinung mit Recht bejaht. Anders Reier S. 17 (der sich aber daselbst Anm. 2 bezüglich des Falles, wo der Pflichtteilsanspruch wegen Erbunwürdigkeit angefochten wird, mit Unrecht auf Strohal beruft) und wie es scheint, Jacubezky S. 382 (wo behauptet wird, daß die Anfechtung des dem näheren Abkömmling zunächst zukommenden Pflichtteilsanspruchs wegen Erbunwürdigkeit für das Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten ohne Belang sei, aber doch zugleich wieder zweifelhaft bleibt, ob das auch gelten soll, wenn der nähere Abkömmling nach § 1938 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist). Ist die vorerwähnte Anfechtung des dem A zukommenden Pflichtteilsanspruchs unterblieben, so wird ein Pflichtteilsrecht für den E selbst dann nicht ausgelöst, wenn derjenige, welcher endgültiger Erbe wird, dem Pflichtteilsanspruch des A die nach §§ 2345, 2083 begründete peremptorische Einrede entgegengestellt (vgl. Strohal I § 50 Anm. 8; Langheineken S. 430); wegen des Mangels eines Pflichtteilsrechtes entsteht daher auch für den die gesetzliche Erbfolge wegen der ihm auferlegten Beschränkungen oder Beschwerungen ausschlagenden E kein Pflichtteilsanspruch.

γ) Hatte der in der angegebenen Weise von der Erbfolge ausgeschlossene A durch Erbverzichtsvertrag zwar nicht auf sein gesetzliches Erbrecht, aber doch auf sein Pflichtteilsrecht

verzichtet (vgl. § 2346 Abs. 2), so kommt ihm, obschon er abgesehen von der Anordnung des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würde, ein Pflichtteilsanspruch nicht zu. Abermals entsteht die Frage, ob der voraussetzungsgemäß unter Beschränkungen oder mit Beschwerungen zur gesetzlichen Erbfolge gelangende E pflichtteilsberechtigt ist und demgemäß durch Ausschlagung der Erbfolge den Anspruch auf den vollen Pflichtteil für sich zur Entstehung bringen kann. Die bisher überwiegende Meinung entscheidet die Frage dann bejahend, wenn E ein Abkömmling des A ist, auf den sich der Pflichtteilsverzicht des A im konkreten Falle nicht erstreckt, oder wenn er ein Elternteil des Erblassers ist, auf den sich der Verzicht des A keinesfalls erstrecken kann (vgl. Strohal, DeutPr. S. 40, Erbrecht I § 50 S. 437f.; Schiffner S. 23; Frommhold Anm. 2b zu § 2309; die bisherigen Auflagen dieses Kommentars; Cosack II § 413; Langheineken S. 344; Reier S. 42). Unsicher bleibt, inwieweit Herzfelder S. 649, 651 (§. 4) und Jacubezky S. 382 bei der hier vorausgesetzten Sachlage von der herrschenden Meinung abweichen wollen. Dernburg V § 109 Anm. 5 bemerkt ausdrücklich: „Beschränkt sich der Verzicht des näheren Abkömmlings auf sein Pflichtteilsrecht, behält er also sein gesetzliches Erbrecht, so kann unseres Erachtens der Entferntere ein gesetzliches Erbrecht nicht beanspruchen, also auch kein Pflichtteilsrecht." Allein damit ist weder ein durchschlagender Grund gegen die Entscheidung der herrschenden Lehre gegeben, noch auch nur eine Lösung des konkreten Falles, der mit dem völlig zweifellosen Falle unter α gemein hat, daß der nicht pflichtteilsberechtigte A zur gesetzlichen Erbfolge, zu der er, abgesehen von der Anordnung des Erblassers, gelangen würde, tatsächlich nicht gelangt. Trotzdem dürfte aber gegen die bisher überwiegende Meinung ein Argument aus dem Wesen des bloßen Pflichtteilsverzichts abgeleitet werden können. Wer durch Erbverzicht nicht auf sein gesetzliches Erbrecht, sondern lediglich auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet, will normalerweise durch den Verzicht nur die Verfügungsfreiheit des Erblassers vergrößern und somit nicht ein fremdes Pflichtteilsrecht erweitern oder gar erst zur Entstehung bringen (vgl. Pfaff-Hofmann, Exkurse über österr. bürg. R. II S. 44; Schiffner S. 24 Anm. 20; Strohal, DeutPr. S. 41 Anm. 21). Bei der Beurteilung der pflichtteilsrechtlichen Stellung anderer Personen steht danach derjenige, welcher lediglich auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet (sowie derjenige, auf welchen sich dieser Verzicht erstreckt), dafern er zur Zeit des Erbfalls noch lebt, einem in concreto Pflichtteilsberechtigten gleich, der von seinem Pflichtteilsrechte tatsächlich keinen Gebrauch macht. Auf Grund dieser Erwägung, die durch § 2309 völlig unberührt bleibt, ist also dem E im Falle γ ein Pflichtteilsrecht nicht zuzusprechen.

b) Der Erblasser hat von der gesetzlichen Erbfolge, bei der er es sonst bewenden läßt, sowohl den A als auch den E ausgeschlossen. Normalerweise erwächst hier für den A der Pflichtteilsanspruch, während E nicht pflichtteilsberechtigt ist. Auch hier sind aber wieder Modifikationen möglich:

α) Liegt bezüglich des A die unter aα angenommene Voraussetzung in der Weise vor, daß A aus dem Nachlaß auch nichts erhält, so hat E den Anspruch auf den vollen Pflichtteil. Hat dagegen A in Gestalt eines vom Erblasser zur Strafe gekürzten Pflichtteilsanspruchs oder eines von ihm angenommenen Vermächtnisses etwas aus dem Nachlaß erhalten, so kommt dem E ein entsprechend geminderter Pflichtteilsanspruch zu.

β) Erfolgt bezüglich des A wegen dessen Erbunwürdigkeit die Anfechtung des ihm zunächst erwachsenen Pflichtteilsanspruchs, so wird dadurch für den E der Anspruch auf den vollen Pflichtteil begründet.

γ) Ist die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs in der Person des A durch dessen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht ausgeschlossen, so gilt das unter aγ Gesagte auch hier.

c) Der Erblasser hat in Ansehung des ganzen Nachlasses den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge dadurch ausgeschlossen, daß er einen Fremden F, der die Erbschaft auch annimmt, als Alleinerben eingesetzt hat. Unter normalen Verhältnissen ist A und nur er pflichtteilsberechtigt. Liegt jedoch einer der besonderen Umstände vor, die bei a und b unter α und β bezeichnet worden sind, so wendet die herrschende Lehre mit Recht § 2309 an und gelangt so zu denselben Ergebnissen wie sie bei b unter α, β herausgestellt sind. A. Ansicht ist nur Jacubezky S. 382. Er meint, daß es für die pflichtteilsrechtliche Stellung des E einen wesentlichen Unterschied mache, ob der Erblasser den A nach § 1938 „von der gesetzlichen Erbfolge" ausgeschlossen oder den Ausschluß des A durch Einsetzung eines Fremden als Alleinerben derart vollzogen habe, daß es zur gesetzlichen Erbfolge überhaupt nicht kommt. Nur in jenem Falle könne nach § 2309 die Pflichtteils-

berechtigung des E praktisch werden, keineswegs dagegen in diesem Falle. Dies soll sich daraus ergeben, daß der A nur im Falle seiner Ausschließung „von der gesetzlichen Erbfolge" nach § 1938 hinsichtlich der Frage, wer nunmehr zur gesetzlichen Erbfolge gelange, als vor dem Erbfalle gestorben anzusehen sei, während dies nicht zutreffe, wenn die Ausschließung des A von der Erbfolge durch Einsetzung eines Fremden erfolgt ist. Diese Begründung ist aber schon deshalb nicht stichhaltig, weil die Fiktion, daß der nach § 1938 von der gesetzlichen Erbfolge Ausgeschlossene als vor dem Erbfall gestorben gilt, wie bereits oben unter a (a. Anf.) dargelegt wurde, nur für die Frage von Bedeutung ist, wer bei der tatsächlich eintretenden gesetzlichen Erbfolge erbt. Für die pflichtteilsrechtliche Beurteilung ist dagegen in beiden von Jacubezky einander gegenübergestellten Fällen A derjenige, welcher bei der durch die Anordnung des Erblassers unbeeinflußten gesetzlichen Erbfolge zunächst als gesetzlicher Erbe berufen sein würde. Die Entscheidung der Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit trotzdem der E pflichtteilsberechtigt ist, wird daher auch für beide Gestaltungen in völlig gleicher Weise getroffen werden müssen. Die abweichende Auffassung Jacubezkys würde übrigens auch sachlich zu einem völlig unbefriedigenden Ergebnisse führen. Denn ihr zufolge würde ein Erblasser, der dem A den Pflichtteil zur Strafe entziehen und dabei zugleich auch eine Belastung des Nachlasses mit einem Pflichtteil für den E vermeiden will, dieses Ziel einfach dadurch erreichen, daß er dem A den Pflichtteil nach Maßgabe des § 2336 entzieht und in Ansehung des ganzen Nachlasses einen gewillkürten Erben beruft. Würde der Erblasser dagegen so unvorsichtig sein, den A in Verbindung mit der ausgesprochenen Entziehung des Pflichtteils nach Maßgabe von § 1938 von der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen und dem hiernach zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden E Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art aufzuerlegen, so brauchte E den gesetzlichen Erbteil nur auszuschlagen, um sich dadurch den Anspruch auf den vollen Pflichtteil zu verschaffen.

2. Ein Pflichtteilsrecht des E kann unter Umständen auch existent werden, wenn der Erblasser den A von der Erbfolge nicht ausgeschlossen hat.

a) Der Erblasser läßt es im allgemeinen bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden, schließt von derselben jedoch den E aus.

α) A schlägt die gesetzliche Erbschaft aus. Wer ist nun pflichtteilsberechtigt, A oder E? Die Entscheidung hängt von den Umständen ab. War die gesetzliche Erbschaft dem A ohne Beschwerungen oder Beschränkungen hinterlassen, so löst er durch die Ausschlagung für sich einen Pflichtteilsanspruch nicht aus (vgl. Erl. 4a zu § 2306). Demgemäß kommt nach § 2309 der Anspruch auf den vollen Pflichtteil nunmehr dem E zu. Anders verhält es sich, wenn dem A hinsichtlich der von ihm ausgeschlagenen gesetzlichen Erbschaft Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art auferlegt waren. In diesem Falle kommt der Pflichtteilsanspruch regelmäßig dem A selbst zu. Anders aber wieder dann, wenn A deshalb nicht pflichtteilsberechtigt ist, weil der Erblasser mit Rücksicht auf eine Verfehlung des A (§ 2333) nach Maßgabe von § 2336 bestimmt hat, daß A sich die ihm auferlegten Beschränkungen oder Beschwerungen gefallen lassen müsse, widrigenfalls ihm der Pflichtteil völlig entzogen werde, oder wenn der vom A nach der Ausschlagung des Erbteils geltend gemachte Pflichtteilsanspruch wegen Erbunwürdigkeit angefochten worden ist. Bei Vorhandensein einer dieser Voraussetzungen würde der Anspruch auf den vollen Pflichtteil dem E zustehen. Eine Minderung könnte dieser Anspruch jedoch im ersten Falle (denn im zweiten würde voraussichtlich auch der Vermächtnisanspruch des A wegen dessen Erbunwürdigkeit angefochten werden) dann erfahren, wenn sich unter den auf die Erbschaft gelegten Beschränkungen auch ein für den A selbst ausgesetztes und von ihm angenommenes Vermächtnis befände. Diese Entscheidungen entsprechen auch der allgemeinen Meinung.

β) Nimmt A die gesetzliche Erbschaft an, so kommt ein Pflichtteilsanspruch für ihn überhaupt nicht in Frage und in aller Regel auch nicht ein solcher für den E. Zweifelhaft wird die Entscheidung nur dann, wenn A mangels einer Pflichtteilsberechtigung nicht in der Lage war, durch Ausschlagung der gesetzlichen Erbschaft den Pflichtteilsanspruch für sich zur Entstehung zu bringen und sich somit die ihm auferlegten Beschränkungen oder Beschwerungen gefallen lassen mußte. Dies trifft zu, wenn der Erblasser bezüglich des A bestimmt hatte, daß er diesem zwar die Möglichkeit eröffne, die gesetzliche Erbschaft mit den auferlegten Beschränkungen oder Beschwerungen anzunehmen, demselben aber im übrigen das Recht auf den Pflichtteil zur Strafe entziehe. Hier (bezüglich des Falles, wo A durch Erbverzicht lediglich sein Pflichtteilsrecht aufgegeben hatte, vgl. oben S. 790f. unter γ) wird man zu entscheiden haben, daß E insoweit pflicht-

teilsberechtigt ist und somit den Pflichtteilsanspruch erheben kann, als der effektive Wert der dem A hinterlassenen und von ihm angenommenen gesetzlichen Erbschaft hinter dem vollen Pflichtteil des E zurückbleibt. Beispiel: Wert des reinen Nachlasses 20000, der in Betracht kommende Pflichtteil daher 10000. Die von A angenommene Erbschaft ist mit einem Vermächtnis von 18000 belastet, so daß A praktisch nur einen Wert von 2000 erhält. E kann somit 8000 als Pflichtteil verlangen. So Strohal I S. 433, 437, Cosack II § 413 bei Anm. 14. Anders jedoch Herzfelder S. 650 und wohl auch Reier S. 18, mit der Begründung, daß E im vorausgesetzten Falle deshalb nicht pflichtteilsberechtigt sein könne, weil er nicht erst durch die Anordnung des Erblassers, sondern schon durch das Vorhandensein des A von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sei. Darüber, daß diese Erwägung nicht durchschlagend ist, vgl. jedoch die folgende Ausführung unter c α und d. Sachlich spricht für die obige Entscheidung, daß E in Ansehung von 8000 jedenfalls pflichtteilsberechtigt sein würde, wenn der Erblasser den A von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und ihn nur mit einem (auch angenommenen) Vermächtnis von 2000 bedacht hätte. Mit Rücksicht hierauf bleibt unerfindlich, warum es — denn darauf führt die Gegenmeinung — in das Belieben des Erblassers gestellt sein soll, die Belastung des Nachlasses mit dem Pflichtteilsanspruch des E einfach dadurch in Wegfall zu bringen, daß er seine Verfügung so einrichtet, wie im Beispielsfall angenommen ist.

b) Am Tatbestande unter a soll nur die Änderung vorgenommen werden, daß der Erblasser den A zur gesetzlichen Erbfolge zwar zugelassen, dessen Erbteil aber unter die Hälfte des gesetzlichen Erbteils herabgesetzt hat, so daß in Ansehung des Restes gesetzliche Erbfolge zugunsten der erst nach dem von der gesetzlichen Erbfolge völlig ausgeschlossenen E in Betracht kommenden gesetzlichen Erben eintritt.

α) Schlägt A aus, so kann ihm selbst der Pflichtteilsanspruch keinesfalls über den Betrag hinaus zukommen, um welchen der Wert des Erbteils hinter der Hälfte des Wertes der ganzen Erbschaft zurückbleibt. Aber auch dieses beschränkte Verlangen ist ausgeschlossen, wenn dem A der Pflichtteilsanspruch zur Strafe entzogen ist (vgl. übrigens noch die Ausführung bei a α auf S. 792). Soweit A den Pflichtteil nicht verlangen kann, ist aber zu diesem Verlangen nach § 2309 der E berechtigt.

β) Nimmt A an, so steht der Pflichtteilsrestanspruch regelmäßig ihm selbst zu; dem E kommt dieser Anspruch jedoch dann zu, wenn er dem A aus dem unter α bezeichneten Grunde nicht zusteht. Zu erwägen bleibt jedoch noch, ob der Pflichtteilsrestanspruch des E nicht dann eine Erhöhung erfahren kann, wenn der Wert des dem nicht pflichtteilsberechtigten A teilweise belassenen gesetzlichen Erbteils durch vom Erblasser auferlegte Beschränkungen oder Beschwerungen noch weiter gemindert ist. Im Falle der Pflichtteilsberechtigung des A würden diese Beschränkungen und Beschwerungen zwar nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 als weggefallen zu betrachten sein. Dieser Wegfall tritt aber natürlich nicht ein, wenn dem A aus dem unter α angegebenen Grunde die Pflichtteilsberechtigung fehlt. Nach Maßgabe des unter Ziff. 2a β Gesagten wird daher der von A angenommene gekürzte gesetzliche Erbteil auch hier nur mit seinem effektiven Werte anzusetzen sein und sich der Pflichtteilsrestanspruch des E dementsprechend erhöhen.

c) Der Erblasser hat den A testamentarisch als Alleinerben und einen Fremden F als Ersatzerben eingesetzt.

α) Schlägt A aus und wird F endgültiger Erbe, so kann A selbst nur unter denselben Voraussetzungen den Pflichtteilsanspruch erheben wie im Falle unter Ziff. 2a α (S. 792), also nur dann, wenn die Erbschaft mit Beschränkungen oder Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art hinterlassen war und wenn außerdem in der Person des A nicht ein besonderer Umstand vorliegt, der ihn vom Pflichtteilsanspruch ausschließt. Kann der ausschlagende A (abgesehen von dem besonders zu beurteilenden Falle des auf das Pflichtteilsrecht beschränkten Erbverzichts, vgl. die Ausführung auf S. 790 f. unter γ) den Pflichtteil nicht verlangen, so ist zu diesem Verlangen der E berechtigt. So die weitaus überwiegende Meinung, die in diesem Falle auch von Herzfelder S. 649 f. geteilt wird.

Eine eigentümliche Schwierigkeit entsteht jedoch hier für diejenigen Schriftsteller, welche wie Reier S. 10 und Jacubezky S. 282 ein Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge, eventuell der Eltern des Erblassers bei Vorhandensein eines Abkömmlings, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, nur anerkennen wollen, wenn „ein Umstand vorliegt, wegen dessen dieser Abkömmling im Falle der gesetzlichen Erbfolge als nicht vorhanden gilt, wie wenn er vor dem Eintritt des Erbfalls gestorben wäre." Ein solcher Umstand

liegt bei der hier besprochenen Gestaltung offenbar nicht vor. Denn von einer bezüglich des A erfolgten Erbunwürdigkeitserklärung ist keine Rede; mit der Annahme, daß A durch die Ausschlagung der testamentarischen Berufung auch die eventuelle Berufung als gesetzlicher Erbe ausgeschlagen habe, kann (ganz abgesehen davon, daß in unserem Falle eine Berufung zur gesetzlichen Erbfolge gar nicht in Frage kommt,) jedenfalls dann nicht operiert werden, wenn A seine Ausschlagung auf den zunächst allein vorliegenden Berufungsgrund beschränkt hat (ausdrücklich anerkannt von Reier S. 45); endlich ist auch der Tatbestand der Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge im Sinne des § 1938 nicht gegeben, da im Testament für den Fall, als alle testamentarischen Einsetzungen erfolglos bleiben sollten, in die regelmäßige Ordnung der gesetzlichen Erbfolge nicht eingegriffen ist. Die Lage ist also so beschaffen, daß bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zu ihr unmittelbar der A und nicht der E berufen sein würde; trotzdem kann nach obiger Ausführung E pflichtteilsberechtigt sein. Gibt man dies zu, so stellt sich der theoretische Ausgangspunkt der von Reier und Jacubezky vertretenen Auffassung (der auch Herzfelder zuneigt, obschon er sie nicht konsequent durchführt) als unhaltbar heraus. Spricht man dem E dagegen ein Pflichtteilsrecht ab, so gelangt man zu dem unleidlichen Ergebnis, daß es, wenn A die ihm angebotene Erbfolge ausschlägt, für die Entscheidung der Frage, ob E pflichtteilsberechtigt wird, von wesentlicher Bedeutung sein soll, ob A als gesetzlicher oder als gewillkürter Erbe berufen war.

β) Nimmt A die ihm testamentarisch hinterlassene Erbschaft an, so ergeben sich dieselben Entscheidungen wie im Falle 2a *β* (S. 792).

d) Der Erblasser hat den A testamentarisch auf einen Erbteil eingesetzt, der kleiner ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und außerdem bestimmt, daß ein Fremder F den Rest der Erbschaft erhalten und beim Wegfall des A überdies noch dessen Ersatzerbe sein soll. Durch die zuletzt erwähnte Anordnung wird bewirkt, daß § 2069 zugunsten des E auch dann nicht eingreift, wenn dieser ein Abkömmling des A ist. Bezüglich der Frage, ob und inwieweit A oder E oder beide nebeneinander einen Pflichtteilsanspruch haben, sind dieselben Entscheidungen zu treffen wie bei 2b *α* und *β* (S. 793). Von denselben mag nur eine besonders hervorgehoben werden. Schlägt A den Erbteil aus, so kann ihm nach § 2305 ein Pflichtteilsanspruch nur mehr in Ansehung desjenigen Betrages zukommen, um welchen der Wert des ausgeschlagenen Erbteils hinter dem vollen Pflichtteil zurückbleibt. Soweit dem A aber danach der Pflichtteilsanspruch nicht zusteht, kommt er dem E zu. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß A seine Ausschlagung auf den aus der testamentarischen Einsetzung sich ergebenden Berufungsgrund beschränkt hat. Der Fall ist deshalb charakteristisch, weil er abermals herausstellt, daß E, obschon bei eintretender gesetzlicher Erbfolge nicht er, sondern A unmittelbar berufen sein würde, ein Pflichtteilsrecht haben kann.

IV. In der Erörterung unter III ist mehrfach hervorgehoben worden, daß E auf Grund des § 2309 einen um den Wert desjenigen, was der nicht pflichtteilsberechtigte A aus dem Nachlaß erhalten hat, geminderten Pflichtteilsanspruch haben kann. Für die Berechnung dieses Wertes gilt eine besondere Bestimmung nicht, insbesondere nicht die des § 2307 Abs. 1 Satz 2 a. E., da sie zur Voraussetzung hat, daß der Empfänger der mit Beschränkungen oder Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art hinterlassenen Zuwendung pflichtteilsberechtigt ist. Trifft dies nicht zu, so ist das dem A Hinterlassene und von ihm Angenommene dem effektiven Werte nach (und somit unter Berücksichtigung der durch die Beschränkungen oder Beschwerungen herbeigeführten Wertminderung) abzuschätzen und bei der Ermittelung des dem E gebührenden Pflichtteilsanspruchs nur in dieser Höhe als Abzugsposten in Rechnung zu stellen (so auch Strohal DeutPr. S. 35, Erbrecht I S. 435 f., Cosack II § 413 und überhaupt die überwiegende Meinung). Wollte man dagegen bei der Bewertung des dem nicht pflichtteilsberechtigten A Hinterlassenen die diesem auferlegten Beschränkungen oder Beschwerungen unberücksichtigt lassen, so würde man z. B. in einem Falle, wo der Erblasser sowohl den A als auch den E von der Erbfolge ausgeschlossen und hinsichtlich des A überdies noch die Entziehung des Pflichtteils zur Strafe ausgesprochen hat, zu dem merkwürdigen Ergebnisse gelangen, daß E dann keinen Pflichtteilsanspruch hat, wenn dem A ein von diesem auch angenommenes, dem Werte nach dem vollen Pflichtteil gleichkommendes und mit einem Untervermächtnis von gleicher Höhe belastetes Vermächtnis hinterlassen ist. Bedenken gegen die oben vertretene Auffassung erheben aber trotzdem Langheineken S. 426 ff. und Reier S. 25 ff.

V. Wegen des Verhältnisses des § 2309 zu §§ 2310, 2315, 2316 vgl. die Erl. zu den genannten Bestimmungen.

§. 2310. Bei der Feststellung des für die Berechnung des Pflichttheils maßgebenden Erbtheils werden diejenigen mitgezählt, welche durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sind oder die Erbschaft ausgeschlagen haben oder für erbunwürdig erklärt sind. Wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wird nicht mitgezählt.

---

§ 2310.

E. I § 1984; II § 2176 rev. § 2284; III § 2283. M. I S. 10191 ff., 10274, 11381 f.; M. V S. 403 ff. P. II Bd. 5 S. 513 ff., 611 ff. D. S. 740.

1. **Gegenstand der Regelung.** Die Vorschriften des § 2310 beziehen sich auf Fälle, wo bei der der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legenden gesetzlichen Erbfolge *mehrere Personen nebeneinander berufen sein würden*. Da der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des auf den Pflichtteilsberechtigten entfallenden gesetzlichen Erbteils besteht, so ergibt sich *die Frage, welche Personen bei der Feststellung dieses Erbteils* als Miterben in Ansatz zu bringen, d. h. *mitzuzählen sind*. **Satz 1** entscheidet in Übereinstimmung mit E. I (§ 1984), daß mitzuzählen ist, wer durch den Erblasser von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wer die Erbschaft ausgeschlagen hat und wer für erbunwürdig erklärt ist (wegen der dafür maßgebenden Gründe vgl. P. II Bd. 5 S. 514). **Satz 2** bestimmt dagegen abweichend vom E. I, daß derjenige, *welcher* (nicht bloß auf sein Pflichtteilsrecht, sondern auch) *auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, sowie derjenige, welcher von der gesetzlichen Erbfolge deswegen ausgeschlossen ist, weil sich der Verzicht auch auf ihn erstreckt* (§ 2349), *nicht mitzuzählen ist*. Für diese Behandlung war vorzugsweise die Erwägung maßgebend, daß der Verzicht regelmäßig gegen eine Abfindung erfolgt, durch welche der Nachlaß vermindert wird, daß daher zur Ausgleichung dieser Verminderung hier eine Erweiterung des Erbrechts der Familie, nicht der Verfügungsbefugnis des Erblassers, angemessen erscheint. Ob der Erbverzicht im konkreten Falle wirklich gegen eine Abfindung oder ohne Entgelt erfolgt ist, begründet jedoch ungeachtet der eben erwähnten gesetzgeberischen Erwägung für die Anwendung des Satz 2 keinen Unterschied (vgl. übrigens auch noch § 2316 Abs. 1 Satz 2).

Die Vorschriften des § 2310 gelten für *Pflichtteilsberechtigte jeder Art*, mithin ohne Unterschied, ob der Wegfallende ein Abkömmling, der Vater, die Mutter oder der Ehegatte des Erblassers ist.

2. **Der Grundgedanke** des § 2310 läßt sich dahin ausdrücken, daß bei der daselbst bezeichneten Feststellung *alle Personen mitzuzählen sind, die bei der durch Verfügung von Todes wegen unbeeinflußten gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sein würden*. Ob gesetzliche Erbfolge wirklich eintritt, ist gleichgültig, und gleichgültig ist auch, wie sich die wirklich eintretende gesetzliche Erbfolge bezüglich derjenigen Personen, welche in der angegebenen Weise berufen sein würden, tatsächlich gestaltet. Da die durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge Ausgeschlossenen bei dieser keinesfalls berufen sein würden, werden sie nicht mitgezählt.

Bezüglich *der einzelnen Gruppen von Personen, die mitgezählt werden*, ist noch zu bemerken:

a) Es wird mitgezählt, wer bei der tatsächlich eintretenden gesetzlichen Erbfolge nur infolge einer vom Erblasser *nach* § 1938 *angeordneten Ausschließung* nicht miterbt. Hat der Erblasser einzelne oder alle gesetzlichen Erben durch Einsetzung anderer Personen als Erben von der Erbfolge ausgeschlossen, so wird hierdurch daran nichts geändert, daß jeder in solcher Weise Ausgeschlossene bei eintretender gesetzlicher Erbfolge doch berufen sein würde. Der Ausgeschlossene wird also auch in diesem Falle im Sinne des § 2310 mitgezählt. Mit der Ausschließung eines gesetzlichen Erben von der Erbfolge kann bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen dafür (vgl. §§ 2333—2337) die Entziehung des Pflichtteils zur Strafe verbunden sein. Mag nun im konkreten Falle eine solche Entziehung ausgesprochen sein oder nicht, so bleibt es doch immer bei der Mitzählung des von der Erbfolge Ausgeschlossenen (anders mit Unrecht Endemann III § 130 Anm. 13).

b) Ein seinen *gesetzlichen Erbteil ausschlagender Miterbe* wird, obschon er für die weitere wirkliche Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge so behandelt wird, wie wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte (§ 1953 Abs. 2), mitgezählt, gleichviel ob er infolge dieser Ausschlagung sein Pflichtteilsrecht einbüßt oder nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 den Pflichtteilsanspruch für sich aus-

löst. Da selbst der seinen gesetzlichen Erbteil Ausschlagende mitgezählt wird, so muß dasselbe um so mehr für denjenigen gesetzlichen Erben gelten, welcher lediglich einen ihm durch Verfügung von Todes wegen hinterlassenen Erbteil ausschlägt.

c) Obschon die auf die Mitzählung des für erbunwürdig erklärten Miterben sich beziehende Bestimmung vorzugsweise den Fall im Auge hat, daß es tatsächlich zur gesetzlichen Erbfolge gekommen ist und daß der Erbunwürdige infolge der Erbunwürdigkeitserklärung aus der Reihe der tatsächlich zur gesetzlichen Erbfolge Gelangenden ausscheidet, so versteht sich das von selbst, daß der für erbunwürdig Erklärte bei der nach § 2310 vorzunehmenden Feststellung um so mehr dann mitgezählt werden muß, wenn die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit wegen eines an den Unwürdigen auf Grund einer Verfügung von Todes wegen erfolgten Anfalls eines Erbteils stattgefunden hat.

d) Wer durch Erbverzicht nicht auf das gesetzliche Erbrecht, sondern nur auf das Pflichtteilsrecht verzichtet hat (§ 2346 Abs. 2), wird bei der Feststellung nach § 2310 mitgezählt, da er ja in diesem Falle überhaupt nicht aus der Zahl der gesetzlichen Erben ausscheidet.

3. Solange die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, ist auch die Höhe des Pflichtteils noch ungewiß. Die Geltendmachung des Pflichtteilsrechts ist jedoch nicht schlechthin bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen, vielmehr steht das Hindernis nur so weit entgegen, als es die Höhe der Erbteile und damit der Pflichtteile ins Ungewisse stellt (vgl. Erl. 1 zu § 2043).

4. Distributive Methode bei der Pflichtteilsberechnung. Mögliche Einwirkung des § 2309. Die Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge kann es mit sich bringen, daß zu den nach § 2310 mitzuzählenden Personen auch solche gehören, die als Pflichtteilsberechtigte unter allen Umständen nicht in Betracht kommen, so z. B. wenn mit einem Elternteil oder mit dem überlebenden Ehegatten die Geschwister des Erblassers oder Abkömmlinge von Geschwistern zusammentreffen würden. Eine andere Möglichkeit ist, daß von mehreren der im § 2303 als grundsätzlich pflichtteilsberechtigt bezeichneten Personen, die bei der gesetzlichen Erbfolge zusammentreffen würden, einzelne aus besonderem Grunde nicht pflichtteilsberechtigt sind. Infolge der nach § 2310 für jeden einzelnen in concreto Pflichtteilsberechtigten (nach der sog. distributiven Methode) besonders und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Pflichtteilsrechts der übrigen vorzunehmenden Berechnung kann der einem Pflichtteilsberechtigten zukommende Pflichtteil niemals dadurch eine Erhöhung erfahren, daß ein anderer, der bei der gesetzlichen Erbfolge miterben würde, nicht pflichtteilsberechtigt ist.

Einzelnes:

a) Denkt man sich z. B., daß bei eintretender gesetzlicher Erbfolge ein Sohn des Erblassers und der überlebende Ehegatte nebeneinander erben würden, ferner, daß der Erblasser seinem Sohn den Pflichtteil zur Strafe entzogen und einen Fremden als Alleinerben eingesetzt hat, so würde der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten doch nicht mehr als den Wert von $^1/_8$ des Nachlasses betragen. Da der Sohn nicht pflichtteilsberechtigt ist, so kann das Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten in Wirksamkeit treten. Ist der in Betracht kommende entferntere Verwandte ein Abkömmling des Sohnes, so beträgt dessen Pflichtteil höchstens den Wert von $^3/_8$ des Nachlasses, möglicherweise aber auch (vgl. Erl. II 4 zu § 2309) einen dahinter noch zurückbleibenden Betrag. Ist ein entfernterer Abkömmling nicht vorhanden, wohl aber als einziger Verwandter zweiter Ordnung der Vater des Erblassers, so muß bei der Berechnung des diesem gebührenden Pflichtteils nach § 2310 in Rücksicht gezogen werden, daß der gesetzliche Erbteil des Vaters des Erblassers, wenn dieser neben dem überlebenden Ehegatten zur Erbfolge gelangte, nicht $^3/_4$, sondern nur $^1/_2$ des Nachlasses betragen würde, und der dem Vater zukommende Pflichtteil sich also auf den Wert von $^1/_4$ des Nachlasses beläuft. Bezüglich des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten bleibt es dagegen dabei, daß er nicht höher ist als der Wert von $^1/_8$ des Nachlasses, da für die Berechnung dieses Pflichtteils der nicht pflichtteilsberechtigte Sohn mitgezählt wird (vgl. Strohal, DeutPr. S. 13 ff., Erbrecht I, § 51 bei Anm. 5; das Ergebnis ist jetzt unbestritten). Gleichfalls nur $^1/_8$ des Wertes des nach Abzug des Voraus verbleibenden (§ 2311) Nachlasses würde übrigens der Pflichtteil des Vaters (nach § 2310) dann betragen, wenn dieser bei der gesetzlichen Erbfolge nicht nur neben dem überlebenden Ehegatten, sondern auch neben einem Bruder des Erblassers, der an Stelle seiner vorverstorbenen Mutter getreten ist, zur Erbfolge gelangen würde. Wegen der Minderung, die der Pflichtteil des Vaters deswegen erfahren kann, weil der nicht pflichtteilsberechtigte Sohn etwas aus dem Nachlaß erhalten hat, vgl. auch hier Erl. II 4 zu § 2309.

§. 2311. Der Berechnung des Pflichttheils wird der Bestand und der Werth des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zu Grunde gelegt. Bei der Berechnung des Pflichttheils der Eltern des Erblassers bleibt der dem überlebenden Ehegatten gebührende Voraus außer Ansatz.

Der Werth ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln. Eine vom Erblasser getroffene Werthbestimmung ist nicht maßgebend.

---

b) Teilweise anders als in dem unter a besprochenen Falle ist die Sachlage zu beurteilen, wenn man annimmt, daß bei eintretender normaler gesetzlicher Erbfolge außer dem überlebenden Ehegatten zwei Söhne des Erblassers, A und B, berufen sein würden, daß alle diese Personen durch Einsetzung eines extraneus von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sind und daß dem Sohne B zur Strafe auch das Recht auf den Pflichtteil entzogen ist. Der Pflichtteil des Ehegatten beläuft sich auch hier auf den Wert von $^1/_8$, der Pflichtteil des Sohnes A auf den Wert von $^3/_{16}$ des Nachlasses. Ist ein Abkömmling des B vorhanden, so kann nach § 2309 auch dieser den Pflichtteilsanspruch in Höhe des Wertes von $^3/_{16}$ des Nachlasses (wovon aber möglicherweise ein Abzug zu machen ist; vgl. die Ausführung unter a) erheben. Fraglich ist aber, ob, wenn ein Abkömmling des B nicht vorhanden ist, der vorhandene Vater des Erblassers den Pflichtteilsanspruch in gleicher Höhe geltend machen kann, in der ein vorhandener Abkömmling ihn erheben könnte. Diese Frage wird zu verneinen sein (anders noch Strohal I § 51 Anm. 4 unter Betonung der Zweifelhaftigkeit; desgleichen die früheren Auflagen dieses Kommentars; ferner Cosack II § 111 Anm. 2 der früheren Auflagen, während der Fall in der 4. Auflage nicht besonders hervorgehoben ist; Langheineken S. 420). Der Grund für diese Entscheidung ist, daß der Vater des Erblassers nur bei Nichtvorhandensein von Abkömmlingen desselben zur gesetzlichen Erbfolge gelangen könnte. Nun ist es freilich möglich, daß ein entfernterer Verwandter unter besonderen Umständen pflichtteilsberechtigt sein kann, obschon ein näherer Verwandter vorhanden ist, der jenen bei eintretender gesetzlicher Erbfolge ausschließen würde Allein ein Absehen von dem Vorhandensein des näheren Abkömmlings zugunsten des entfernteren Verwandten findet in den bisher nachgewiesenen Fällen doch nur dann statt, wenn der nähere Abkömmling, der den entfernteren bei der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, des Pflichtteilsrechtes darbt. Im vorliegenden Falle trifft dies zwar in Ansehung des Sohnes B zu, nicht dagegen bezüglich des A. Ein Pflichtteilsrecht eines Pflichtteilsberechtigten der zweiten Ordnung der gesetzlichen Erbfolge scheint aber nur in Frage kommen zu können, wenn überhaupt kein Abkömmling des Erblassers vorhanden oder doch keiner der vorhandenen pflichtteilsberechtigt ist.

§ 2311.

G. I § 1985, § 1986 Abs. 1, 2, § 1987; II § 2177 rev. § 2285; III § 2284.
M. I G. 10139 ff., 10197 ff., 10204 f., 11207, 11210; M. V G. 405 ff. M. II Bd. 5 G. 518. D. G. 748.

Amelunxen, Die Pflichtteilsberechnungen und die Praxis, ElsLothNotZ. 27 S. 6.

1. Die §§ 2311—2314 enthalten Vorschriften über die **Veranschlagung des Nachlasses**, die der Berechnung des Pflichtteils voraufgehen muß. Da der Pflichtteilsanspruch ein Geldanspruch ist, der dem Werte eines Bruchteils des Nachlasses entspricht, bedarf es zunächst der Festsetzung eines Zeitpunkts, nach welchem sich der zugrunde zu legende Bestand und Wert des Nachlasses bemißt. Als solcher wird im § 2311 Abs. 1 der Erbfall bestimmt, der nach § 2001 auch für den Inhalt des vom Erben zu errichtenden Inventars maßgebend ist. An späteren Vermehrungen oder Wertsteigerungen des Nachlasses hat der Pflichtteilsberechtigte keinen Anteil, andererseits trägt er die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung nicht bzw. nur insoweit, als bei beschränkter Haftung des Erben die Verwirklichung (nicht der Bestand) seines Anspruchs durch die Verringerung des Nachlasses beeinträchtigt werden kann. Für die Art der Wertermittelung wird im § 2311 Abs. 2 ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt (Erl. 3), der für den Fall der Übernahme eines Landguts durch einen pflichtteilsberechtigten Miterben im § 2312 eine Modifikation erfährt. Im § 2313 werden Vorschriften über die Behandlung bedingter oder sonst ungewisser Rechte und Verbindlichkeiten gegeben. Der § 2314 gewährt dem Pflichtteilsberechtigten einen Anspruch auf Auskunft und gewisse sonstige Sicherheiten für die Zuverlässigkeit der Ermittelung des Bestandes und Wertes.

Wegen der Berechnung des Pflichtteils in den Fällen der fortgesetzten GG. s. Erl. II 1a zu § 1483, Erl. 6, 7e zu § 1511.

2. Über den Bestand des Nachlasses ist folgendes zu sagen:

a) Rechtsverhältnisse, die infolge des Erbganges durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschen sind, müssen für die Berechnung des Pflichtteils als nicht erloschen angesehen werden. Dies ist zwar nicht besonders ausgesprochen, ist aber aus § 1976, § 1981 Abs. 2 zu folgern (Schiffner S. 29 Anm. 7).

b) Gehört zum Nachlaß eine dem Erblasser angefallene Erbschaft, hinsichtlich deren das Recht zur Ausschlagung auf den Erben übergegangen ist, oder ein dem Erblasser angefallenes, aber noch nicht angenommenes Vermächtnis, so steht die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung lediglich dem Erben zu.

α) Schlägt dieser aus, so unterliegt die Ausschlagung im Falle des Nachlaßkonkurses nicht der Anfechtung durch den Konkursverwalter und außerhalb des Nachlaßkonkurses auch nicht der Anfechtung nach dem AnfG. durch einen Nachlaßgläubiger, also auch nicht durch einen Pflichtteilsberechtigten (vgl. Erl. 6 zu § 1952). Eine ganz andere Frage ist aber, ob der Erbe nicht dritten Personen wegen der erfolgten Ausschlagung verantwortlich werden kann. Der Eintritt einer solchen Verantwortlichkeit des Vorerben, der eine zur Vorerbschaft gehörende Erbschaft oder ein solches Vermächtnis ausgeschlagen hat, gegenüber dem Nacherben, ist in Erl. 3c zu § 2112 auf Grund der §§ 2130, 2131 angenommen worden. Daß der Erbe wegen einer Ausschlagung der bezeichneten Art auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich werden könne, war im E. I (§ 2112 Schlußsatz) ausdrücklich bestimmt (vgl. auch M. V S. 407). Von der zweiten Kommission wurde jedoch diese Bestimmung des E. I zunächst stillschweigend fallen gelassen, und in P. II Bd. 5 S. 766 findet sich die Bemerkung, daß die Mehrheit der Kommission sich auch einem nachträglichen, auf Beibehaltung des Schlußsatzes von § 2112 E. I gerichteten Antrag gegenüber ablehnend verhielt. Eine positive Entscheidung hat aber die Frage im BGB. nicht gefunden, und auf Grund des § 1978 läßt sich die Annahme einer persönlichen Verantwortlichkeit des Erben wegen der von ihm durch die Ausschlagung einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses herbeigeführten Benachteiligung der Nachlaßgläubiger sehr wohl verteidigen. Selbst wenn man aber den Eintritt dieser Verantwortlichkeit des Erben gegenüber allen Nachlaßgläubigern für bedenklich erachten wollte, so sprechen doch noch ganz besondere Gründe für die Verantwortlichkeit des Erben gegenüber dem den Pflichtteilsanspruch geltend machenden Pflichtteilsberechtigten. Der Pflichtteil besteht nach § 2303 in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Dafern der Pflichtteilsberechtigte in Ansehung seines Pflichtteils Erbe geworden wäre, so würde zu seinem Erbteil auch ein entsprechender Anteil an der zum Nachlaß gehörenden Erbschaft bzw. an einem solchen Vermächtnis gehört haben und würde die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung dieses Anteils ihm zugekommen sein (§ 1952 Abs. 3, § 2180). Wird der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe, so ändert sich dadurch zwar wesentlich seine rechtliche Stellung, so daß er infolgedessen auf die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer zum Nachlaß gehörenden Erbschaft bzw. eines solchen Vermächtnisses keinen Einfluß hat. Eine Verkürzung des nicht zur Erbfolge gelangenden Pflichtteilsberechtigten in Ansehung desjenigen, was ihm dem Werte nach gebührt, wird aber trotzdem vom Erben nicht durch eine willkürlich vorgenommene Ausschlagung einer zum Nachlaß gehörenden Erbschaft oder eines solchen Vermächtnisses herbeigeführt werden können, und der Pflichtteil wird demnach so zu berechnen sein, wie wenn die Ausschlagung nicht erfolgt wäre (anders die früheren Auflagen; vgl. aber Strohal I § 52 bei Anm. 7, dem Herzfelder S. 655 beizustimmen scheint).

β) Bezüglich des Falles, daß die zum Nachlaß gehörende und vom Erben angenommene Erbschaft bzw. ein solches Vermächtnis sich als überschuldet herausstellt, vgl. Strohal I § 52 bei Anm. 8.

c) Von dem Werte der Nachlaßaktiven sind in dem gleich näher zu bezeichnenden Umfange die Nachlaßpassiven in Abzug zu bringen. Dabei bleiben jedoch Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen, da sie erst auf Verfügung von Todes wegen beruhen und den Pflichtteilsansprüchen nachstehen (KO. § 226 Abs. 2; vgl. §§ 1992, 2306, 2318), außer Betracht; dasselbe muß selbstverständlich für Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten gelten. Abzuziehen sind aber alle „vom Erblasser herrührenden Schulden" (§ 1967), zu denen auch die mit dem Tode des Erblassers nicht erlöschenden Unterhaltsverbindlichkeiten gehören (§§ 1582, 1712). Ferner die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers (§ 1968, KO. § 224 Nr. 2) und im Falle der Todeserklärung des Erblassers die dem Nachlaß zur Last fallenden Kosten des Verfahrens (KO. § 224 Nr. 3). In Abzug zu bringen sind sodann die Kosten der Sicherung des Nachlasses (§ 1960), der Ermittelung der Nachlaßgläubiger, der In-

ventarerrichtung (§§ 1993, 2314 Abs. 2), der Feststellung des Bestandes und Wertes des Nachlasses einschließlich der zu diesem Zwecke geführten Prozesse (Rspr. 12 S. 393), nach RG. (JW. 1906 S. 114) schlechthin auch die Kosten der Nachlaßverwaltung. Bezüglich der Kosten des Nachlaßkonkurses ist zu bemerken, daß, wenn der Nachlaß schon von Anfang an überschuldet war, ein Pflichtteilsanspruch überhaupt nicht begründet sein kann. Bei nachträglicher Überschuldung des Nachlasses wird man die Kosten des Nachlaßkonkurses sicherlich nicht unterschiedslos von dem zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Reinbestande des Nachlasses zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten abziehen dürfen. Regelmäßig nicht in Abzug zu bringen werden die Kosten der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen, sowie alle sonstigen Kosten sein, die erst wegen des Vorhandenseins einer solchen notwendig werden, also grundsätzlich auch die Kosten einer Testamentsvollstreckung. Der Umstand, daß die Ansprüche des Vollstreckers im Nachlaßkonkurs in der Regel dem Pflichtteilsberechtigten im Range vorgehen (KO. § 224 Nr. 6, § 226 Abs. 2 Nr. 4) beweist noch nicht, daß der Pflichtteilsanspruch auch seinem Umfange nach durch sie geschmälert wird (vgl. Wilke Anm. 2). Eine Abweichung von dem eben Gesagten wird aber z. B. insoweit einzutreten haben, als durch die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers Kosten erspart werden, die sonst zur Sicherung des Nachlasses und zur Feststellung des Nachlaßbestandes hätten aufgewendet werden müssen (vgl. dazu die Entsch. bezüglich des Honorars des Testamentsvollstreckers in SeuffA. 62 S. 74). Nicht abziehbar sind die Kosten, welche durch die Verteilung des Nachlasses unter die Miterben entstehen, insbesondere die Kosten einer gerichtlichen Erbauseinandersetzung (FGG. §§ 86 ff.), ebensowenig die Erbschaftssteuer (Schiffner S. 29 Anm. 11; Frommhold Anm. 2).

Die den Familienangehörigen nach § 1969 zustehenden Ansprüche haben den Charakter von Vermächtnisansprüchen und werden deshalb nicht zu berücksichtigen sein (Schiffner S. 15, a. M. Wilke Anm. 2). Die eigenartige Natur des in § 1963 bestimmten Anspruchs (vgl. die dortigen Erl.) bringt es mit sich, daß auch er nicht in Abzug zu bringen ist.

Als Passivposten des Nachlasses können offenbar auch nicht die Kosten einer für gemeinschaftliche Rechnung des Erben und des Pflichtteilsberechtigten ausgeführten Verwaltung eines Nachlaßgrundstücks neben dazu gehörender Fahrnis, die bis zu einem etwaigen Verkaufe fortgesetzt werden soll, behandelt werden (Rspr. 12 S. 393).

Wegen der Behandlung bedingter, ungewisser und unsicherer Rechte und Verbindlichkeiten vgl. noch § 2313.

d) Würden bei eintretender gesetzlicher Erbfolge die Eltern des Erblassers neben dem überlebenden Ehegatten berufen sein (§§ 1925, 1931), so gilt die Besonderheit, daß bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern der dem Ehegatten gebührende Voraus (§ 1932) außer Ansatz bleibt. Der Pflichtteil der Eltern ist mithin nur von dem übrigen Nachlasse zu berechnen, was dahin führen kann, daß das Pflichtteilsrecht derselben gegenstandslos wird. Der Ehegatte geht bezüglich des Vorauss den Eltern des Erblassers schlechthin vor, der mit dem Voraus beschwerte Erbe ist daher auch nicht für befugt zu erachten, wegen der ihn treffenden Pflichtteilslast aus dem Pflichtteile der Eltern an dem Voraus gemäß § 2318 oder § 2322 eine Kürzung vorzunehmen (vgl. Erl. 2 zu § 2318, Erl. 3 zu § 2322, eine andere Folgerung s. bei § 2306 Erl. 3c).

Zweifelhaft ist, ob die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 auch dann Anwendung findet, wenn der überlebende Ehegatte im einzelnen Falle den Voraus nicht erhält. Die Übertragung des dem § 2310 zugrunde liegenden Gedankens würde dahin führen, daß der Wegfall des Vorauss auf die Berechnung des Pflichtteils der Eltern ohne Einfluß wäre. Nach dem Zwecke des § 2311, der nur den überlebenden Ehegatten, nicht aber den eingesetzten Erben, vor den Eltern begünstigen will, kann dies jedoch nicht als die Absicht des Gesetzes angesehen werden. Die den Voraus bildenden Nachlaßgegenstände sind daher bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern dem Nachlasse hinzuzurechnen, wenn der Erblasser dem Ehegatten den Voraus entzogen hat (Erl. 3 zu § 1932) oder wenn dem Ehegatten wegen Erbunwürdigkeit ein Anspruch auf den Voraus nicht zusteht. Man kann in diesen Fällen von einem dem Ehegatten „gebührenden" Voraus nicht sprechen (Strohal I § 52 bei Anm. 19). Diese Erwägung trifft dagegen nicht zu, wenn der Ehegatte den Voraus ausschlägt (§ 1932 Satz 2, § 2176), weshalb in diesem Falle eine Erweiterung des Pflichtteilsrechts der Eltern nicht eintritt (M. V S. 409).

Für den Pflichtteil der Abkömmlinge kommt der Voraus des Ehegatten nach § 1932 nicht in Betracht. Bei der Berechnung des dem Ehegatten selbst gebührenden Pflichtteils wird der Voraus dem Nachlasse hinzugerechnet, und es wird also der Pflichtteil des Ehegatten nicht etwa gesondert vom Erbteil und alsdann noch vom Voraus berechnet. Beträgt z. B. der

§. 2312. Hat der Erblasser angeordnet oder ist nach §. 2049 anzunehmen, daß einer von mehreren Erben das Recht haben soll, ein zum Nachlasse gehörendes Landgut zu dem Ertragswerthe zu übernehmen, so ist, wenn von dem Rechte Gebrauch gemacht wird, der Ertragswerth auch für die Berechnung des Pflichttheils maßgebend. Hat der Erblasser einen anderen Uebernahmepreis bestimmt, so ist dieser maßgebend, wenn er den Ertragswerth erreicht und den Schätzungswerth nicht übersteigt.

Hinterläßt der Erblasser nur einen Erben, so kann er anordnen, daß der Berechnung des Pflichttheils der Ertragswerth oder ein nach Abs. 1 Satz 2 bestimmter Werth zu Grunde gelegt werden soll.

Diese Vorschriften finden nur Anwendung, wenn der Erbe, der das Landgut erwirbt, zu den im §. 2303 bezeichneten pflichttheilsberechtigten Personen gehört.

Voraus $^1/_2$ des Nachlasses, so erhält der Ehegatte nach der gesetzlichen Erbfolge neben den Eltern im ganzen einschließlich des Voraus $^2/_3$ des Nachlasses, sein Pflichtteil beträgt aber doch nur $^1/_4$, nicht etwa $^1/_6 + {}^1/_6 = {}^1/_3$.

e) Dem Bestande des Nachlasses werden für die Berechnung des Pflichtteils besondere Posten hinzugerechnet in den Fällen der §§ 2315, 2316, 2325.

3. Der Wert der Nachlaßgegenstände sowie auch der abzusetzenden Lasten und Verbindlichkeiten ist nach Abs. 2, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln. Den Verkauf bzw. die Zwangsversteigerung der Nachlaßgegenstände kann der Pflichtteilsberechtigte, solange es sich nur um die Ermittelung der Höhe seines Rechtes und nicht um die Durchführung der beschränkten Haftung des Erben (§§ 1990, 1991) handelt, nicht verlangen. Die Schätzung unterbleibt, wenn der Wert eines Gegenstandes klar zutage liegt, z. B. bei barem Gelde oder bei sicheren auf Geld gerichteten Forderungen. Auch Wertpapiere, die einen Kurswert haben, sind nicht zu schätzen, sondern nach dem Kurse am Todestage des Erblassers zu veranschlagen, mag dieser auch ungewöhnlich hoch oder niedrig gewesen sein. Daß eine vom Erblasser getroffene Wertbestimmung nicht maßgebend ist, entspricht dem Grundgedanken des Pflichtteilsrechts als eines vom Willen des Erblassers unabhängigen Rechtes; eine Ausnahme ist im § 2312 (Abs. 1 Satz 2) enthalten. Da der Erblasser unter denselben Voraussetzungen, unter denen er dem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil völlig entziehen, auch eine Pflichtteilsbeschränkung verfügen kann, so ist er bei Vorhandensein dieser Voraussetzungen allerdings auch in der Lage, eine für den Pflichtteilsberechtigten ungünstige Wertbestimmung zu treffen. In einer für den Pflichtteilsberechtigten günstigen Wertbestimmung kann eine wirksame letztwillige Zuwendung gelegen sein. Hierbei ist jedoch vorausgesetzt, daß durch die Verfügung Pflichtteilsrechte anderer Pflichtteilsberechtigter nicht beeinträchtigt werden. Vgl. noch RG. v. 25. Januar 1908 im Recht 1908 S. 167.

§ 2312.

E. II rev. § 2286; III § 2285. P. II Bd. 6 S. 330 ff., 448 ff. D. S. 740.

1. **Redaktionsgeschichte.** Der Abs. 1 Satz 1 des § 2312 ist bei der Revisionslesung des E. II, die übrigen Sätze bzw. Absätze sind vom Bundesrat aufgenommen worden. Über den allgemeinen Zweck des § 2312 und der mit ihm im Zusammenhange stehenden Vorschriften der §§ 1515, 2049, EG. Art. 137 sind die Erl. zu § 2049 zu vergleichen. Wegen des Begriffs des Landguts s. Erl. 3 zu § 98, Erl. 1 zu EG. Art. 137.

2. Der Abs. 1 betrifft den Fall, daß der Erblasser mehrere Erben hinterläßt und die Anordnung getroffen hat, daß ein Miterbe berechtigt sein soll, ein zum Nachlasse gehörendes Landgut zu übernehmen.

a) In diesem Falle ist nach § 2049 im Zweifel anzunehmen, daß das Landgut bei der Erbteilung zum Ertragswert angesetzt werden soll. Der Erblasser kann dies natürlich auch ausdrücklich anordnen. Für den Fall nun, daß von diesem Rechte Gebrauch gemacht wird und der Übernehmer selbst zu den im § 2303 bezeichneten pflichtteilsberechtigten Personen gehört (Abs. 3), schreibt § 2312 vor, daß der Ertragswert auch für die Berechnung des Pflichtteils (des Übernehmers selbst und der übrigen Pflichtteilsberechtigten) maßgebend ist. Die Vorschrift beugt einer Überschwerung des Übernehmers mit Pflichtteilslasten vor und sichert in der Regel damit erst den praktischen Erfolg einer nach § 2049 getroffenen Anordnung.

§. 2313. Bei der Feststellung des Werthes des Nachlasses bleiben Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, außer Ansatz. Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer auflösenden Bedingung abhängig sind, kommen als unbedingte in Ansatz. Tritt die Bedingung ein, so hat die der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen.

Für ungewisse oder unsichere Rechte sowie für zweifelhafte Verbindlichkeiten gilt das Gleiche wie für Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind. Der Erbe ist dem Pflichttheilsberechtigten gegenüber verpflichtet, für die Feststellung eines ungewissen und für die Verfolgung eines unsicheren Rechtes zu sorgen, soweit es einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht.

---

b) An Stelle des Ertragswertes kann der Erblasser auch einen anderen Übernahmepreis bestimmen. Die Bestimmung ist aber nur dann maßgebend, wenn der festgesetzte Preis sich zwischen dem Ertragswert als der unteren und dem Schätzungswert als der oberen Grenze hält (Abs. 1 Satz 2).

3. Im Abs. 2 wird dem Erblasser die Befugnis beigelegt, eine Anordnung über den der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legenden Wert eines Landguts auch dann zu treffen, wenn er nur einen Erben hinterläßt. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Anordnung ist jedoch auch hier, daß der Erbe zu den pflichtteilsberechtigten Personen gehört und daß er das Landgut übernimmt (Abs. 3). Die Anordnung ist mithin unwirksam, wenn das Landgut einem Vermächtnisnehmer zugewendet ist oder wenn es zum Zwecke der Nachlaßregulierung veräußert wird. Der Erblasser kann den Ertragswert oder einen sich in den Grenzen des Abs. 1 Satz 2 haltenden anderen Übernahmepreis für maßgebend erklären.

4. Zu dem bereits in Erl. 2, 3 erwähnten Abs. 3 ist noch zu bemerken, daß der Erbe, der das Landgut erwirbt, nur zu den nach § 2303 grundsätzlich pflichtteilsberechtigten Personen zu gehören braucht; ob er nach § 2309 wirklich pflichtteilsberechtigt ist, kommt nicht in Betracht (so auch Strohal I § 52 bei Anm. 23).

5. Der § 2312 begründet nur ein Recht des Übernehmers. Ist einem pflichtteilsberechtigten Erben die Übernahme eines Landguts zur Pflicht gemacht, so kann er ohne Rücksicht auf die Höhe des festgesetzten Übernahmepreises wegen der ihn beschränkenden Teilungsanordnung nach § 2306 die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Hat der Erblasser nur ein Recht auf die Übernahme begründet, bei der Bestimmung des Übernahmepreises aber sich nicht in den Grenzen des Abs. 1 Satz 2 gehalten, so wird zu unterscheiden sein, ob der bestimmte Preis den Schätzungswert übersteigt oder den Ertragswert nicht erreicht. In dem ersten Falle ist die Bestimmung für die Berechnung des Pflichtteils ohne rechtliche Wirkung. Der Schätzungswert ist zugrunde zu legen. In dem letzteren Falle wird die Bestimmung des Erblassers dahin auszulegen sein, daß eventuell, d. h. wenn der bestimmte Preis den Ertragswert nicht erreichen sollte, der letztere zugrunde gelegt werden solle (s. Wilke Anm. 5).

6. Wegen der Unanwendbarkeit des § 2312 im Falle der Ausschließung eines Abkömmlings von der fortgesetzten GG. s. Erl. 7e zu § 1511. Bezüglich der Anerbengüter ist die Landesgesetzgebung an die Schranken des § 2312 nicht gebunden (EG. Art. 64).

§ 2313.

E. I § 1986 Abs. 3 Satz 1—3, Abs. 4; II § 2178 rev. § 2287; III § 2286.
P. I G. 10204 f., 11203 ff., 11355 f., 11414 f.; M. V G. 407 ff. P. II Bd. 5 G. 518.

1. Bei bedingten Rechten und Verbindlichkeiten würde die Anwendung des Grundsatzes der Schätzung (§ 2311 Abs. 2) oft erheblichen Schwierigkeiten begegnen und in der Regel nicht zu brauchbaren Ergebnissen führen. Der § 2313 Abs. 1 schlägt daher hier einen anderen Weg ein. Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, bleiben bei der Berechnung des Pflichtteils zunächst außer Ansatz. Dagegen werden Rechte und Verbindlichkeiten, denen eine auflösende Bedingung anhaftet, als unbedingte angesetzt. Tritt später die Bedingung ein, so erfolgt eine Ausgleichung: bei dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung eines Rechtes oder der auflösenden Bedingung einer Verbindlichkeit erhöht sich der Pflichtteil, mithin hat der Erbe nachzuzahlen; bei dem Eintritte der auflösenden Bedingung eines Rechtes oder der aufschiebenden Bedingung einer Verbindlichkeit vermindert sich der Pflichtteil,

§. 2314. Ist der Pflichttheilsberechtigte nicht Erbe, so hat ihm der Erbe auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu ertheilen. Der Pflichttheilsberechtigte kann verlangen, daß er bei der Aufnahme des ihm nach §. 260 vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände zugezogen und daß der Werth der Nachlaßgegenstände ermittelt wird. Er kann auch verlangen, daß das Verzeichniß durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

Die Kosten fallen dem Nachlasse zur Last.

---

mithin hat der Pflichtteilsberechtigte das zuviel Erhaltene herauszugeben. Letztere Verpflichtung bestimmt sich nicht nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über bedingte Verpflichtungen. Die eventuelle Ausgleichung braucht in dem hinsichtlich des zunächst geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs ergehenden Urteil nicht besonders vorbehalten zu werden (Rspr. 7 S. 143).

2. Nach dem Grundsatze, der für Rechte und Verbindlichkeiten unter einer aufschiebenden Bedingung gilt, werden gemäß Abs. 2 auch ungewisse oder unsichere Rechte, sowie zweifelhafte Verbindlichkeiten (vgl. dazu RG. in JW. 1906 S. 114) behandelt. Forderungen von Nachlaßgläubigern, die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen sind, gehören nicht hierher; sie sind ihrem vollen Betrage nach zu berücksichtigen, da der Ausschluß die Forderung nicht entkräftet, sondern sie nur hinter die Forderungen anderer Nachlaßgläubiger zurücktreten läßt (§ 1973, KO. § 226 Abs. 4, Küntzel S. 912c). Hinsichtlich der Feststellung eines ungewissen und der Verfolgung eines unsicheren Rechtes wird dem Erben im Satz 2 eine gewisse Diligenzpflicht auferlegt. Er ist dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber verpflichtet, für die Feststellung bzw. Verfolgung zu sorgen, soweit dies einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, d. h. soweit die Wahrscheinlichkeit eines günstigen Erfolges die notwendigen Aufwendungen an Zeit und Geld als gerechtfertigt erscheinen läßt.

3. Eine Sicherheitsleistung für die eventuelle Nachzahlung bzw. Zurückzahlung kann der Pflichtteilsberechtigte bzw. der Erbe nicht verlangen, die allgemeinen Vorschriften über den Schutz bedingter Ansprüche (CPO. § 916 Abs. 2, KO. §§ 67, 154) finden jedoch Anwendung (M. V S. 408 f., Strohal I § 52 Anm. 18). Auch ein Schadensersatzanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben auf Grund des § 160 kann gegeben sein, während eine Anwendung des § 162 in der Regel nicht in Frage kommen wird, da der Erbe an dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung das gleiche Interesse hat wie der Pflichtteilsberechtigte.

4. Für befristete Ansprüche oder Verbindlichkeiten gilt § 2313 nicht. Sie werden nach § 2311 Abs. 2 geschätzt; die in der KO. § 65 Abs. 2, § 70 aufgestellten Schätzungsvorschriften sind nicht schlechthin maßgebend (M. V S. 408).

§ 2314.

E. I § 1988 Abs. 1 Satz 1; II § 2179 rev. § 2288; III § 2287. P. I S. 10202 ff., 11460 f.; M. V S. 409 f. P. II Bd. 5 S. 519 ff.

Schwiening, DJZ. 1901 S. 550. Böhm, Über das Verhältnis von § 2314 und §§ 1994 ff. im Recht 1902 S. 471.

1. Der § 2314 gewährt dem Pflichtteilsberechtigten einen gegen den Erben sich richtenden **Anspruch auf Gewährung von Auskunft und auf einige andere Sicherheiten für eine richtige Feststellung des Nachlasses.** Der Anspruch steht nur demjenigen Pflichtteilsberechtigten zu, welcher nicht Erbe ist, sei es, daß er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist oder daß er die Erbschaft wegen Beschränkungen oder Beschwerungen ausgeschlagen hat (§ 2306). Ist der Pflichtteilsberechtigte Miterbe, so ist er nach §§ 2027, 2028, 2038 in der Lage, sich selbst Gewißheit darüber zu verschaffen, wie hoch sich der Nachlaß stellt und ob ihm danach die in den §§ 2305, 2306 bezeichneten Befugnisse zustehen (s. Erl. 1 zu § 2306 a. E.). Die Voraussetzung, daß der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe ist, gilt für den ganzen Paragraphen, nicht etwa nur für den Satz 1. Der nicht als Erbe berufene Pflichtteilsberechtigte kann auch nicht beim Nachlaßgericht die amtliche Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses beantragen (KG. 27 S. A 51 = RJA. 4 S. 92 = Rspr. 8 S. 291). Ist der Pflichtteilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt, so hat er die in § 2314 bezeichneten Rechte nur, wenn er die Nacherbfolge ausschlägt (vgl.

§ 2306 und dazu die dortige Erl. 4 a), andernfalls stehen ihm nur die in den §§ 2121—2123, 2127 und 2128 bestimmten Rechte zu. Sind **mehrere nicht zur Erbfolge gelangte Pflichtteilsberechtigte** vorhanden, so kann jeder von ihnen die in § 2314 bestimmten Rechte selbständig geltend machen (Rspr. 4 S. 432).

2. **Seinem Inhalte nach** geht der Anspruch grundsätzlich auf **Erteilung von Auskunft über den Bestand des Nachlasses**, und zwar offenbar über den zur Zeit des Erbfalls. Darin liegt, daß der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten ein **Verzeichnis** des Bestandes vorzulegen und es eventuell (sofern nämlich Grund zu der Annahme mangelnder Sorgfalt besteht und es sich nicht um geringfügige Beträge handelt) mit dem **Offenbarungseide** (wegen des zur Abnahme zuständigen Gerichts vgl. § 261; s. auch Rspr. 11 S. 254) zu bekräftigen hat (§ 260). Unter dem „Bestande des Nachlasses" sind wie sonst so auch hier **nur die Nachlaßaktiven** zu verstehen (vgl. Meckl. Z. 21 S. 223; Rspr. 14 S. 283, wo übrigens auch eine Auskunftspflicht hinsichtlich bereits veräußerter Nachlaßgegenstände verneint wird). Im Falle des § 2311 Abs. 1 Satz 2 hat sich die zu erteilende Auskunft doch auch auf solche Gegenstände zu erstrecken, deren Zugehörigkeit zum Voraus zweifelhaft ist (RG. Bd. 62 S. 109). Fraglich ist, ob der auskunftspflichtige Erbe dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 auch über die ihm vom Erblasser gemachten **lebzeitigen Zuwendungen**, die er bei der gesetzlichen Erbfolge zur **Ausgleichung** zu bringen haben würde, Auskunft zu geben hat. Aus § 2314 (anders **Herzfelder** S. 659) läßt sich ein solcher Anspruch keinesfalls ableiten, aber auch nicht unmittelbar aus § 2057, da das daselbst bestimmte Recht auf Auskunftserteilung nur einem Miterben gegen die übrigen Miterben zusteht. Eine ganz andere Frage ist, ob nicht die Vorschrift des § 2316 Abs. 1 Satz 1 zu einer entsprechenden Anwendung des § 2057 drängt (vgl. darüber Erl. 9 zu § 2316).

An das dem Pflichtteilsberechtigten vom Erben vorzulegende **Nachlaßverzeichnis** sind Anforderungen, die über das im § 2314 bestimmte Maß hinausgehen, nicht zu stellen. Insbesondere ist im Falle des § 2314 nicht die Bestimmung des § 2001 Abs. 2 analog anzuwenden (KG. in Rspr. 4 S. 426, 11 S. 258; s. übrigens auch **Schwiening** S. 550; ferner **Böhm** S. 471). Unterzeichnung des privaten Nachlaßverzeichnisses durch den Erben ist im Gesetz nicht gefordert (Rspr. 11 S. 264). Allein der Pflichtteilsberechtigte braucht sich mit einem privaten Verzeichnis überhaupt nicht zu begnügen.

Nähere Bestimmungen sind im **Abs. 1 Satz 2, 3** enthalten. Danach kann der Pflichtteilsberechtigte zunächst verlangen, daß er bei der Aufnahme des Nachlaßverzeichnisses **zugezogen** wird. Dies bedeutet jedoch nicht, daß unter allen Umständen auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten ein neues Verzeichnis aufgenommen werden müßte. Ist bereits ein formell ordnungsmäßig, insbesondere gemäß § 1960, §§ 1993 ff., § 2121 oder § 2215, errichtetes Verzeichnis vorhanden, so wird der Berechtigte die Wiederholung der Aufnahme in seiner Gegenwart nur dann verlangen können, wenn er gegen die materielle Richtigkeit des vorhandenen Verzeichnisses begründete Ausstellungen erheben kann. Dies ergibt die Fassung des Satz 2 und eventuell auch der Grundsatz des § 226 (vgl. **Wilke** Anm. 1). Wenn nach Satz 2 der Pflichtteilsberechtigte ferner verlangen kann, daß **der Wert der Nachlaßgegenstände ermittelt** wird, so hat dies gegenüber der Vorschrift des § 2311 Abs. 2 die Bedeutung, daß auch außerhalb eines Rechtsstreits über den Pflichtteilsanspruch auf Verlangen des Berechtigten eine Schätzung aller oder einzelner Nachlaßgegenstände stattfinden muß, durch welche die Geltendmachung des Hauptanspruchs vorbereitet wird. Mit Rücksicht auf die eben erörterte Vorschrift wird man dem Pflichtteilsberechtigten in der Regel auch das Recht der persönlichen **Besichtigung** der Nachlaßgegenstände zugestehen müssen, da das Recht auf Ermittelung des Wertes sich als ein Anspruch „in Ansehung der Sache" darstellt (§ 809; M. V S. 410). Der Erbe kann diese Besichtigung jedoch vermeiden, indem er sich bereit erklärt, den Wert der fraglichen Gegenstände auf seine Kosten (nicht auf Kosten des Nachlasses nach § 2314 Abs. 2) durch Sachverständige ermitteln zu lassen, denn in diesem Falle hat der Pflichtteilsberechtigte an der eigenen Besichtigung kein Interesse. Ein unbedingtes Recht hat der Pflichtteilsberechtigte nach Satz 3 darauf, daß das Nachlaßverzeichnis **amtlich** aufgenommen wird. Er kann daher, wenn nur ein Privatverzeichnis vorliegt, stets die Wiederholung der Aufzeichnung verlangen. Wegen der (wie in den Fällen der §§ 2121, 2215) nach den Landesgesetzen sich richtenden Zuständigkeit vgl. Erl. 1 (a. E.) zu § 2121.

Kommt es wegen der im § 2314 bezeichneten Verpflichtungen des Erben zum **Prozesse**, so kann mit der Klage auf Vorlegung des Nachlaßverzeichnisses und auf dessen eidliche Bekräftigung die Klage auf Auszahlung des Pflichtteils in der Weise verbunden werden, daß die be-

stimmte Angabe des zu zahlenden Betrags vorbehalten wird, bis das Verzeichnis vorgelegt oder der Eid geleistet ist (CPO. § 254). Wegen der Frage, ob auf Grund des § 2314 im Falle eines Streites zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und dem Erben über die Zugehörigkeit von Gegenständen zum Nachlaß auf Vorlegung eines anderen als des bereits vorgelegten Verzeichnisses bzw. auf dessen Ergänzung geklagt werden kann, vgl. die verneinende Entsch. des OLG. Dresden in SächsRpflA. 1907 S. 499.

3. Der Anspruch richtet sich gegen den Erben. Bei Vorhandensein mehrerer Erben ist, da die im § 2314 bestimmte Auskunftspflicht doch wohl nicht als eine Nachlaßverbindlichkeit im technischen Sinne anzusehen sein wird, nicht § 2058 (anders Herzfelder S. 658) sondern § 431 maßgebend. Zweifel ergeben sich, wenn die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker zusteht. Dafür, dem Pflichtteilsberechtigten in diesem Falle den Anspruch unmittelbar gegen den TV. zuzugestehen, spricht die Erwägung, daß der Erbe oft nicht imstande sein wird, die fraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Andererseits erregt der Wortlaut des § 2213 Abs. 1 Satz 3 Bedenken. Allein selbst die eben bezeichnete Bestimmung schließt die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs gegen den Testamentsvollstrecker nicht schlechthin aus. Denn zur Führung der Zwangsvollstreckung wegen des dem Erben gegenüber erstrittenen Pflichtteilsanspruchs in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände ist doch noch immer ein gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil erforderlich (§ 748 CPO.). Mit Rücksicht hierauf und auf Grund der weiteren Erwägung, daß die Erteilung der hier in Frage kommenden Auskunft für den Testamentsvollstrecker keine besondere Beschwerung bedeutet, kann man wenigstens für den Fall, daß das Pflichtteilsrecht vom Erben nicht bestritten ist, oder gegenüber dem Erben im Wege des Prozesses zur Anerkennung gebracht ist, zur Entscheidung gelangen, daß der Pflichtteilsberechtigte seinen Anspruch auf Auskunfterteilung unmittelbar gegen den Testamentsvollstrecker geltend machen kann; anders jedoch RG. Bd. 50 S. 225 mit Berufung auf § 2213 Abs. 1 Satz 3 (vgl. dazu Strohal I § 52 Anm. 30).

4. Die Vorschrift des Abs. 2, daß die Kosten dem Nachlasse zur Last fallen, bezieht sich ihrer Stellung nach auf alle im Abs. 1 erwähnten Maßnahmen. Der Nachlaß trägt mithin nicht nur wie in den Fällen der §§ 2121, 2215 die Kosten der Aufnahme des Verzeichnisses, sondern auch die Kosten, welche durch die Zuziehung des Pflichtteilsberechtigten entstehen, soweit diese, insbesondere Reisekosten, als angemessen anzusehen sind. Die Kosten der Abnahme des Offenbarungseides hat jedoch der Pflichtteilsberechtigte zu tragen, da für diesen im § 2314 nicht erwähnten besonderen Rechtsbehelf die Sondervorschrift des § 261 Abs. 3 als maßgebend anzusehen ist.

5. Der Erblasser kann die im § 2314 dem Erben auferlegten Verpflichtungen nicht durch Verfügung von Todes wegen erlassen. Dieser im E. I besonders ausgesprochene Satz ist bei der zweiten Lesung gestrichen worden, weil als selbstverständlich angesehen wurde, daß der Erblasser den gesetzlichen Inhalt des Pflichtteilsrechts nicht willkürlich ändern kann. Der E. I erklärte ferner einen zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten geschlossenen Vertrag, durch den dem Erben die fraglichen Verpflichtungen erlassen werden, für unwirksam. Auch dieser Satz ist von der zweiten Kommission gestrichen worden, wobei jedoch der Sinn der Streichung offen blieb. Endemann III § 130 Anm. 26 und Frommhold Anm. 2 erklären einen Vertrag des fraglichen Inhalts schlechthin für unzulässig, es ist jedoch mit Wilke Anm. 4 (vgl. auch Schiffner S. 65 Anm. 7) anzunehmen, daß der Vertrag in der Form und unter den sonstigen Voraussetzungen eines Erbverzichts wirksam geschlossen werden kann. Denn wenn auf das Pflichtteilsrecht überhaupt verzichtet werden kann, muß auch ein Verzicht auf einzelne darin enthaltene Befugnisse zulässig sein. Die Anordnung, daß der Pflichtteilsberechtigte, dem mehr als der Pflichtteil hinterlassen ist, auf den Pflichtteil beschränkt sein soll, wenn er die Ermittelung des Nachlasses betreibt, ist zweifellos wirksam (vgl. Schiffner S. 65 Anm. 8). Als möglich ist auch anzuerkennen, daß der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten, dem er den Pflichtteil zur Strafe völlig entziehen konnte, nach Maßgabe des § 2336 lediglich die im § 2314 bestimmten Befugnisse entzieht.

6. Neben dem Anspruch aus § 2314 steht dem Pflichtteilsberechtigten als Nachlaßgläubiger natürlich auch das Recht zu, gemäß §§ 1994, 2006 (vgl. Böhm a. a. O. S. 471; Strohal I § 52 Anm. 31) von dem Erben die Errichtung eines Inventars und dessen Beeidigung zu verlangen. Hier mag nur besonders hervorgehoben werden, daß dem Erben zur Auskunfterteilung nach § 2314 nicht wie für die Errichtung des Inventars nach § 1994 eine Frist zu bestimmen ist. Hinsichtlich der Erfüllungszeit ist somit § 271 maßgebend (vgl. Rspr. 3 S. 119).

§. 2315. Der Pflichttheilsberechtigte hat sich auf den Pflichttheil anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, daß es auf den Pflichttheil angerechnet werden soll.

Der Werth der Zuwendung wird bei der Bestimmung des Pflichttheils dem Nachlasse hinzugerechnet. Der Werth bestimmt sich nach der Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist.

Ist der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so findet die Vorschrift des §. 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

---

§ 2315.

E. I § 1939 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 4, § 1990 Abs. 1; II § 2180 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 3 rev. § 2289 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 3; III § 2288 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 3. P. I S. 10214 ff., 11463 ff., 12258; M. V S. 410 ff. P. II Bd. 5 S. 521 ff.; Bd. 6 S. 102 f. RB. S. 2105 f.

Hankwitz, Die Einwirkung von Zuwendungen des Erblassers unter Lebenden auf die Gestaltung der Pflichtteilsansprüche nach dem BGB. Tüb. Diss. 1901; Henius, Die Ausgleichung unter den Miterben und die Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem BGB. Leipz. Diss. 1903; Tecklenburg, Lebzeitige Zuwendungen in ihrer Einwirkung auf die Erb- und Pflichtteilsberechnung nach dem BGB. 1904; Köhler, Die Anrechnung von Empfängen unter Lebenden auf den Erbteil und auf den Pflichtteil Erl. Diss. 1904; v. Jacubezky im Recht 1906 S. 283 ff.; Kretzschmar, Das Verhältnis zwischen Ausgleichung und Anrechnung bei der Pflichtteilsberechnung in Lobes CBl. 8 S. 11 ff. Vgl. übrigens auch noch die bei § 2316 angegebene Literatur.

1. **Berücksichtigung von Zuwendungen unter Lebenden bei der Pflichtteilsberechnung.** Die §§ 2315, 2316 enthalten Vorschriften darüber, in welchem Umfang und in welcher Weise Zuwendungen des Erblassers unter Lebenden bei der Feststellung des Pflichtteils zu berücksichtigen sind. Der § 2315 betrifft die allgemeinere Frage, ob und wie eine unter Lebenden gemachte Zuwendung auf den Pflichtteil des Empfängers anzurechnen ist. Der § 2316 bezieht sich auf den besonderen Fall, daß mehrere Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind, unter denen im Falle der gesetzlichen Erbfolge wegen des von einem Abkömmling oder von einigen Abkömmlingen Vorausempfangenen gemäß §§ 2050 ff. eine Ausgleichung würde stattfinden müssen, und schreibt vor, daß sich der Pflichtteil eines Abkömmlings hier nach demjenigen bemißt, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde. Eine von den allgemeinen Vorschriften abweichende Berechnung des maßgebenden Erbteils findet in dem einen wie in dem anderen Falle statt, doch ist die Berechnungsart in den beiden Fällen unter sich verschieden. Der § 2315 findet auf jeden Pflichtteilsberechtigten Anwendung, und zwar auch dann, wenn der in Frage stehende Berechtigte der einzige nächste gesetzliche Erbe sein würde, mithin außer ihm ein anderer Pflichtteilsberechtigter (abgesehen etwa von § 2309) nicht vorhanden ist. Der § 2316 findet nur auf einen pflichtteilsberechtigten Abkömmling und nur dann Anwendung, wenn außer diesem noch wenigstens ein Abkömmling vorhanden ist, der an der gesetzlichen Erbfolge teilnehmen würde. Die Fälle des § 2315 und des § 2316 können auch zusammentreffen, s. hierüber § 2316 Abs. 4 und die dortige Erl. 3.

2. Die im § 2315 vorgeschriebene **Anrechnung auf den Pflichtteil** vollzieht sich in der Weise, daß der Wert der Zuwendung

a) dem Nachlasse zugerechnet und

b) demnächst von demjenigen Betrage abgezogen wird, welcher sich durch Halbteilung des nach dem erhöhten Nachlasse zu berechnenden Erbteils als Pflichtteil ergeben würde (Abs. 2). Der Rest ergibt den wirklichen Pflichtteil des Empfängers. Ist die Zuwendung größer als die Hälfte des nach dem erhöhten Nachlasse berechneten Erbteils, so ist der Pflichtteil gleich Null (vgl. übrigens noch Erl. 9).

In bewußten Gegensatz zu dieser in § 2315 ausdrücklich vorgeschriebenen Berechnung stellt sich Kretzschmar a. a. O. S. 21 ff. Er glaubt auf Grund sachlicher Erwägungen gegen den Wortlaut des Gesetzes die Auslegung rechtfertigen zu können, daß unter „Nachlaß“ im

§ 2315 Abs. 2 Satz 1 nicht der Gesamtnachlaß, sondern lediglich dasjenige zu verstehen sei, was vom Gesamtnachlaß bei eintretender gesetzlicher Erbfolge auf den Anrechnungspflichtigen als Erbteil entfallen würde. Dem Werte dieses Erbteils sei der Wert der anrechnungspflichtigen Zuwendung zuzurechnen, worauf dieser von dem hiernach berechneten Pflichtteile wieder in Abzug zu bringen sei. Noch einfacher lasse sich diese Methode dahin formulieren, daß von dem zunächst nach dem effektiven Nachlasse berechneten Pflichtteile des Anrechnungspflichtigen die Hälfte des Wertes der anrechnungspflichtigen Zuwendung abzuziehen und hierdurch der dem Anrechnungspflichtigen gebührende Pflichtteil gewonnen sei. Die von Kretzschmar versuchte Begründung beruht, wie an nachstehendem (den von K. behandelten Tatbestand wesentlich vereinfachendem) Beispielsfall dargelegt werden soll, auf einer unrichtigen Schlußfolgerung aus einem richtigen Vordersatze. Nachlaß = 800. Zu berechnen sind die Pflichtteile der als nächste gesetzliche Erben in Betracht kommenden, von der Erbfolge jedoch tatsächlich ausgeschlossenen Söhne des Erblassers, A und B, von denen A eine anrechnungspflichtige Zuwendung von 200 erhalten hatte. Nach der positiven Entscheidung des § 2315 beträgt der Pflichtteil des A $\frac{800+200}{4} - 200 = 50$, während sich der Pflichtteil des B (vgl. Erl. 6) auf $\frac{800}{4} = 200$ herausstellt. K. entscheidet bezüglich des B ebenso, gewinnt dagegen für den A einen Pflichtteil von $200-100 = 100$. Abgeleitet wird dieses Ergebnis daraus, daß, wenn die Zuwendung an A nicht nur anrechnungs- sondern zugleich auch ausgleichungspflichtig wäre (§ 2316 Abs. 4), der Pflichtteil des A 50, der des B 250 und die vom Nachlaß zu tragende Gesamtpflichtteilslast somit 300 betragen würde. Dies ist richtig. Nun setzt aber K. mit dem Fehlschluß ein, daß die den Nachlaß treffende Gesamtpflichtteilslast auch dann, wenn die Zuwendung an A nur anrechnungspflichtig ist, nicht geringer sein könne als 300 (und der Pflichtteil des A somit 100 betragen müsse), weil durch das Ausgleichungsverfahren die vorhandene Pflichtteilslast weder erhöht noch verringert, sondern nur das Verhältnis der Pflichtteile der Beteiligten untereinander verändert werde. Allein gerade dies ist für diejenigen Fälle nicht zutreffend, wo eine anrechnungspflichtige Zuwendung zugleich ausgleichungspflichtig ist. Denn hier findet das Ausgleichungsverfahren lediglich zugunsten des Ausgleichungsberechtigten statt, dessen Pflichtteil infolge der Ausgleichung eine entsprechende Erhöhung erfährt, während es hinsichtlich der Pflichtteilsberechnung für den Anrechnungspflichtigen bei der Anrechnung bleibt. Ganz abgesehen hiervon steht die Methode K.s (die auch in § 2316 in Verbindung mit § 2055 Abs. 1 Satz 2 keine Stütze findet) nicht nur mit dem Wortlaut, sondern auch mit der unzweideutigen Absicht des an das überwiegend schon bisher geltend gewesene Recht sich anschließenden (vgl. M. V S. 414) § 2315 Abs. 2 in Widerspruch und führt auch zu sachlich durchaus unangemessenen Ergebnissen. Denn nach K. würde der Empfänger einer lediglich anrechnungspflichtigen Zuwendung durch diese und den zu ihr noch hinzukommenden Pflichtteil erheblich mehr erhalten, als ihm an Pflichtteil gebühren würde, wenn die anrechnungspflichtige Zuwendung unterblieben wäre und sich somit noch im Nachlaß befände, ja er würde sogar im Falle einer bloßen Anrechnungspflicht einen höheren Pflichtteil erhalten, als ihm gebührte, wenn die von ihm empfangene anrechnungspflichtige Zuwendung zugleich auch ausgleichungspflichtig wäre.

3. Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit einer Zuwendung auf den Pflichtteil. Nach Maßgabe des § 2315 sind nur solche lebzeitige Zuwendungen des Erblassers anrechnungspflichtig, die dem Pflichtteilsberechtigten (vgl. aber doch auch Abs. 3 von § 2315) mit der Bestimmung gemacht sind, daß das Zugewendete auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Ohne Bestimmung des Erblassers, lediglich auf Grund des Gesetzes findet eine nach § 2315 zu beurteilende Anrechnung niemals statt (vgl. auch RG. in JW. 1903 Beil. S. 48). Die in den Entwürfen noch enthaltene Vorschrift, nach der eine durch Leistung vollzogene Schenkung von Todes wegen (vgl. § 2301) stets anrechnungspflichtig sein sollte, wurde von der Reichstagskommission gestrichen und ist in das BGB. nicht übergegangen.

Einzelnes.

a) Schon der, im BGB. allerdings nicht definierte, allgemeine Begriff der Zuwendung setzt, obschon er mit dem Begriff der Schenkung nicht ganz zusammenfällt, die freiwillige Verschaffung eines Vorteils, also Freigebigkeit des den Vorteil Gewährenden voraus (vgl. auch RG. vom 30. Januar 1902 in JW. 1902 S. 266; s. oben Erl. 4b zu § 2050). Dies erhält hier noch besondere Bestätigung durch die Erwägung, daß sich die Anrechnung eines Wertes, den der Pflichtteilsberechtigte zwar vom Erblasser, aber nicht durch dessen Freigebigkeit erhalten

hat, soweit nicht die Voraussetzungen des Pflichtteilsverzichts nach § 2346 vorliegen, mit der zwingenden Natur der pflichtteilsrechtlichen Vorschriften nicht vereinigen ließe. Die nach § 2315 in Betracht kommende Zuwendung wird meist reine Schenkung sein. Doch kann § 2315 auch bei einem Geschäfte anwendbar sein, das nur teilweise eine Freigebigkeit enthält, z. B. wenn der Erblasser einem seiner künftigen gesetzlichen Erben ein Grundstück zu einem ungewöhnlich niedrigen Preise mit der Bestimmung verkauft, daß der Käufer sich den Unterschied gegenüber dem angemessenen Preise später auf den Pflichtteil anrechnen lassen müsse. Als Zuwendung ist insbesondere auch die Bezahlung von Schulden anzusehen, zu welcher der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten gegenüber nicht verpflichtet war, gleichviel ob dem Gläubiger gegenüber eine Verpflichtung bestand oder nicht. Daß der Begriff der Zuwendung weiter ist als der der Schenkung, ergibt sich mit Sicherheit aus § 1624. Danach gilt die dem Kinde von dem Vater oder der Mutter ohne Rechtsverpflichtung gewährte Ausstattung nur insoweit als Schenkung, als sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt. Eine freigebige Zuwendung liegt aber in der ohne Rechtsverpflichtung erfolgenden Zuwendung einer Ausstattung auch insoweit, als sie nicht Schenkung ist. Ob der Empfänger der anrechnungspflichtigen Zuwendung diese selbst oder doch deren Wert noch besitzt, ist gleichgültig.

Über den Fall, wo der Erblasser hinsichtlich einer Leistung an den Pflichtteilsberechtigten, zu deren Bewirkung er rechtlich verpflichtet war, Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet hat, vgl. die Ausführung unter d a. E.

b) Die Zuwendung als solche setzt einen Vertrag mit dem durch sie begünstigten Pflichtteilsberechtigten nicht unbedingt voraus, wennschon regelmäßig ein solcher Vertrag vorliegen wird, so z. B. im Falle eines dem Pflichtteilsberechtigten geleisteten Schenkversprechens oder im Falle der unmittelbaren Übertragung eines zum Vermögen des Erblassers gehörenden Gegenstandes an den Pflichtteilsberechtigten. Die Zuwendung als solche kann sich aber unter Umständen auch ohne den Willen des Pflichtteilsberechtigten vollziehen (vgl. dazu § 516 Abs. 2), so z. B. wenn der Erblasser an einen Dritten die Schuld des Pflichtteilsberechtigten bezahlt, oder wenn er mit einem andern einen obligatorischen Vertrag abschließt, auf Grund dessen dem Pflichtteilsberechtigten ein Anspruch gegen den anderen erwachsen soll (§ 328).

c) Die Zuwendung muß mit der Bestimmung gemacht sein, daß sie dem Pflichtteilsberechtigten auf den Pflichtteil angerechnet werden soll oder mit anderen Worten: der Zuwendungswille des Erblassers muß mit der bezeichneten Bestimmung untrennbar verknüpft sein. Diese Verknüpfung wird vom Erblasser in der Regel in der Weise zum Ausdruck gebracht werden, daß die Bestimmung zugleich mit („bei") der Zuwendung erfolgt. Doch ist die erforderliche Verknüpfung sicherlich auch dann vorhanden, wenn der Erblasser hinsichtlich einer bevorstehenden Zuwendung durch eine an den Pflichtteilsberechtigten gerichtete Erklärung schon im voraus die Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil trifft (vgl. auch Herzfelder S. 660 und Dernburg V § 116). An eine Form ist die Bestimmung des Erblassers nicht gebunden (insbesondere ist für sie die für das Zuwendungsgeschäft etwa erforderliche Form nicht maßgebend), auch braucht sie nicht ausdrücklich zu erfolgen. Daß sie vom Erblasser als Modalität der Zuwendung gewollt war, wird unter Umständen auch indirekt erschlossen werden können (vgl. besonders Küntzel S. 619; s. auch Rspr. 9 S. 428). Doch wird man sich mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit (zutreffend Rspr. 14 S. 283), daß die Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteil der vermutlichen Absicht des Erblassers entsprechen dürfte, nicht begnügen dürfen (vgl. auch Herzfelder S. 660). Die Umstände, aus welchen gefolgert wird, müssen, um schlüssig zu sein, insbesondere auch dafür sprechen, daß die auf Anrechnung auf den Pflichtteil gerichtete Absicht des Zuwendenden für den Empfänger der Zuwendung in die Erscheinung getreten ist.

Durch eine der Zuwendung erst nachfolgende Bestimmung kann der Erblasser die Anrechnungspflicht nicht herbeiführen. Hierbei müßte es selbst dann bewenden, wenn der Pflichtteilsberechtigte der nachträglichen Anordnung des Erblassers formlos zustimmt. Denn diese Zustimmung enthielte bei der hier vorausgesetzten besonderen Sachlage einen teilweisen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht und ein solcher ist nur in der im § 2348 für den Erbverzichtsvertrag vorgeschriebenen Form möglich (vgl. auch Strohal I § 55 bei Anm. 2 a. E. und Herzfelder S. 660). Durch testamentarische Anordnung kann der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten eine Anrechnungspflicht im Sinne des § 2315 selbstverständlich nicht auferlegen (vgl. KG. 29 S. A 301; OLG. Dresden im Sächs. RpflA. 1 S. 341; neuestens RG. v. 4. Januar 1908 Bd. 67 S. 306 ff., daselbst auch Bemerkungen über den Begriff der Zuwendung). S. noch Rspr. 16 S. 274.

d) Die Zuwendung des Erblassers muß vom Pflichtteilsberechtigten als eine mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil gewährte angenommen sein. Darin, daß der Pflichtteilsberechtigte sich zur Annahme versteht, liegt keineswegs (unzutreffend Wilke Anm. 4) ein der Form des Erbverzichts bedürftiger Pflichtteilsverzicht (vgl. dazu Strohal I § 55 Anm. 2). Die Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten zur Bestimmung des Erblassers als solche bedarf hier vielmehr überhaupt keiner besonderen Form; sie braucht auch nicht ausdrücklich zu erfolgen und liegt immer schon dann vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Zuwendung in Kenntnis der vom Erblasser getroffenen Bestimmung annimmt. Ist die Zuwendung selbst im konkreten Falle ohne den Willen des Pflichtteilsberechtigten zur Verwirklichung gelangt (man denke z. B. an die Bezahlung von Schulden des Pflichtteilsberechtigten durch den Erblasser mit der dabei von diesem getroffenen Bestimmung, daß das Bezahlte auf den Pflichtteil des Pflichtteilsberechtigten angerechnet werden müsse), so wird der Zuwendende den Pflichtteilsberechtigten nach Analogie des § 516 Abs. 2 unter Setzung einer angemessenen Frist zur Erklärung auffordern können, ob er die Zuwendung mit der getroffenen Bestimmung annehme. Da es sich hierbei für den Pflichtteilsberechtigten nicht um einen reinen Vorteil handelt, so wird hier jedoch in dessen Schweigen innerhalb der Frist (im Gegensatz zu § 516 Abs. 2) nicht schon ohne weiteres Annahme erblickt werden dürfen. Verweigert der Pflichtteilsberechtigte die von ihm verlangte Zustimmung, so wird die Zuwendung der Kondiktion unterliegen (vgl. § 516 Abs. 2 Satz 2).

Bietet der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten eine Leistung, zu der er diesem gegenüber rechtlich verpflichtet ist (z. B. die Rückzahlung einer Darlehnsschuld oder die Gewährung einer Aussteuer nach Maßgabe des § 1620) mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil an, so kann der Gläubiger ein solches Angebot selbstverständlich zurückweisen, ohne in Empfangsverzug zu geraten. Selbst die Annahme des Angebots würde aber die Bestimmung des Erblassers hier ebensowenig wirksam machen können wie in dem unter c a. E. besprochenen Falle, da es sich hier wie dort um einen nur in der Form des Erbverzichts möglichen teilweisen Pflichtteilsverzicht handelt (vgl. Strohal I § 55 Anm. 7; s. auch OLG. Dresden an dem bei c a. O.).

e) Eine vom Erblasser, mit der in § 2315 bezeichneten Bestimmung, einem Pflichtteilsberechtigten gemachte und von diesem angenommene Zuwendung kann hinterher nicht deshalb kondiziert werden, weil der Empfänger der Zuwendung vor dem Erblasser stirbt und infolgedessen praktisch als Pflichtteilsberechtigter überhaupt nicht in Betracht kommt. Unter Umständen greift jedoch in diesem Falle Abs. 3 von § 2315 ein.

4. **Bewertung der Zuwendung.** Der anzurechnende Wert der Zuwendung bestimmt sich gemäß **Abs. 2 Satz 2** nach der Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist. Hierunter ist, wenn zunächst nur versprochen und erst später geleistet worden ist, der Zeitpunkt der Leistung zu verstehen (vgl. Erl. 2 zu § 2055). Hat der Erblasser bei der Zuwendung eine Bestimmung über den anzurechnenden Wert getroffen und bleibt dieser Wert hinter dem wirklichen Werte der Zuwendung zurück, so wird dem Pflichtteilsberechtigten nur der vom Erblasser bestimmte Wert angerechnet. Liegt in der Zuwendung an den durch die Wertbestimmung begünstigten Pflichtteilsberechtigten jedoch eine Schenkung, so können anderen Pflichtteilsberechtigten die Vorschriften der §§ 2325 ff. zustatten kommen. Ist dagegen der nach der Bestimmung des Erblassers anzurechnende Wert höher als der wirkliche Wert der Zuwendung, so wird der höhere Wert nur in Ansatz zu bringen sein, wenn, da es sich praktisch um einen teilweisen Pflichtteilsverzicht handelt, der Anforderung des § 2348 entsprochen ist (Strohal I § 55 Anm. 8).

5. **Abs. 3** trifft für den Fall Vorsorge, daß ein Abkömmling, der eine Zuwendung mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil erhalten hat, als Pflichtteilsberechtigter wegfällt. Hier soll die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden. Was das praktisch bedeutet, kann (obschon dies meist übersehen wird) nur herausgestellt werden, wenn man also unterscheidet:

a) Der anrechnungspflichtige Abkömmling ist vor dem Erblasser gestorben. In diesem Falle muß sich der an Stelle des weggefallenen Abkömmlings tretende Abkömmling des Erblassers die anrechnungspflichtige Zuwendung, obschon er selbst sie nicht empfangen hat, in gleicher Weise auf den Pflichtteil anrechnen lassen, wie der Empfänger anrechnungspflichtig gewesen wäre, wenn dieser den Erbfall erlebt hätte. Ob der eintretende Abkömmling im Verhältnisse zu dem weggefallenen ein Abkömmling oder Seitenverwandter ist, begründet keinen Unterschied (Erl. 1 zu § 2051), ebensowenig, ob er Erbe des Weggefallenen geworden und die Zuwendung bzw.

deren Wert erhalten hat oder nicht. Würde durch den Tod des Empfängers der Zuwendung der für ihn eintretende Abkömmling nicht erst Erbe werden, sondern nur eine Erhöhung seines gesetzlichen Erbteils erfahren, so ist der im § 1935 für die Ausgleichungspflicht aufgestellte Grundsatz vermöge der entsprechenden Anwendung des auf die letztere bezüglichen § 2051 Abs. 1 auch hier zur Anwendung zu bringen. Der ursprüngliche Erbteil und derjenige, um welchen er sich erhöht, sind auch hinsichtlich der Anrechnung auf den Pflichtteil als besondere Erbteile anzusehen. Es erleidet daher der nach dem ursprünglichen Erbteile zu berechnende Pflichtteil des eintretenden Abkömmlings keine Verkürzung, wenn der Pflichtteil des weggefallenen Abkömmlings durch die anzurechnende Zuwendung überschwert ist, und umgekehrt wird auch ein Fehlbetrag, der sich bei dem eigenen Pflichtteile des Eintretenden zufolge einer seinerseits erhaltenen Zuwendung ergibt, nicht von dem Pflichtteil aus dem Erbteil des Weggefallenen in Abzug gebracht (vgl. Erl. 4 zu § 2056). Im übrigen muß, da nur eine entsprechende Anwendung des § 2051 vorgeschrieben ist, von der für die Ausgleichungspflicht bestehenden Voraussetzung, daß mehrere Abkömmlinge nebeneinander stehen, hier abgesehen und dem eintretenden Abkömmling die Zuwendung an den weggefallenen auch dann angerechnet werden, wenn er nunmehr der einzige in Betracht kommende Abkömmling ist (vgl. Strohal I § 55 bei Anm. 13, ebenso jetzt die allgemeine Meinung). Die Anrechnungspflicht des an Stelle des weggefallenen Abkömmlings tretenden Abkömmlings entfällt übrigens sicherlich dann, wenn der Erblasser bei der Zuwendung bestimmt hat, daß die Anrechnungspflicht nur den Empfänger der Zuwendung persönlich treffen soll.

b) Der anrechnungspflichtige Abkömmling hat den Erbfall erlebt, ist aber als Pflichtteilsberechtigter dadurch weggefallen, daß ihm in Verbindung mit der Ausschließung von der Erbfolge auch der Pflichtteil zur Strafe entzogen ist oder daß er den ihm angefallenen Erbteil ausgeschlagen hat oder für erbunwürdig erklärt ist. In diesen Fällen kann die entsprechende Anwendung des § 2051 Abs. 1 nur durchgreifen, wenn der an die Stelle des weggefallenen Abkömmlings tretende Abkömmling ein Abkömmling, nicht auch, wenn er ein Seitenverwandter des Weggefallenen ist. Trifft ersteres zu, so ist an Stelle des Weggefallenen dessen Abkömmling nach § 2309 pflichtteilsberechtigt, der sich aber nach § 2315 Abs. 3 auf seinen Pflichtteil dasjenige anrechnen lassen muß, was sich der Weggefallene hätte anrechnen lassen müssen. Ganz anders verhält es sich dagegen, wenn derjenige Abkömmling des Erblassers, welcher bei der gesetzlichen Erbfolge an Stelle des in der angegebenen Weise weggefallenen Abkömmlings tritt oder doch treten würde, ein Seitenverwandter des Weggefallenen ist. Beispiel: Der Erblasser hinterläßt zwei Söhne, A und B. Außerdem soll vorausgesetzt werden, daß ein Fremder F als Alleinerbe des auf 20000 sich belaufenden Nachlasses eingesetzt ist, ferner daß der Erblasser dem kinderlosen Sohne A, nachdem dieser von ihm eine anrechnungspflichtige Zuwendung von 4000 erhalten hatte, wegen einer Verfehlung den Pflichtteil zur Strafe entzogen hat. Hier würde der effektive Pflichtteil des A, dafern die Pflichtteilsentziehung nicht erfolgt wäre, nach § 2315 $\frac{20000+4000}{4} - 4000 = 2000$ betragen, der Pflichtteil des B dagegen, dem die von A erhaltene anrechnungspflichtige Zuwendung für die Berechnung seines (normalen) Pflichtteils nicht zustatten kommen kann (vgl. dazu noch Erl. 6), $\frac{20000}{4} = 5000$. Hieran würde aber, nach dem bei der vorausgesetzten Sachlage eingreifenden § 2310, dadurch nicht das geringste geändert, daß dem A das Recht auf den Pflichtteil zur Strafe entzogen ist; der Pflichtteil des B beträgt nur 5000 und die entsprechende Anwendung des § 2051 Abs. 1 kommt gar nicht in Frage, weil dasjenige, was A, wenn er pflichtteilsberechtigt wäre, als Pflichtteil verlangen könnte, für die Höhe des Pflichtteils des B überhaupt außer Betracht bleibt. Hierbei ist zu beachten, daß sich die auf dem Nachlaß ruhende Pflichtteilslast im vorliegenden Falle infolge des Umstandes, daß A in der vorerwähnten Weise als Pflichtteilsberechtigter weggefallen ist, tatsächlich verringert. Die von Endemann III § 131 Anm. 15 aufgestellte und von Herzfelder S. 664 übernommene Formel ist daher insoweit unzutreffend, als sie die Möglichkeit der Verringerung der Pflichtteilslast für ausgeschlossen erklärt.

c) Würden an Stelle des, gleichviel ob vor oder nach dem Erbfall und gleichviel in welcher Weise, als Pflichtteilsberechtigter weggefallenen einzigen Abkömmlings bei eintretender gesetzlicher Erbfolge die Eltern des Erblassers treten, so ist eine entsprechende Anwendung von § 2051 Abs. 1, die zur notwendigen Voraussetzung hat, daß an Stelle des weggefallenen Abkömmlings wieder ein Abkömmling tritt, ausgeschlossen. Sind also die Eltern in concreto pflichtteilsberechtigt, so entfällt für sie eine nach § 2315 Abs. 3 in Verbindung mit § 2051 Abs. 1

zu beurteilende Anrechnungspflicht vollständig. So auch die herrschende Meinung, über deren Ergebnis auch „freie Auslegung" des § 2315 Abs. 3 (von der Endemann III § 131 Anm. 15 die von ihm gewünschte Lösung erhofft) nicht hinweghelfen kann. Vgl. aber doch auch Erl. 8. Ebensowenig wie für die pflichtteilsberechtigten Eltern kann § 2315 Abs. 3 für den pflichtteilsberechtigten Ehegatten von Bedeutung sein.

6. Vorhandensein mehrerer Pflichtteilsberechtigter. In diesem Falle entsteht die Frage, ob die einem von ihnen gemachte Zuwendung bei der Bemessung des Pflichtteils aller Berechtigten oder nur bei dem Pflichtteile des Empfängers zu berücksichtigen ist, mit anderen Worten, ob die Hinzurechnung des Wertes der Zuwendung zum Nachlasse bei der Berechnung sämtlicher Pflichtteile oder nur so weit stattfindet, als es sich um den Pflichtteil des betreffenden Berechtigten handelt. Je nach der Beantwortung dieser Frage ist die weitere Frage zu entscheiden, ob, wenn von mehreren Pflichtteilsberechtigten nicht nur einer eine anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten hat, alle Zuwendungen auf einmal dem Nachlasse hinzugerechnet werden oder nur jede Zuwendung einzeln bei der Berechnung des Pflichtteils ihres Empfängers. Die weitere Auslegung, nach der die Hinzurechnung zugunsten aller Pflichtteilsberechtigten und bei mehreren Zuwendungen nach einem gemeinschaftlichen Verfahren erfolgen soll, wird vertreten von Endemann III § 131 Anm. 20; Böhm S. 443; Frommhold Anm. 3a, 4. Auf dem Standpunkte der engeren Auffassung, welche die Vorschrift des Abs. 2 nur auf die Berechnung des dem Empfänger der Zuwendung gebührenden Pflichtteils bezieht, stehen Strohal I § 55 bei Anm. 18; Cosack II § 416 Nr. III 1; Schiffner S. 41 Anm. 16; Herzfelder S. 663; Jacubezky S. 284. Der letztgedachten Auffassung ist, jedoch mit den später zu erwähnenden Modifikationen, beizutreten. Für sie spricht zunächst der Wortlaut des Abs. 2, nach welchem die Hinzurechnung „bei der Bestimmung des Pflichtteils", d. h. des Pflichtteils des im Abs. 1 bezeichneten Berechtigten, erfolgt, nicht minder auch die Entstehungsgeschichte. Der E. I, dessen § 1989 die beiden jetzigen §§ 2315, 2316 umfaßte, ging davon aus, daß in allen Fällen der „Abrechnung auf den Pflichtteilsanspruch" durch die Abrechnung bzw. Hinzurechnung nur der Pflichtteilsanspruch des Empfängers der Zuwendung berührt werde. Dies hat die zweite Kommission für den Fall einer unter den Abkömmlingen des Erblassers stattfindenden Ausgleichung, also für den jetzigen § 2316, geändert, indem sie hier den Grundsatz aufstellte, daß von der Erhöhung des Nachlasses, die sich aus der Hinzurechnung der Zuwendung ergibt, nicht nur der Empfänger, sondern auch die übrigen Pflichtteilsberechtigten Vorteil ziehen müßten (P. II Bd. 5 S. 524 f.). Zu § 2315 ist dagegen der Standpunkt des E. I festgehalten und auch bei den späteren, ausschließlich auf § 2316 bezüglichen Beschlüssen (P. I Bd. 6 S. 102 f.) nicht verlassen worden. Zur Rechtfertigung dieser verschiedenen Behandlung der Fälle der §§ 2315 und 2316 läßt sich folgendes sagen: Im § 2316 kommt es darauf an, die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge untereinander gleichzustellen, so daß die nicht begünstigten Abkömmlinge im Ergebnisse dasselbe erhalten, was der Empfänger der Zuwendung unter Berücksichtigung der letzteren erhält. Bei anderen Pflichtteilsberechtigten als Abkömmlingen besteht kein Grund, die Berechtigten mit Bezug auf den aus der rechnerischen Erhöhung des Nachlasses erwachsenden Vorteil untereinander gleichzustellen, und ebensowenig, sie gegenüber dem eingesetzten Erben zu begünstigen. Trifft der Erblasser eine Bestimmung im Sinne des § 2315 Abs. 1, so wird seine Absicht dabei sein, die eigene Befugnis zur dereinstigen Verfügung über sein Vermögen, nicht aber die Rechte der nicht begünstigten Pflichtteilsberechtigten zu erweitern. Es ist mithin die Hinzurechnung zum Nachlaß auf Grund des § 2315 lediglich zugunsten des Empfängers der Zuwendung vorzunehmen. Zu beachten ist jedoch einmal, daß der Fall des § 2315 mit dem des § 2316 zusammentreffen kann, und ferner, daß, wenn die Zuwendung, deren Anrechnung auf den Pflichtteil der Erblasser vorgeschrieben hat, eine Schenkung ist, die gemäß §§ 2325 ff. den Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils begründet, zwecks Durchführung dieses Anspruchs eine auch den übrigen Pflichtteilsberechtigten zustatten kommende Hinzurechnung derselben zum Nachlaß erfolgt (§ 2325 Abs. 1, § 2327 Abs. 1 Satz 2, vgl. Strohal I § 55 bei Anm. 17).

Es können sich übrigens noch folgende Modifikationen ergeben:

a) In Fällen, wo § 2315 Abs. 3 durchgreift. Beispiel: Es handelt sich bei einem vorausgesetzten Nachlaß von 10000 um die Berechnung des Pflichtteils für des Erblassers Enkel X und Y, die bei eintretender gesetzlicher Erbfolge allein erben, hierbei aber an Stelle eines vorverstorbenen Sohnes des Erblassers, ihres Vaters, treten würden, der eine anrechnungspflichtige Zuwendung von 8000 erhalten hatte. Die Pflichtteile beider Enkel zusammen belaufen sich hier auf soviel, als der dem weggefallenen Sohne selbst, wenn er den Erbfall erlebt hätte, gebührende

Pflichtteil betragen würde, also auf $\frac{10000+8000}{2}-8000=1000$, so daß auf jeden Enkel ein Pflichtteil von 500 entfällt. Zu einem anderen Ergebnisse würde man gelangen, wenn man den Pflichtteil jedes Enkels mit Rücksicht darauf, daß jeder von ihnen sich von der an ihren Vater erfolgten anrechnungspflichtigen Zuwendung nur die Hälfte anrechnen zu lassen hat, besonders auf $\frac{10000+4000}{4}-4000$ berechnen wollte, wobei sich ein effektiver Pflichtteil für keinen der beiden Enkel mehr herausstellen würde. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch der Absicht des § 2315 Abs. 3, die vielmehr dahingeht, daß bei der Berechnung der den an die Stelle des weggefallenen Sohnes tretenden Enkeln gebührenden Pflichtteile der volle Wert der von jenem erhaltenen anrechnungspflichtigen Zuwendung einheitlich dem Nachlaß zugerechnet wird.

b) Es dürfte nicht zu bezweifeln sein, daß der Erblasser bei einer lebzeitigen Zuwendung an einen Pflichtteilsberechtigten auch bestimmen kann, es solle der Wert der Zuwendung nicht nur zum Zwecke der Berechnung des Pflichtteils des Empfängers, sondern auch bei der Berechnung der Pflichtteile anderer Pflichtteilsberechtigter dem Nachlaß zugerechnet werden.

7. Ist **letztwillige Aufhebung** der vom Erblasser bei der Zuwendung an einen Pflichtteilsberechtigten bestimmten Anrechnung auf den Pflichtteil möglich? Da die Bestimmung der Anrechnung regelmäßig andere Pflichtteilsberechtigte völlig unberührt läßt, so wird die Frage grundsätzlich zu bejahen sein. Wo diese Voraussetzung ausnahmsweise nicht zutrifft (vgl. Erl. 7 b), kann der Erblasser durch letztwilligen Erlaß der Anrechnungspflicht das Recht eines anderen Pflichtteilsberechtigten nicht mehr beeinträchtigen.

8. **Verhältnis des § 2315 zu § 2309.** Liegen die Umstände so, daß an Stelle eines näheren Abkömmlings, der vom Erblasser eine letztwillige Zuwendung mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil erhalten hatte, ein von dem näheren Abkömmling abstammender entfernterer Abkömmling als Pflichtteilsberechtigter in Frage kommen kann, so ist schon durch § 2315 Abs. 3 dafür gesorgt, daß der entferntere Abkömmling den Pflichtteil nur so weit verlangen kann, als dieser durch die vom näheren Abkömmling empfangene anrechnungspflichtige Zuwendung nicht gedeckt ist. Wie verhält es sich aber, wenn, nachdem der einzige Abkömmling (vgl. aber auch noch die folgende Ausführung unter c), welcher die anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten hat, als Pflichtteilsberechtigter weggefallen ist, etwa der Vater des Erblassers als Pflichtteilsberechtigter auftritt? Daß § 2315 Abs. 3 hier keinesfalls eingreifen kann, ist schon in Erl. 5 c festgestellt worden. Es bleibt jedoch auch § 2309 zu berücksichtigen, wobei man zu folgenden Unterscheidungen gelangt.

a) War der Empfänger der Zuwendung durch Tod vor dem Erbfall weggefallen, so daß nunmehr der Vater des Erblassers als nächster gesetzlicher Erbe in Betracht kommt, so ist, weil ein Abkömmling, der den Vater von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, zur Zeit des Erbfalls überhaupt nicht mehr vorhanden ist, ein Anwendungsfall des § 2309 nicht gegeben. Der von der Erbfolge ausgeschlossene Vater kann daher den vollen Pflichtteil begehren und die vom vorverstorbenen Abkömmling empfangene anrechnungspflichtige Zuwendung ist somit für den Umfang des Pflichtteilsrechtes des Vaters bedeutungslos.

b) Lebt dagegen der anrechnungspflichtige Abkömmling zur Zeit des Erbfalls noch, so kommt es darauf an, ob die anrechnungspflichtige Zuwendung den Pflichtteil des Abkömmlings vollständig deckt oder ob dies nicht zutrifft. Im ersten Falle kann von einem Pflichtteilsanspruch des Abkömmlings selbstverständlich keine Rede sein, aber auch nicht von einem des Vaters. Das letztere Ergebnis wird fast allgemein darauf gestützt, daß ein durch die anrechnungspflichtige Zuwendung hinsichtlich seines Pflichtteils vollständig gedeckter Abkömmling als ein solcher angesehen werden müsse, der den Pflichtteil im Sinne des § 2309 „verlangen kann" (so auch noch Strohal I § 55 bei Anm. 14; Langheineken Sächs. Arch. 14 S. 431 bei Anm. 67 und viele andere. Bedenken nur bei Reier S. 28 f. und andeutungsweise bei Dernburg V § 109 Anm. 7, die aber beide auf die Frage nicht näher eingehen; Reier läßt sie beiseite, weil er sich nur mit dem Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge beschäftigt, für die allerdings § 2315 Abs. 3 maßgebend ist, während Dernburg zu übersehen scheint, daß § 2315 Abs. 3 für die an Stelle eines Abkömmlings, der eine anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten hat, tretenden Eltern nicht gilt). Es dürfte aber richtiger sein, einen solchen Abkömmling nicht demjenigen gleichzustellen, welcher den Pflichtteil verlangen kann, sondern demjenigen, welcher im Sinne des § 2309 „das Hinterlassene angenommen hat" und

auf diese Weise hinsichtlich des ihm zukommenden Pflichtteils vollständig gedeckt ist (vgl. auch Landsberg Lehrbuch S. 1249 Anm. 3). Auch nach dieser Auffassung ist der Vater bei der bezeichneten Sachlage keinesfalls pflichtteilsberechtigt. Der Unterschied beider Auffassungen tritt praktisch mit Deutlichkeit hervor, wenn die dem Abkömmling mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil gemachte Zuwendung den Pflichtteil des Abkömmlings nicht vollständig deckt, in Ansehung des Restes aber auch ein Pflichtteilsanspruch des Abkömmlings nicht besteht, etwa weil der Pflichtteilsanspruch wegen Erbunwürdigkeit angefochten ist, oder weil der Erblasser dem von der Erbfolge ausgeschlossenen Abkömmling den Pflichtteilsrestanspruch zur Strafe entzogen hat. Die entsprechende Anwendung des § 2309 führt dann zu dem Ergebnisse, daß der Pflichtteilsanspruch des Vaters (bzw. wenn beide Elternteile noch leben, die Pflichtteilsansprüche beider zusammen) keinesfalls größer sein kann (bzw. können), als der dem Abkömmling, dafern dieser pflichtteilsberechtigt wäre, zukommende Pflichtteilsrestanspruch. Daß dieses Ergebnis befriedigender ist und dem Grundgedanken des § 2309 gerechter wird, als wenn man dem Vater den Anspruch auf den vollen Pflichtteil zusprechen wollte, wird nicht verkannt werden können. Die hervorgehobenen Ergebnisse werden selbst dann festzuhalten sein, wenn der Abkömmling, welcher die anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten hat, für erbunwürdig erklärt worden ist. In aller Regel freilich wird für das Eingreifen des § 2309 kein Raum sein, wenn der bei der gesetzlichen Erbfolge als nächster Erbe in Betracht kommende Abkömmling des Erblassers für erbunwürdig erklärt ist (§ 2344). Denn ein solcher Abkömmling kann keinen Pflichtteilsanspruch haben und wird praktisch auch keinen vermächtnisrechtlichen Erwerb machen können (vgl. Erl. I zu § 2309). Durch die Erbunwürdigkeitserklärung völlig unberührt bleibt jedoch der Erwerb, den der für erbunwürdig Erklärte bei Lebzeiten des Erblassers durch eine ihm von diesem mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil gewährte Zuwendung gemacht hat. Es dürfte daher auch angemessen sein, bezüglich der Frage, ob und in welchem Umfange der Vater bzw. die Eltern des Erblassers pflichtteilsberechtigt ist bzw. sind, hier § 2309 in gleicher Weise heranzuziehen, wie er nach obigem heranzuziehen ist, wenn der Erblasser dem (zur Zeit des Erbfalls noch lebenden) Abkömmling, nachdem dieser eine anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten hatte, das Recht auf den Pflichtteil zur Strafe entzogen hat.

c) Denkt man sich, daß außer dem anrechnungspflichtigen Abkömmling noch ein zweiter Abkömmling des Erblassers vorhanden ist, der bei eintretender gesetzlicher Erbfolge neben jenem erben würde, so kann nach dem in Erl. 4b zu § 2310 Bemerkten ein Pflichtteilsrecht der Eltern nur in Frage kommen, wenn beide Abkömmlinge als Pflichtteilsberechtigte nicht in Betracht kommen. Trifft diese Voraussetzung zu, so könnten aber doch die Pflichtteile der beiden Elternteile zusammen nach dem entsprechend anzuwendenden § 2309 nicht größer sein als dasjenige, was beiden Abkömmlingen zusammen aus dem Nachlaß als Pflichtteil noch gebühren würde, wenn sie pflichtteilsberechtigt wären.

9. Verhältnis zu § 2306 Abs. 1 Satz 1. Die im § 2315 bestimmte Anrechnung auf den Pflichtteil vollzieht sich von Rechts wegen und braucht also von anderen Interessenten, insbesondere vom Erben nicht erst im Wege der Einrede im technischen Sinne geltend gemacht zu werden (vgl. auch M. V S. 410). Hiermit steht folgender Punkt in untrennbarem Zusammenhange. Ist der Pflichtteilsberechtigte durch eine auf den Pflichtteil anzurechnende lebzeitige Zuwendung vollständig gedeckt, so hat er, wennschon ihm weder ein Erbteil, noch ein Vermächtnis hinterlassen ist, doch keinen Pflichtteilsanspruch. Hat aber der Erblasser einem solchen an sich Pflichtteilsberechtigten doch noch die Möglichkeit eines erb- oder vermächtnisrechtlichen Erwerbes offen gelassen, so würde dieser in den Fällen des § 2306 Abs. 1 Satz 2 und des § 2307 durch Ausschlagung des ihm Hinterlassenen einen Pflichtteilsanspruch nicht für sich zur Entstehung bringen können. Besteht aber das Hinterlassene in einem die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigenden Erbteil, auf den der Erblasser Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art etwa mit der Beifügung gelegt hat, daß der Bedachte, da er hinsichtlich seines Pflichtteils ohnedies schon gedeckt sei, sich diese Beschränkungen bzw. Beschwerungen gefallen lassen müsse, so würde hier der Rechtssatz des § 2306 Abs. 1 S. 1 nicht eingreifen, d. h. die Beschränkungen und Beschwerungen würden nicht in Wegfall kommen. Da die erwähnte Beifügung des Erblassers übrigens nur erläuternden Charakter hat, so wird die Entscheidung dieselbe bleiben müssen, wenn eine solche Beifügung fehlt (vgl. Strohal I § 55 bei Anm. 20; zustimmend Dernburg V § 110 Nr. IV 4; anders Herzfelder S. 664). Liegt ein verwandter Fall doch auch dann vor, wenn der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten außer

§. 2316. Der Pflichttheil eines Abkömmlinges bestimmt sich, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind und unter ihnen im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen sein würde, nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbtheil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Theilung entfallen würde. Ein Abkömmling, der durch Erbverzicht

---

einem die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nicht übersteigenden, mit Beschränkungen oder Beschwerungen belasteten Erbteil auch noch ein Vermächtnis hinterlassen hat, wo § 2306 Abs. 1 Satz 1 zugunsten des Pflichtteilsberechtigten nur eingreift, wenn dieser das Vermächtnis ausschlägt (vgl. Erl. 2b zu § 2307), also nur unter einer Voraussetzung, die hinsichtlich einer lebzeitigen anrechnungspflichtigen Zuwendung überhaupt nicht in Frage kommen kann. Vielleicht darf man auf Grund des Gesagten den allgemeinen Satz aufstellen, daß im Falle einer vom Pflichtteilsberechtigten empfangenen anrechnungspflichtigen Zuwendung die auf einen dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen und über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht hinausgehenden Erbteil gelegten Beschränkungen oder Beschwerungen nur dann als nicht angeordnet zu gelten haben, wenn der Wert des von Beschränkungen und Beschwerungen freien Erbteils den Wert des dem Pflichtteilsberechtigten nach § 2315 noch gebührenden Pflichtteils nicht übersteigt (so Strohal a. a. O.; anders noch die früheren Auflagen dieses Kommentars).

10. Zuwendung unter Lebenden mit der Bestimmung **der Anrechnung auf den Erbteil.** Der dem § 2315 BGB. entsprechende § 2288 der Reichstagsvorlage enthielt als Satz 2 von Abs. 1 noch folgende Vorschrift: „Die Bestimmung, daß eine Zuwendung auf den Erbteil angerechnet werden soll, gilt im Zweifel auch für die Anrechnung auf den Pflichtteil". Die Reichstagskommission hat diese Auslegungsregel jedoch als zu weit gehend befunden und deshalb gestrichen. Wohl mit Recht; denn wennschon die Auslegung im konkreten Falle sehr wohl dazu führen kann, daß die Bestimmung der Anrechnung einer Zuwendung auf den Erbteil auch für die Anrechnung auf den Pflichtteil maßgebend sein soll, so läßt sich doch nicht verkennen, daß diese und jene Anrechnung sachlich verschiedene Dinge sind (vgl. auch RG. v. 25. Februar 1904 im Recht 1904 S. 248; anders eine E. in JMSch. f. Posen 1904 S. 77). Die vom Erblasser hinsichtlich einer lebzeitigen Zuwendung an einen anderen getroffene Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil zielt unmittelbar auf eine pflichtteilsrechtliche Wirkung ab. Für die Bestimmung der Anrechnung einer Zuwendung auf den Erbteil trifft dies nicht zu. Eine solche Bestimmung will zunächst nur den Fall treffen, daß der Empfänger der Zuwendung wirklich zur Erbfolge gelangt und erweist sich in diesem Falle auch dann als praktisch, wenn der Empfänger der Zuwendung kein Pflichtteilsberechtigter ist; sie kann ferner, soweit pflichtteilsrechtliche Wirkungen nicht in Frage kommen (was auch zutrifft, wenn der Empfänger der Zuwendung zwar ein Pflichtteilsberechtigter ist, in Ansehung seines Pflichtteils aber durch die vom Erblasser bestimmte Anrechnung auf den Erbteil nicht verkürzt wird) vom Erblasser nicht nur bei der Zuwendung, sondern auch hinterher durch letztwillige Verfügung getroffen werden. Eine Bestimmung der Anrechnung einer Zuwendung auf den Erbteil kann insbesondere auch den Sinn haben, daß die Zuwendung vom Empfänger anderen Personen gegenüber zur Ausgleichung gebracht werden soll (vgl. dazu Erl. 4b zu § 2050). Erweist sich in einem Falle dieser Art eine Berechnung des Pflichtteils des Empfängers der Zuwendung als notwendig, so ist durch Auslegung wieder festzustellen, ob die Zuwendung bei der Pflichtteilsberechnung als eine lediglich ausgleichungspflichtige (vgl. § 2316 Abs. 1) zu behandeln ist, oder als eine solche, die zugleich auch auf den Pflichtteil des Empfängers anzurechnen ist (vgl. § 2316 Abs. 4).

§ 2316.

E. I § 1989 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, § 1990 Abs. 2; II § 2181 verb. § 2290; III § 2289. P. I E. 10207 ff., 10218 ff., 11463 ff., 12258; M. V E. 410 ff. P. II Bd. 5 E. 522 ff., 892; Bd. 6 E. 102 f., 320, 351. KB. E. 2105 f.

Ubbelohde in Jherings Jahrb. 39 S. 141 ff.; Langheineken in SeuffBl. 71 S. 269 ff.; v. Jacubezky in SeuffBl. 71 S. 397 ff. Vgl. übrigens auch die bei § 2315 angegebene Literatur.

1. Über den Inhalt des § 2316 im allgemeinen und sein Verhältnis zu § 2315 ist schon in Erl. 1 zu § 2315 die Rede gewesen. **Voraussetzung** des § 2316 ist, daß mehrere Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind, die zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, und daß

von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, bleibt bei der Berechnung außer Betracht.

Ist der Pflichttheilsberechtigte Erbe und beträgt der Pflichttheil nach Abs. 1 mehr als der Werth des hinterlassenen Erbtheils, so kann der Pflichttheilsberechtigte von den Miterben den Mehrbetrag als Pflichttheil verlangen, auch wenn der hinterlassene Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils erreicht oder übersteigt.

Eine Zuwendung der im §. 2050 Abs. 1 bezeichneten Art kann der Erblasser nicht zum Nachtheil eines Pflichttheilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen.

Ist eine nach Abs. 1 zu berücksichtigende Zuwendung zugleich nach §. 2315 auf den Pflichttheil anzurechnen, so kommt sie auf diesen nur mit der Hälfte des Werthes zur Anrechnung.

---

einer oder einige von ihnen von dem Erblasser unter Lebenden eine Zuwendung erhalten haben, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würde.

a) Die **mehreren Abkömmlinge** müssen bei eintretender gesetzlicher Erbfolge nebeneinander als Erben berufen sein. Ob einer von ihnen wirklich Erbe wird, ist unerheblich. Die Vorschrift findet mithin auch dann Anwendung, wenn ausschließlich Fremde als Erben eingesetzt sind.

b) Bei der Frage, ob die vorhandenen Abkömmlinge gesetzliche Erben sein würden, wird die **durch die im § 2310 Satz 1 bezeichneten Vorgänge nicht modifizierte Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge** zugrunde gelegt. Es wird daher wie nach § 2310 bei der Feststellung des für den Pflichtteil maßgebenden Erbteils ein letztwillig ausgeschlossener, ein ausschlagender und ein erbunwürdiger Abkömmling mitgezählt (P. II Bd. 6 S. 103; Strohal I § 56 S. 492 und die weitaus überwiegende Meinung; a. A. jedoch Küntzel S. 635, der den § 2316 nur zur Anwendung bringen will, wenn es zu einer Erbauseinandersetzung kommen würde, also nicht, wenn außer dem weggefallenen nur noch ein Abkömmling vorhanden ist). Nicht berücksichtigt wird ein Abkömmling, der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (Abs. 1 Satz 2, vgl. § 2310 Satz 2 und die dortige Erl. 2 bezüglich desjenigen, welcher nicht schlechthin auf sein gesetzliches Erbrecht, sondern nur auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat).

c) Die Zuwendungen, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen sein würden, sind im § 2050 angegeben. Soweit ein Abkömmling mitgezählt wird (vorstehend zu b), ist nach Maßgabe der §§ 2051, 2053, 2054 auch eine ihm gemachte Zuwendung zu berücksichtigen.

2. **Art der Pflichtteilsberechnung.** Sind die in Erl. 1 hervorgehobenen Voraussetzungen gegeben, so bestimmt sich der Pflichtteil „eines Abkömmlings nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht bei der Teilung entfallen würde" **(Abs. 1 Satz 1).** Hiermit ist keineswegs eine Bestimmung über die Anrechnung ausgleichungspflichtiger Zuwendungen auf den Pflichtteil des Empfängers getroffen (vgl. RG. im Recht 1904 S. 248). Das Gesetz zielt vielmehr nur darauf ab, die unter Abkömmlingen bei der gesetzlichen Erbfolge nach den §§ 2050 bis 2056 zu treffende Ausgleichung auch bei der Pflichtteilsberechnung zu verwerten (vgl. Strohal I § 56 S. 473). Es ist demgemäß (gegen die verfehlte Auslegung, welche § 2316 bei Ubbelohde S. 141 ff., 149 ff. erfahren hat, vgl. Strohal I § 56 Anm. 3, 13) also zu verfahren:

a) Dem Werte des Nachlasses, soweit er den nach Maßgabe von § 2310 mitzuzählenden Abkömmlingen zukommen würde, sind die Werte der sämtlichen Zuwendungen, die bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen wären, zuzurechnen. Würden also bei eintretender gesetzlicher Erbfolge nur Abkömmlinge zur Erbfolge gelangen, so erfolgt die Zurechnung des Wertes der Zuwendung zum Werte des Gesamtnachlasses. Würde dagegen neben den Abkömmlingen auch der überlebende Ehegatte des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge gelangen, so erfolgt die Zurechnung des Wertes der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen nicht zum Werte des Gesamtnachlasses, sondern mit Rücksicht darauf, daß auf den überlebenden Ehegatten als gesetzlichen Erben bei der vorausgesetzten Sachlage $^1/_4$ des Nachlasses entfiele (§ 1931), nur zu dem Werte von $^3/_4$ des Nachlasses (§ 2055 Abs. 1 Satz 2).

b) Auf Grundlage der nach Maßgabe von a ermittelten Summe werden die Erbteile der einzelnen Abkömmlinge berechnet (§ 2055).

c) Von dem Erbteile jedes Abkömmlings ist der Wert derjenigen Zuwendung in Abzug zu bringen, welche der Abkömmling bei der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung zu bringen haben würde (§ 2055 Abs. 1 Satz 1). Hierdurch wird derjenige Betrag gewonnen, welcher auf den Abkömmling im Falle der gesetzlichen Erbfolge von dem wirklichen Nachlaßbestande bei der Teilung entfallen würde.

d) Die Hälfte des nach Maßgabe von c zugunsten des einzelnen Abkömmlings sich herausstellenden Betrags ist der Pflichtteil des Abkömmlings.

3. Durchführung an Beispielsfällen. Bei diesen wird der Einfachheit wegen immer vorausgesetzt, daß alle Abkömmlinge von der Erbfolge ausgeschlossen sind und daß ein überlebender Ehegatte nicht vorhanden ist.

a) Nachlaßbestand 10000. Von den beiden Söhnen des Erblassers hat A eine Ausstattung von 10000, B eine solche von 8000 erhalten. Demgemäß wird der Pflichtteil des A die Hälfte von $\left(\frac{10000+10000+8000}{2}-10000\right)=2000$ und der Pflichtteil des B die Hälfte von $\left(\frac{10000+10000+8000}{2}-8000\right)=3000$ betragen. Die Pflichtteile beider Söhne zusammen belaufen sich also hierbei auf 5000, d. i. auf gerade so viel, als sie sich belaufen würden, wenn keiner der beiden Söhne eine der Ausgleichung unterliegende Zuwendung erhalten hätte. Durch das Verfahren nach § 2316 wird also in diesem Falle die auf dem Nachlaß ruhende Pflichtteilslast weder erhöht noch verringert, sondern nur das Verhältnis der den beiden Söhnen gebührenden Pflichtteile zueinander verändert.

b) Nimmt man unter sonst gleichen Umständen an, daß beide Söhne Ausstattungen in der Höhe von je 10000 empfangen haben, so gebührt jedem von ihnen ein Pflichtteil von 2500.

c) Hat von den beiden Söhnen unter sonst ebenfalls gleichen Umständen nur der A eine zur Ausgleichung zu bringende Zuwendung von 10000 erhalten, so würde der A im Falle der gesetzlichen Erbfolge bei der Teilung aus dem Nachlaß nichts, der B dagegen den ganzen Nachlaß erhalten. Der Pflichtteil des A ist somit = 0, der Pflichtteil des B = 5000. Mehr als 5000 würde der Pflichtteil des B übrigens auch dann nicht betragen, wenn die von A zum Ausgleich zu bringende Zuwendung sich auf 12000 beliefe (vgl. auch § 2056 und dazu Strohal I § 56 Anm. 41; s. auch KG. in Rspr. 11 S. 232). Wegen der möglicherweise in Betracht kommenden Pflichtteilsergänzung vgl. Erl. 4.

d) Geht man von der Annahme aus, daß A eine der Ausgleichung unterliegende Zuwendung von 6000, B dagegen keine solche Zuwendung erhalten hat und daß der Erblasser dem B das Recht auf den Pflichtteil wirksam entzogen hat, so hat B natürlich kein Pflichtteilsrecht. Trotzdem würde sich der Pflichtteil des A bei dem auch hier vorausgesetzten Nachlaßbestand von 10000 nach §§ 2310, 2316 nur auf 1000 belaufen und, wenn die von ihm erhaltene ausgleichungspflichtige Zuwendung noch entsprechend höher wäre, möglicherweise sogar gleich Null sein. Wegen der Frage, ob und inwieweit in Fällen solcher Art ein Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten wirksam werden kann, vgl. Erl. 5.

4. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten. Eventuelle Anwendbarkeit von § 2325. Kommt neben den Abkömmlingen auch der überlebende Ehegatte als Pflichtteilsberechtigter in Betracht, so wird die Berechnung des diesem gebührenden Pflichtteils durch § 2316 nicht berührt. Da der überlebende Ehegatte als gesetzlicher Erbe neben den Abkömmlingen 1/4 des Nachlasses erhalten würde, so beläuft sich dessen Pflichtteil auf den Wert von 1/8 des effektiven Nachlasses. Die unter den Abkömmlingen auszugleichenden Zuwendungen können für die pflichtteilsrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten nur insoweit von Erheblichkeit sein, als sie Schenkungen sind, und als sich für ihn aus diesem Grunde ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung nach §§ 2325 ff. ergeben kann. Ein solcher Anspruch kann übrigens unter Umständen auch einem Abkömmling zustehen, obschon für die Berechnung von dessen Pflichtteil § 2316 maßgebend ist. Beispiel: Nachlaß = 1000. Nächste gesetzliche Erben würden die von der Erbfolge ausgeschlossenen Söhne des Erblassers, A und B, sein. Von diesen hatte A eine der Ausgleichung unterliegende Zuwendung, die zugleich den Charakter der Schenkung hat, in Höhe von 3000, B dagegen überhaupt keine Zuwendung erhalten. Die Heranziehung von § 2056 (vgl. auch oben Erl. 3c) ergibt hier, daß A als Pflichtteil nichts zu fordern hat, B dagegen 500. Mit Rücksicht auf den schenkweisen Charakter der von A erhaltenen Zuwendung

gebührt aber dem B auch noch eine Pflichtteilsergänzung von 500, für die bei der vorausgesetzten Sachlage der Erbe aufzukommen hat (vgl. Strohal I § 56 Anm. 41).

5. Verhältnis des § 2316 zu § 2309. Wenn sich bei der nach § 2316 durchgeführten Pflichtteilsberechnung herausstellt, daß einer der Abkömmlinge lediglich wegen der Höhe seines der Ausgleichung unterliegenden Vorempfanges keinen Pflichtteil verlangen kann, so entsteht die Frage, ob hier nach § 2309 ein Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge dieses Abkömmlings in Frage kommen kann. Dies ist zu verneinen, zwar nicht aus dem in der Literatur fast durchgehends (auch noch von Strohal I § 56 bei Anm. 44; anders jedoch Langheineken, Sächs. Arch. 14 S. 434 ff. in Übereinstimmung mit Strohal 1. Aufl. S. 96 f.) angegebenen Grunde, daß ein solcher Abkömmling im Sinne des § 2309 demjenigen gleichzustellen sei, welcher den Pflichtteil verlangen kann, sondern deshalb, weil ein solcher Abkömmling im Sinne des § 2309 gleich demjenigen zu behandeln ist, welcher das ihm Hinterlassene angenommen und auf diese Weise praktisch den vollen Pflichtteil erhalten hat (vgl. übrigens auch § 2051 Abs. 1).

Ergibt die nach § 2316 in Ansehung eines Abkömmlings durchgeführte Pflichtteilsberechnung einen positiven Betrag (der bei einem lediglich ausgleichungspflichtigen Abkömmling immer kleiner und bei einem lediglich ausgleichungsberechtigten Abkömmling immer größer sein wird als der Wert des normalen, d. h. abgesehen von der Berücksichtigung der Ausgleichung, sich herausstellenden Pflichtteils), und ist dieser Abkömmling zugleich, z. B. weil ihm das Recht auf den Pflichtteil zur Strafe entzogen ist, oder weil sein Anspruch wegen Unwürdigkeit angefochten ist, in concreto nicht pflichtteilsberechtigt, so sind in Ansehung des ermittelten Betrags, also nicht darüber hinaus, die Abkömmlinge dieses Abkömmlings pflichtteilsberechtigt. Obschon sich dieses Ergebnis schon aus § 2309 ableiten läßt, so erhält es doch noch weitere Bestätigung durch den im § 2316 Absatz 1 Satz 1 bezüglich der Pflichtteilsberechnung für maßgebend erklärten § 2051 Abs. 1 (so auch Langheineken S. 432 Anm. 69).

Würde bei der gesetzlichen Erbfolge an Stelle eines nach §§ 2310, 2316 mitzuzählenden Abkömmlings, der als Pflichtteilsberechtigter weggefallen ist, ein anderer Abkömmling des Erblassers, der aber nur Seitenverwandter des Weggefallenen ist, treten, so könnte hierdurch die Höhe des dem anderen Abkömmling gebührenden Pflichtteils nicht beeinflußt werden (vgl. § 2310 und dazu Erl. 5b zu § 2315 und die obige Erl. 3d).

Ein Pflichtteilsrecht der Eltern des Erblassers kann im Falle des § 2316 nur in Frage kommen, wenn von allen vorhandenen Abkömmlingen keiner pflichtteilsberechtigt ist (vgl. Erl. 4b zu § 2310 und Erl. 8c zu § 2315; wesentlich anders Langheineken S. 432 ff.). Dies ist aber z. B. bereits der Fall, wenn von des Erblassers zwei Abkömmlingen, A und B, der erstere nicht pflichtteilsberechtigt ist, weil ihm der Pflichtteil zur Strafe entzogen ist und der letztere nicht, weil auf ihn ein aus dem Nachlaß zu leistender Pflichtteil wegen seines der Ausgleichung unterliegenden Vorempfangs nicht mehr entfällt. Ein Abzug von dem normalen Pflichtteil der Eltern wegen desjenigen, was die Abkömmlinge an Zuwendungen der im § 2316 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Art erhalten haben, kann hierbei regelmäßig nicht in Frage kommen, weil der nach dem effektiven Nachlaß zu berechnende Pflichtteil beider Eltern zusammen ohnedies niemals größer sein kann als der Gesamtbetrag der aus dem wirklichen Nachlaßbestand zu entrichtenden Pflichtteile aller Abkömmlinge zusammen, der nach der in § 2316 Abs. 1 Satz 1 durchgeführten Berechnung immer der Hälfte des Wertes des Nachlasses, soweit er den Abkömmlingen zukommen würde, gleichkommt. Würde bei der eintretenden gesetzlichen Erbfolge auch der überlebende Ehegatte miterben, so sind übrigens die Pflichtteile der Eltern zusammen noch geringer als der nach § 2316 Abs. 1 Satz 1 berechnete Gesamtbetrag der effektiven Pflichtteile aller Abkömmlinge (vgl. §§ 1931, 2303; s. übrigens noch § 2311 Abs. 1 Satz 2). Bleibt der Gesamtbetrag der den vorhandenen Abkömmlingen, dafern sie als Pflichtteilsberechtigte nicht weggefallen wären, gebührenden Pflichtteile hinter dem Werte der Hälfte des Nachlasses bzw. bei Vorhandensein eines überlebenden Ehegatten hinter dem Werte von $^3/_8$ des Nachlasses deshalb zurück, weil Zuwendungen an Abkömmlinge in Betracht kommen, die nicht nur ausgleichungs-, sondern zugleich auch anrechnungspflichtig sind (§ 2316 Abs. 4), so gilt das in Erl. 8c zu § 2315 Bemerkte entsprechend auch hier.

6. Die Vorschrift des Abs. 2 bildet eine wegen des Abs. 1 notwendig gewordene Ergänzung der §§ 2303, 2305. Nach Maßgabe dieser Bestimmungen ist für denjenigen Abkömmling ein Pflichtteilsanspruch nicht begründet, welchem ohne Beschränkungen und Beschwerungen der im § 2306 bezeichneten Art ein Erbteil hinterlassen ist, der die Hälfte des gesetzlichen Erb-

teils erreicht oder gar übersteigt. Die durch § 2316 Abs. 1 bestimmte eigenartige Pflichtteilsberechnung kann es nun mit sich bringen, daß dasjenige, was auf einen Abkömmling infolge der Berücksichtigung der Vorschriften über die Ausgleichung als Pflichtteil entfällt, größer ist als der Wert der Hälfte, ja selbst eines noch größeren Bruchteils des gesetzlichen Erbteils. Soweit dies in concreto zutrifft, kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben den Mehrbetrag als Pflichtteil verlangen. Zur Erläuterung der Vorschrift diene folgendes Beispiel: Von drei Kindern des Erblassers A, B, C haben A und B jeder 600 zur Ausgleichung zu bringen, C nichts. C ist auf die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils als Erbe eingesetzt. Der Nachlaß beträgt 3000. Für die Berechnung des Pflichtteils sind die 1200, die A und B erhalten haben, hinzuzurechnen. Von dem sich hiernach ergebenden Betrage von 4200 beträgt der gesetzliche Erbteil (§ 2055) jedes Kindes 1400, der Pflichtteil also 700. Da der hinterlassene Erbteil des C nur 500 beträgt, kann C noch 200 als Pflichtteil verlangen. Wird bei einem Abkömmling, der eine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten hat, durch die nach § 2316 Abs. 1 anzustellende Berechnung der Pflichtteil unter den Wert der Hälfte des gesetzlichen Erbteils herabgemindert, so kann er im Falle des § 2305 natürlich nur die Differenz zwischen dem Werte des hinterlassenen Erbteils und dem nach § 2316 bestimmten Pflichtteilsbetrage als Pflichtteil verlangen.

7. Die im **Abs. 3** enthaltene Bestimmung, daß der Erblasser die einem Abkömmling gewährte Ausstattung (§ 1624, § 2050 Abs. 1) **nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen** kann, ist von der zweiten Kommission bei der Beratung der Erbengemeinschaft aufgenommen worden. Sie beruht auf dem Gedanken, daß „die Befugnis des Erblassers, an sich kollationspflichtige Zuwendungen an einzelne Abkömmlinge durch besondere Anordnungen von der Anrechnung auf den gesetzlichen Erbteil auszuschließen, in dem Pflichtteilsrechte der übrigen Abkömmlinge ihre Grenze finden müsse" (P. II Bd. 5 S. 892). Bei der Auslegung des Abs. 3 haben sich Zweifel ergeben, die zum großen Teile darauf beruhen, daß im Abs. 3 nur Abs. 1 nicht auch Abs. 2 des § 2050 berufen ist. Es soll deshalb die Bedeutung des Abs. 3 zunächst lediglich mit Beziehung auf § 2050 Abs. 1 festgestellt werden. Nach der letzteren Bestimmung kann der Erblasser bezüglich der einem Abkömmling gewährten Ausstattung, obschon sie nach Maßgabe des Gesetzes zur Ausgleichung zu bringen ist, doch bei der Zuwendung bestimmen, daß sie nicht zur Ausgleichung gebracht werden soll. Hier setzt Abs. 3 von § 2316 mit der Vorschrift ein, daß der Erblasser durch eine von ihm bei einer Zuwendung der bezeichneten Art getroffene Bestimmung, unbeschadet der Möglichkeit einer die anderen Abkömmlinge nicht benachteiligenden Begünstigung des Empfängers und unbeschadet der bezüglich des Empfängers zulässigen Anordnung der Anrechnung auf den Pflichtteil (vgl. Abs. 4), keinesfalls die Berücksichtigung der Zuwendung bei der Berechnung des Pflichtteils der anderen Abkömmlinge (vgl. dazu übrigens noch Erl. 8 b β) ausschließen kann, selbst wenn die Bestimmung ausdrücklich darauf gerichtet sein sollte. Daß der Erblasser bezüglich einer nach dem Gesetze der Ausgleichung unterliegenden Zuwendung die Ausgleichungspflicht auch letztwillig erlassen kann, ist schon in Erl. 4 d zu § 2050 ausgeführt worden, zugleich aber, daß eine solche letztwillige Anordnung wegen des zwingenden Charakters der pflichtteilsrechtlichen Normen für die Pflichtteilsberechnung ohne Bedeutung ist. Aus dem zuletzt erwähnten Grunde muß aber auch bezüglich der im § 2050 Abs. 2 bezeichneten Zuwendungen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung überhaupt keine Bestimmung getroffen hat, und bezüglich der Zuwendungen des § 2050 Abs. 3, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat, gesagt werden, daß der Erblasser durch nachträgliche letztwillige Verfügung zwar die Vornahme der Ausgleichung bei der Erbfolge erlassen, an der pflichtteilsrechtlichen Berücksichtigung der Zuwendung nach § 2316 dagegen nichts mehr ändern kann. Bezüglich der in § 2050 Abs. 3 bezeichneten Zuwendungen (die ja überhaupt nur im Falle einer durch den Erblasser getroffenen Bestimmung zur Ausgleichung zu bringen sind) ist ferner als völlig sicher zu betrachten, daß sie vom Erblasser mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 ohne die in Erl. 6 b daselbst bezeichnete Modifikation, also derart gewährt werden können, daß eine Berücksichtigung der Zuwendung bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Abkömmlinge entfällt.

Gegenstand des Zweifels bleibt jetzt nur mehr die Frage, ob die Vorschrift des § 2316 Abs. 3 auch hinsichtlich der Zuwendungen des § 2050 Abs. 2 (Zuschüsse zu den Einkünften, Aufwendungen für die Berufsvorbildung) zur Anwendung zu bringen ist, d. h. praktisch, ob auch bezüglich einer solchen Zuwendung die Berücksichtigung bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Abkömmlinge durch Bestimmung des Erblassers bei der Zuwendung nicht ausgeschlossen

werden kann. Der Wortlaut des § 2316 Abs. 3 (der eben nur § 2050 Abs. 1 und nicht auch Abs. 2 beruft) scheint gegen diese Auffassung und somit dafür zu sprechen, daß der Erblasser die Berücksichtigung der Zuwendungen des § 2050 Abs. 2 bei der Pflichtteilsberechnung zum Nachteil der übrigen Abkömmlinge durch Bestimmung bei der Zuwendung allerdings ausschließen kann. An den Wortlaut halten sich: Strohal 1. Aufl. S. 93, 2. Aufl. S. 256 bei Anm. 15; Wilke Anm. 4; Dorst Rh. NotZ. 44 S. 304f.; Kipp bei W. III S. 423; Dernburg V § 116 Anm. 20; v. Jacubezky im Recht 1906 S. 284 Anm. 4, dieser mit dem Versuch einer kurzen sachlichen Begründung. Für die ausdehnende Anwendung des § 2316 Abs. 3 auf die Zuwendungen des § 2050 Abs. 2 spricht jedoch die Entstehungsgeschichte des § 2050. Die jetzigen Absätze 1 und 2 des genannten Paragraphen bildeten nach Maßgabe der aus den P. II Bd. 5 S. 889f. ersichtlichen Beschlüsse der zweiten Kommission einen Absatz, dessen erster Satz dem jetzigen Abs. 1 und dessen zweiter Satz dem jetzigen Abs. 2 entsprach. Der dem jetzigen Abs. 3 des § 2316 entsprechende Beschluß der zweiten Kommission (vgl. P. II Bd. 5 S. 892, Bd. 6 S. 102f.) bezog sich ferner zweifellos auf die damals noch in einem Absatz genannten Zuwendungen der jetzigen Absätze 1 und 2 des § 2050. Vgl. auch noch die vorläufige Zusammenstellung der Beschlüsse auf S. 1301. Später sind allerdings (wahrscheinlich durch die Redaktionskommission, aus den Protokollen ist nichts zu entnehmen) aus den bezeichneten zwei Sätzen eines Absatzes zwei besondere Absätze gebildet worden und sind so die Absätze 1 und 2 des jetzigen § 2050 entstanden. Selbst bei dieser Gestaltung hat aber Abs. 2 nur den Charakter eines Anhangs, eines Zusatzes zu Abs. 1. Denn eine scharfe Scheidung zwischen der Ausstattung des Abs. 1 und den in Abs. 2 von § 2050 erwähnten Zuschüssen und Vorbildungskosten ist nicht durchführbar. Als sicher wird insbesondere zu betrachten sein, daß die Ausstattung auch in Gestalt von Zuschüssen, die als Einkünfte verwendet werden sollen, gemacht werden kann (vgl. auch Erl. 2b zu § 2050 auf S. 294), und nicht minder beachtlich ist, daß die zweite Kommission (P. II Bd. 5 S. 890) der Frage nicht vorgreifen wollte, ob nicht auch die Kosten der Berufsvorbildung dem Begriff der Ausstattung im Sinne des jetzigen § 1624 zu unterstellen seien. Wenn nun Abs. 2 von § 2050 bestimmt, daß die daselbst bezeichneten Zuwendungen, mögen sie auch unter den Begriff der Ausstattung fallen, nur insoweit zur Ausgleichung zu bringen sind, als sie das den Verhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben, so erhält der Abs. 1 von § 2050 erst durch den Abs. 2 die vom Gesetz gewollte Begrenzung und Einschränkung und stellt sich so Abs. 2 als erläuternder Zusatz zu Abs. 1 dar. Die gedankliche Unselbständigkeit des Abs. 2 von § 2050 ergibt sich übrigens auch daraus, daß die Schlußworte des Abs. 1: „soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes angeordnet hat" in Abs. 2 nicht wiederholt worden sind, obschon sie, soweit die Ausgleichung in Frage kommt, zweifellos auch für den Abs. 2 Geltung haben müssen (vgl. oben Erl. 4d zu § 2050; s. ferner den Beschluß der zweiten Kommission in P. II Bd. 5 S. 890 unter Ziff. 4, wo die gedankliche Verknüpfung der jetzigen Absätze 1 und 2 des jetzigen § 2050 durch das Wort „insoweit" deutlich hervortritt). Es ist endlich noch zu berücksichtigen, daß es, nachdem § 2050 seine jetzige Gestaltung erhalten hatte, selbst bei vorsichtiger Fassung des Abs. 3 von § 2316 nicht geboten war, daselbst außer dem Abs. 1 von § 2050 auch noch dessen Abs. 2 zu berufen; denn Abs. 3 von § 2316 will der vom Erblasser hinsichtlich einer an sich ausgleichungspflichtigen Zuwendung getroffenen Bestimmung, daß sie nicht zur Ausgleichung gebracht werden soll, eine pflichtteilsrechtliche Schranke setzen. Da nun die Möglichkeit einer solchen Bestimmung überhaupt nur in § 2050 Abs. 1 erwähnt wird, würde die Berufung der Hilfsbestimmung des § 2050 Abs. 2 in § 2316 nicht einmal angebracht gewesen sein (vgl. übrigens auch den verwandten Fall des § 1327, wo nur Abs. 1 von § 1310 und nicht auch der die Bedeutung dieses Absatzes erläuternde Abs. 3 daselbst berufen ist). Für die hiermit vertretene Ansicht auch Künzel S. 628; Endemann III § 131 Anm. 23; Strohal 3. Aufl. I § 56 bei Anm. 17; Herzfelder S. 666; Böhm S. 452; Frommhold Anm. 4; Kretzschmar S. 18; vgl. auch Schiffner S. 92, dessen Begründung jedoch nicht zutreffend ist. Wollte man sich übrigens der zuerst erwähnten (hier abgelehnten) Auffassung anschließen, so würden im Falle der vom Erblasser hinsichtlich einer unter § 2050 Abs. 2 fallenden Zuwendung bestimmten Ausschließung der Berücksichtigung nach § 2316, soweit sich diese Zuwendung als Schenkung darstellt, doch noch immer die Vorschriften der §§ 2325ff. anzuwenden sein.

8. Der von der Reichstagskommission aufgenommene Abs. 4 betrifft den Fall, daß der Erblasser bezüglich einer Zuwendung, die unter den Abkömmlingen zur Ausgleichung zu bringen und daher bei der Berechnung des Pflichtteils ihres Empfängers schon nach § 2316

zu berücksichtigen ist, die Anordnung (bezüglich dieses Punktes vgl. Erl. 3 zu § 2315 und dazu RSpr. 14 S. 308) getroffen hat, daß sie auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Es fragt sich, wie in diesem Falle die Anrechnung nach § 2315 mit der nach § 2316 anzustellenden Berechnung des Pflichtteils zu vereinigen ist. Die RTK. nahm an, der Entwurf enthalte eine Lücke und führe zu einem ungerechten Ergebnis, indem in Ermangelung der besonderen Vorschrift die Zuwendung, die doch schon bei der Feststellung des gesetzlichen Erbteils berücksichtigt sei, nochmals ihrem vollen Betrage nach von dem Pflichtteil abgezogen werden müsse. Die Zuwendung sei bei der Bestimmung des gesetzlichen Erbteils ganz in Rechnung gestellt, mithin bei dem die Hälfte des gesetzlichen Erbteils bildenden Pflichtteile zur einen Hälfte ihres Wertes bereits berücksichtigt, sie dürfe daher auf Grund der Anordnung des Erblassers nur noch mit der anderen Hälfte des Wertes auf den Pflichtteil zur Anrechnung kommen (KV. S. 2106).

Bei der näheren Erörterung der Vorschrift sind die beiden Fälle, daß nur Abkömmlinge als gesetzliche Erben in Betracht kommen und daß außer Abkömmlingen noch der überlebende Ehegatte zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würde, getrennt zu betrachten:

a) Sind **nur Abkömmlinge** vorhanden, so bietet die Anwendung des § 2316 Abs. 4 keine Schwierigkeit. Beträgt der Nachlaß z. B. (entnommen dem Bericht der RTK.) 20000, ist ein Fremder als Erbe eingesetzt und hat der Sohn A eine lediglich ausgleichungspflichtige Zuwendung in der Höhe von 8000, der Sohn B dagegen eine ebenfalls ausgleichungspflichtige Zuwendung von 2000 mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil erhalten, so beträgt der Pflichtteil des A $^1/_2$ von ($^1/_2$ [20000 + 8000 + 2000] − 8000) = 3500, der Pflichtteil des B dagegen $^1/_2$ von ($^1/_2$ [20000 + 8000 + 2000] − 2000) − 1000 = 5500. Dieser im Gesetze vorgeschriebenen Rechnungsmethode wird von mancher Seite eine andere Methode gegenübergestellt, die auf einfacherem Wege zu demselben Ergebnisse führen soll. Es soll entsprechend dem § 2315 der Pflichtteil von dem durch Hinzurechnung der Vorausempfänge erhöhten Nachlasse zunächst ohne jeden Abzug berechnet und von der so gewonnenen Summe der volle Betrag der anrechnungspflichtigen Zuwendung abgezogen werden. Die Gleichwertigkeit dieser Methode mit der im Gesetz angewendeten wird daraus gefolgert, daß es gleichgültig sei, ob die anrechnungspflichtige Summe zweimal zur Hälfte oder einmal ganz abgezogen werde (vgl. besonders Strohal I § 56 S. 481 ff.; s. auch Hachenburg Vorträge S. 728). Es ist zuzugeben, daß diese Methode in den hierhergehörenden Fällen dann, aber auch nur dann, zu denselben Ergebnissen führt wie das Verfahren nach § 2316 Abs. 4, wenn man mit Strohal a. a. O. die Vorschriften des § 2315 mit Rücksicht auf den Umstand, daß die anrechnungspflichtige Zuwendung zugleich der Ausgleichung unterliegt, mit der dem Grundgedanken des § 2316 entsprechenden Modifikation zur Anwendung bringt, daß die Zurechnung der anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtigen Zuwendungen zum Nachlaß zugunsten aller pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge und bei mehreren Zuwendungen in einem gemeinschaftlichen Verfahren erfolgt.

Ganz eigenartig ist die Aufstellung bei Herzfelder S. 670 ff. Er bezeichnet die obige hinsichtlich des B vorgenommene und mit der der RTK. übereinstimmende Pflichtteilsberechnung als unrichtig und berechnet diesen Pflichtteil auf 5000 (vgl. dagegen Strohal I § 56 Anm. 24a und dazu wieder Herzfelder S. 670 Anm., der hierbei übersieht, daß von der völligen Nichtanwendung des § 2316 im vorliegenden Falle schon wegen der nur ausgleichungspflichtigen Zuwendung an den A nicht die Rede sein kann und daß der Pflichtteil des B unmöglich geringer sein kann, als er sich belaufen würde, wenn die von diesem empfangene Zuwendung überhaupt nicht ausgleichungspflichtig, sondern nur anrechnungspflichtig wäre. Selbst unter dieser Voraussetzung würde aber der Pflichtteil des B 5500 und nicht bloß 5000 betragen).

b) Würde neben den Abkömmlingen der **überlebende Ehegatte** zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein, so wird dessen eigenes Pflichtteilsrecht weder durch die Ausgleichung unter den Abkömmlingen noch durch die Berücksichtigung der einem Abkömmling auf den Pflichtteil anzurechnenden Zuwendung in Mitleidenschaft gezogen (s. oben Erl. 4 und Erl. 6 zu § 2315). Es fragt sich aber, in welcher Weise die Konkurrenz des Ehegatten bei der gesetzlichen Erbfolge auf die Berechnung der den Abkömmlingen gebührenden Pflichtteile einwirkt. Die Schwierigkeit liegt darin, daß behufs Vornahme der nach § 2316 anzustellenden Berechnung die Ausgleichungsposten nicht dem ganzen Nachlasse, sondern nur dem den Abkömmlingen insgesamt gebührenden Bruchteil, also drei Vierteln des Nachlasses, hinzuzurechnen sind (§§ 1931, 2055), daß dagegen ein Anrechnungsposten behufs Ermittelung des dem betreffenden Abkömm-

ling nach § 2315 zustehenden Pflichtteils dem ganzen Nachlasse hinzuzurechnen sein würde. Bei der Beschlußfassung über den § 2316 Abs. 4 ist an Fälle der hier in Rede stehenden Art anscheinend nicht gedacht worden, da der Bericht der RTK. sie auch nicht andeutungsweise erwähnt.

Darüber, wie bei dieser Sachlage die Berechnung der Pflichtteile der Abkömmlinge durchgeführt werden soll, besteht erhebliche Meinungsverschiedenheit. Der folgenden Erörterung wird nachstehendes Beispiel zugrunde gelegt: Der Nachlaß beträgt 4000. Außer dem Ehegatten sind die Söhne A und B vorhanden. A hat eine Zuwendung von 800, B eine Zuwendung von 400 erhalten. Beide Zuwendungen sind nach § 2050 ausgleichungspflichtig, und bezüglich beider hat der Erblasser überdies die Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet.

α) Als völlig ausgeschlossen ist jedenfalls die unmodifizierte Anwendung des § 2315 zu betrachten. Bei diesem Verfahren, für das sich in der Literatur übrigens niemand ausgesprochen hat, beliefe sich der Pflichtteil des A auf $^3/_{16}$ von $(4000+800)-800=100$, der Pflichtteil des B auf $^3/_{16}$ von $(4000+400)-400=425$.

β) Nach einer besonders von Strohal I § 56 S. 484ff. (zustimmend Kreß, Erbengemeinschaft S. 220) vertretenen, die Vorschriften der §§ 2315 und 2316 kombinierenden Ansicht sind sämtliche anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtigen Zuwendungen dem wirklichen Nachlaßbestand (§ 2315 Abs. 2 Satz 1) zuzurechnen und wird hiernach der Erbteil der Abkömmlinge berechnet. Dem Grundgedanken des § 2316 ist hierbei in der Weise Rechnung getragen, daß die Zurechnung der Zuwendungen zum Nachlaß hinsichtlich der Pflichtteilsberechnung allen Abkömmlingen (nicht aber auch dem überlebenden Ehegatten) zustatten kommt. Von dem so für jeden Abkömmling gewonnenen Erbteil wird die Hälfte als Pflichtteil angenommen und hierauf erst die Anrechnung nach Maßgabe des § 2315 bewirkt. Hiernach beträgt der erhöhte Nachlaß $4000+800+400=5200$. Die den beiden Söhnen zusammen gesetzlich zustehenden $^3/_4$ betragen 3900, mithin der Erbteil jedes Sohnes 1950 und der vorläufige Pflichtteil 975. Daraus ergibt sich als endgültiger Pflichtteil für A $975-800=175$, für B $975-400=575$.

Zur Begründung dieser Berechnung führt Strohal aus, daß § 2316 die Zulässigkeit der vom Erblasser bei Gewährung einer an sich ausgleichungspflichtigen Zuwendung getroffenen Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 ausdrücklich anerkenne, dabei aber allerdings den hier in Frage kommenden Fall, wo bei eintretender gesetzlicher Erbfolge neben den Abkömmlingen auch der überlebende Ehegatte erben würde, nicht in Betracht ziehe. Die Entscheidung dieses Falles müsse daher selbständig aus dem Wesen der Sache gewonnen werden. Was bei der vorausgesetzten Sachlage nun speziell denjenigen betrifft, welcher eine an sich ausgleichungspflichtige Zuwendung mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil empfangen hat, so könne er bezüglich dieser Zuwendung nicht besser gestellt sein, als seiner eigenen Erklärung entspricht; er müsse sich daher bezüglich dieser Zuwendung, durch die er mit Rücksicht auf deren ihm zukommende Früchte und mit Rücksicht auf den weiteren Umstand, daß ihm die Zuwendung selbst dann verbleibt, wenn er den Erbfall nicht erlebt, ungewöhnlich günstig gestellt ist, die volle Anwendung des § 2315 (und somit die Zurechnung der von ihm empfangenen Zuwendung zum Gesamtnachlaß) gefallen lassen. Was aber die anderen Abkömmlinge betrifft, so seien sie bei dem bezeichneten Verfahren, vermöge dessen die vom anrechnungspflichtigen Abkömmling empfangene Zuwendung bei der Berechnung ihrer Pflichtteile berücksichtigt wird, doch immer so gestellt, wie sie gestellt sein würden, wenn sich die Zuwendung an den anrechnungspflichtigen Abkömmling noch im Nachlasse befände, so daß von einer sie benachteiligenden Nichtberücksichtigung der Zuwendung keine Rede sein könne. Ein darauf allein, daß ein Abkömmling eine an sich ausgleichungspflichtige Zuwendung mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil erhalten habe, sich gründendes Anrecht der übrigen Abkömmlinge auf eine für sie noch günstigere Pflichtteilsberechnung sei sachlich nicht gerechtfertigt und finde auch in Abs. 3 von § 2316 keine Stütze. Vgl. aber auch v. Jacubezky in SeuffBl. 71 S. 397ff., der im § 2316 Abs. 3 hinsichtlich des Falles, wo mit Abkömmlingen der überlebende Ehegatte zusammentrifft und wo einer der Abkömmlinge eine unter Abs. 1 von § 2050 fallende Zuwendung mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil empfangen hat, den zwingenden Rechtssatz ausgesprochen findet, daß zum Zwecke der Pflichtteilsberechnung für alle Abkömmlinge die ausgleichungs- und zugleich anrechnungspflichtige Zuwendung nicht dem Gesamtnachlaß, sondern nur demjenigen zuzurechnen ist, was vom Nachlaß bei eintretender gesetzlicher Erbfolge auf die Abkömmlinge entfallen würde, so daß der Empfänger der Zuwendung

durch diese und den noch dazu kommenden Pflichtteil zusammen mehr erhält, als ihm an Pflichtteil von dem durch die Zuwendung ungeminderten Nachlaß gebühren würde, und daß auch die Pflichtteile der übrigen Abkömmlinge sich als höher herausstellen, als sie sich herausstellen würden, wenn der Nachlaß durch die Zuwendung nicht gemindert worden wäre. Darüber, daß Jacubezky die Vorschrift des § 2316 Abs. 3 auf die Zuwendungen des § 2050 Abs. 2 überhaupt nicht bezieht, vgl. oben Erl. 7.

γ) Die in den bisherigen Auflagen dieses Kommentars S. 592 unter b Ziff. 4 mitgeteilte und besprochene frühere Auffassung Jacubezkys hat ihr Urheber seitdem selbst aufgegeben (vgl. v. Jacubezky im Recht 1906 S. 285 Anm. 6 und an dem unter β a. O.).

δ) Die in den bisherigen Auflagen dieses Kommentars vertretene und seitdem von Kipp bei W. III S. 421, Dernburg V § 116 Anm. 23 und Jacubezky im Recht 1906 S. 285 angenommene Ansicht geht von der Erwägung aus, daß der Fall des § 2315, soweit er im Falle des § 2316 überhaupt berücksichtigt werden soll, diese Berücksichtigung durch § 2316 Abs. 4 erschöpfend gefunden habe und führt somit die Berechnung der den Abkömmlingen zukommenden Pflichtteile lediglich nach § 2316 Abs. 4 durch. Danach werden also den auf die Söhne entfallenden $^3/_4$ des Nachlasses = 3000 die beiden Zuwendungen mit 800 + 400 hinzugerechnet. Dies ergibt 4200, mithin für jeden Sohn einen Erbteil von 2100. Unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht entfallen auf den Erbteil des A 2100 — 800 = 1300, auf den Erbteil des B 2100 — 400 = 1700. Von der Hälfte dieser Beträge ist dann bei jedem Sohne die Hälfte der ihm gemachten Zuwendung abzuziehen, wonach sich der Pflichtteil des A auf 650 — 400 = 250, der Pflichtteil des B aber auf 850 — 200 = 650 beläuft.

ε) Nach einer von Langheineken in SeuffBl. 71 S. 279 ff. vertretenen Ansicht soll der Pflichtteil des A 200, der des B 625 betragen. Langheineken geht dabei von dem Postulate aus, es müsse ausgeschlossen sein, daß ein Pflichtteilsberechtigter, der eine anrechnungs- und zugleich ausgleichungspflichtige Zuwendung von bestimmter Höhe erhalten hat, einen größeren Pflichtteilsanspruch habe, als er haben würde, wenn er ceteris paribus eine lediglich anrechnungspflichtige Zuwendung von gleicher Höhe erhalten hätte. Dieses Postulat berührt sich mit der unter β dargelegten Auffassung Strohals. Wenn Langheineken trotzdem zu einem anderen Ergebnis gelangt als Strohal, so erklärt sich dies daraus, daß Langheineken den Wert einer lediglich anrechnungspflichtigen Zuwendung an einen von mehreren Abkömmlingen in direktem Widerspruch mit § 2315 Abs. 2 Satz 1 nicht dem Gesamtnachlaß, sondern nur demjenigen zurechnet, was vom Nachlaß nach Abzug des auf den überlebenden Ehegatten entfallenden Erbteils noch übrig bleibt.

ζ) Nach Herzfelder soll der Pflichtteil des A nur 62 und der des B nur 462 betragen, so daß der Pflichtteil des A geringer wäre, als er sein würde, wenn hinsichtlich beider Zuwendungen lediglich nach § 2315 verfahren würde; denn in diesem Falle würde sich der Pflichtteil des A auf 100 belaufen (s. oben unter ε).

Von diesen Auffassungen entspricht die unter δ und, wie bereits bemerkt, auch schon in den bisherigen Auflagen dieses Kommentars vertretene sicherlich am besten dem Wortlaute des Gesetzes, während die Lehre Strohals, gestützt auf die Erwägung, daß der Fall im Gesetze keine Berücksichtigung gefunden habe, über dessen Wortlaut hinausgeht und die Vorschrift des Abs. 4 von § 2316 einer Korrektur unterzieht, deren Zulässigkeit aber freilich nur in Frage gestellt werden kann, wenn man in grundsätzlichem Anschluß an Jacubezky (vgl. oben unter β) aus Abs. 3 von § 2316 bezüglich derjenigen Zuwendungen, auf welche er sich bezieht (worüber wieder die in Erl. 7 erwähnte Meinungsverschiedenheit besteht), den zwingenden Rechtssatz ableitet, daß sie, selbst wenn sie zugleich anrechnungspflichtig sind, im Gegensatze zu § 2315 Abs. 2 Satz 1 zum Zwecke der Berechnung der Pflichtteile aller beteiligten Abkömmlinge, nur demjenigen zuzurechnen sind, was vom Nachlasse bei eintretender gesetzlicher Erbfolge den Abkömmlingen zukommen würde.

9. Nicht unter den Abs. 4 fällt der Fall, wenn neben ausgleichungspflichtigen Zuwendungen auch solche Zuwendungen an Abkömmlinge vorliegen, die nur nach § 2315 auf den Pflichtteil anzurechnen sind. In diesem Falle wird der Pflichtteil desjenigen Abkömmlings, welcher die anrechnungspflichtige Zuwendung erhalten hat, in der Weise bestimmt, daß zunächst die anrechnungspflichtige Zuwendung dem ganzen Nachlasse hinzugerechnet wird. An dem so erhöhten Nachlasse bzw., wenn der Ehegatte neben den Abkömmlingen gesetzlicher Erbe ist, an $^3/_4$ desselben wird alsdann die Ausgleichung nach § 2316 Abs. 1 vorgenommen. Schließlich

§. 2317. Der Anspruch auf den Pflichttheil entsteht mit dem Erbfalle. Der Anspruch ist vererblich und übertragbar.

---

wird von dem danach gewonnenen Pflichtteile der volle Betrag der Zuwendung abgezogen. Es wird also zwischen die beiden Bestandteile des nach § 2315 Abs. 1, 2 vorzunehmenden Anrechnungsverfahrens das Ausgleichungsverfahren nach § 2316 Abs. 1 eingeschoben. Alles aber (wenn nicht die in Erl. 6b zu § 2315 bezeichnete Modifikation vorliegt) nur zu dem Zweck, um den Pflichtteil des betreffenden Abkömmlings festzustellen (Schiffner S. 45).

Beispiel: Nachlaß 4000, gesetzliche Erben der Ehegatte und die Söhne A und B. A hat eine nur ausgleichungspflichtige Zuwendung von 800, B eine nur anrechnungspflichtige Zuwendung von 400 erhalten. Dann wird, um den Pflichtteil des B zu ermitteln, der Nachlaß auf 4400 erhöht. Die den Söhnen zustehenden $^3/_4$ davon = 3300 werden der Ausgleichung zugrunde gelegt. Danach stellt sich der Erbteil des B auf $^1/_2$ (3300 + 800), sein vorläufiger Pflichtteil auf $^1/_4$ (3300 + 800) = 1025 und sein endgültiger Pflichtteil auf 400 weniger, also auf 625.

10. Auskunfterteilung wegen ausgleichungspflichtiger Zuwendungen. Wie im Falle des § 2057, so hat auch in dem des § 2316 jeder Abkömmling ein wesentliches Interesse daran, in Erfahrung zu bringen, ob und welche der Ausgleichung unterliegende Zuwendung ein anderer Abkömmling vom Erblasser erhalten hat. Eine unmittelbare Anwendung des § 2057 ist jedoch im Falle des § 2316 in aller Regel deshalb nicht gegeben, weil § 2316 nicht zur Voraussetzung hat, daß die Abkömmlinge, deren Pflichtteile zu berechnen sind, überhaupt zur Erbfolge gelangen. Eine entsprechende Anwendung des § 2057 auf den Fall des § 2316 ist aber im Gesetz nicht angeordnet. Trotzdem wird man annehmen dürfen, daß nach der Absicht des Gesetzes eine entsprechende Anwendung des § 2057 in der Weise einzutreten hat, daß das daselbst bestimmte Recht auf Auskunfterteilung im Falle des § 2316 jedem Abkömmling, der bei der gesetzlichen Erbfolge neben anderen Abkömmlingen erben würde, gegen jeden anderen dieser Abkömmlinge zukommt.

§ 2317.

G. I § 1992 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1; II § 2182 rev. § 2291; III § 2290. P. I S. 10227 ff., 11743 ff., 12258 ff.; M. V S. 417 ff. P. II Bd. 5 S. 525 ff.

Zitelmann im Arch. f. Bürg. R. 29 S. 159 ff.; Francke, Arch. f. civ. Pr. 101 S. 410 ff.

1. Zeitpunkt der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs. Der Anspruch auf den Pflichtteil entsteht kraft Gesetzes in dem Zeitpunkte des Erbfalls (§ 1922). Insofern steht der Pflichtteilsanspruch dem aus einem mit dem Erbfall anfallenden Vermächtnis entspringenden Vermächtnisanspruch (§ 2176) gleich, es findet aber nicht wie beim Vermächtnis ein zunächst nur vorläufiger Anfall statt, der durch Ausschlagung rückgängig gemacht werden kann, vielmehr ist der Erwerb sogleich, ohne daß eine Annahme oder Ausschlagung in Frage kommt, ein endgültiger. Daraus folgt, daß der (nach dem Erbfall erfolgende) unentgeltliche Verzicht auf den Pflichtteil (Erl. 2b) hier die rechtliche Natur einer Schenkung hat (Erl. 1b zu § 517). Bei Lebzeiten des Erblassers besteht trotz des späteren Rechtes auf Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkungen (§§ 2325 ff.) kein Anspruch aus dem eventuellen Pflichtteilsrechte. Zweifelhaft ist, in welchem Zeitpunkte der Pflichtteilsanspruch in denjenigen Fällen zur Entstehung kommt, in welchen das Gesetz das Recht zum Verlangen des Pflichtteils, oder doch eines Teilbetrags desselben (vgl. Erl. 1 zu § 2307) von der Ausschlagung eines dem Berechtigten ermöglichten erbrechtlichen oder vermächtnisrechtlichen Erwerbes abhängig macht (§ 2306 Abs. 1 Satz 2, § 2307). Nach den M. I S. 314, V 393, 401, 427 und den P. II (Bd. 5 S. 505 f.) scheinen beide Kommissionen von der Ansicht ausgegangen zu sein, es sei auch in diesen Fällen der § 2317 Abs. 1 schlechthin maßgebend und bis zur Ausschlagung nur eine Hinderung der Geltendmachung des Anspruchs anzunehmen. Nach der Fassung der §§ 2306, 2307 („kann verlangen, wenn er ausschlägt") ist jedoch das Rechtsverhältnis so aufzufassen, daß der Anspruch erst mit der Ausschlagung zur Entstehung kommt, demnächst aber so behandelt wird, als sei er schon mit dem Erbfall entstanden. Dies entspricht auch der in § 1953 Abs. 1, § 2180 Abs. 3 aufgestellten Fiktion, nach welcher der Anfall der Erbschaft oder des Vermächtnisses an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. Durch diese Fiktion wird aber daran nichts geändert, daß der Pflichtteilsanspruch (bzw. der in Frage kommende Teil desselben) vor der Ausschlagung noch nicht begründet war. Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs beginnt jedoch auch in den hier in Rede stehenden Fällen schon

mit dem Erbfall (§ 2332 Abs. 3). Die Berufung darauf, daß die Ausschlagung nicht erfolgt sei, ist keine Einrede im materiellen Sinne, sondern eine Einwendung, die den Anspruch schon an sich als unbegründet erscheinen läßt; es ergeht daher auch kein Versäumnisurteil, wenn sich jener Umstand aus dem Klagevortrag ergibt. So auch Strohal I § 53 S. 452; Cosack II § 415 Nr. I 1; Schiffner S. 62; Frommhold Anm. 2; Kipp bei W. III S. 422 Nr. II; Zitelmann S. 160f.; a. M. insofern, als sie mit dem Begriff der Einrede im techn. Sinne operieren: Wilke Anm. 1 zu § 2307; Herzfelder S. 675; nicht frei von Mißverständnissen Francke S. 415, 418. In gleicher Weise ist, soweit es sich um den Zeitpunkt der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs handelt, der Fall zu beurteilen, wenn infolge des erst nach dem Erbfall eintretenden Wegfalls eines näheren Abkömmlinges das Pflichtteilsrecht eines entfernteren Abkömmlinges oder der Eltern des Erblassers wirksam wird (§ 2309; Strohal I § 53 S. 453; wegen der Verjährung des Anspruchs dieses Berechtigten s. Erl. 6 zu § 2332).

2. Über die **rechtliche Natur** des Pflichtteilsanspruchs ist im Anschluß an die Vorbm. 2 (oben S. 767f.) hier noch folgendes zu sagen:

a) Der Pflichtteilsanspruch begründet eine Nachlaßverbindlichkeit, der Berechtigte ist Nachlaßgläubiger (§ 1967 Abs. 2). Wegen der Besonderheiten, die für die Verbindlichkeit aus dem Pflichtteilsrechte bei beschränkter Haftung des Erben gelten, s. § 1972, § 1973 Abs. 1 Satz 2, § 1974 Abs. 2, § 2060 Nr. 1 (Aufgebot der Nachlaßgläubiger), § 1991 Abs. 4 (beschränkte Zulässigkeit der Berichtigung von Pflichtteilsansprüchen), KO. § 226 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 Satz 1 (Rangordnung im Konkurs), auch KO. § 222 (Anfechtbarkeit der von dem Erben vor der Eröffnung des Verfahrens bewirkten Erfüllung). Der Pflichtteilsberechtigte hat als Nachlaßgläubiger das Recht, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen (KO. § 217 Abs. 1). Da hierzu Überschuldung des Nachlasses erforderlich ist (KO. § 215), der Pflichtteil aber einen Reinbestand des Nachlasses voraussetzt, so wird sich der Pflichtteilsberechtigte jener Befugnis wohl nur dann bedienen können, wenn nach dem für seinen Anspruch maßgebenden Zeitpunkte des Erbfalls (§ 2311) eine Verringerung des Nachlasses eingetreten ist; ganz bedeutungslos, wie Böhm (S. 444 Anm. 1) meint, ist das Recht jedenfalls nicht. Der Ausschluß der Rechtsverfolgung gegen die Person des Erben (nicht auch gegenüber einem Nachlaßpfleger; vgl. § 1960 Abs. 3) nach § 1958 und die aufschiebenden Einreden des Erben (§§ 2014, 2015) greifen auch gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten durch. Für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs ist der Gerichtsstand der Erbschaft gegeben (ZPO. § 27 Abs. 1). Schuldner ist stets der Erbe bzw., wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst Erbe ist (§ 2305), der Miterbe; mehrere Erben haften nach §§ 2058ff. als Gesamtschuldner (vgl. Erl. 4 zu § 2305). Wegen der Geltendmachung des Anspruchs, wenn ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, s. § 2213 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3, ZPO. § 748 Abs. 3. Die Frage, ob der Pflichtteilsanspruch als ein „gesetzliches Vermächtnis" bezeichnet werden kann, ist für das BGB., das den Anspruch selbständig und erschöpfend geregelt hat, ohne praktische Bedeutung, wurde übrigens (gegen Schiffner S. 15f.) bereits oben Erl. 6 zu § 1939 verneint (vgl. auch Strohal I § 13 S. 81).

b) Als eine **Geldforderung** untersteht der Pflichtteilsanspruch grundsätzlich den allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse. Es gelten daher für ihn auch die Vorschriften über den Verzug des Schuldners (§§ 284ff., vgl. die für preuß. Recht ergangene Entsch. d. RG. 25 S. 307). Über den Einfluß der aufschiebenden Einreden des Erben auf den Leistungsverzug vgl. oben S. 202ff. und jetzt auch die LeipzDiss. von H. von Winterfeld, die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug 1907, auf deren Würdigung hier nicht eingegangen werden kann. Ganz abgesehen von der Frage des Einflusses der aufschiebenden Einreden wird übrigens anzunehmen sein, daß Verzug in der Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs nicht vorliegt, solange der Bestand und Wert des Nachlasses noch zu ermitteln ist, wenn nicht dem Erben eine Säumigkeit hierbei zur Last fällt (vgl. §§ 2311, 2314). Der entstandene Pflichtteilsanspruch kann durch einen zwischen dem Erben und dem Berechtigten abgeschlossenen Erlaßvertrag (§ 397) aufgehoben werden. An einen solchen Vertrag, nicht (wie Endemann III § 128 Anm. 18 anzunehmen scheint) an einen zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten geschlossenen Verzichtsvertrag, ist in den Vorschriften des § 1406 Nr. 1, § 1453 Abs. 1, § 1643 Abs. 2, § 1822 Nr. 2 gedacht, in denen zu dem „Verzicht auf einen Pflichtteil" bei einer Ehefrau die Zustimmung des Ehemannes für entbehrlich erklärt, bei einem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde und einem Mündel aber die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfordert wird (s. Erl. 4, 6 zu § 1406, Erl. II 2b zu § 1822). Ob in den Fällen, in denen der Berechtigte neben einer letztwilligen Zuwendung noch einen Pflichtteilsanspruch hat (§ 2305, § 2307

Abs. 1 Satz 2), in der vorbehaltlosen Annahme der Zuwendung ein Erlaß des Pflichtteilsanspruchs liegt, ist Tatfrage; desgleichen, ob ein solcher Erlaß in der Anerkennung einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist, die den Berechtigten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt. Beide Fragen dürften übrigens im Zweifel zu verneinen sein.

c) Abgesehen von § 2314 hat der Pflichtteilsberechtigte keinen Anspruch auf besondere Sicherungen, insbesondere kann er nicht die gerichtliche Nachlaßregulierung beantragen. Das Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung bzw. der Arrestvollziehung hat er wie jeder mit einem vollstreckbaren Schuldtitel ausgestattete Nachlaßgläubiger (CPO. §§ 866, 867, 932).

3. Der Pflichtteilsanspruch ist vererblich und übertragbar, wie im Abs. 2 besonders ausgesprochen ist, weil das bisherige Recht teilweise auf einem anderen Standpunkte (vgl. übrigens auch § 847 Abs. 1 Satz 2, § 1300 Abs. 2) stand. Die Übertragung, die durch Abtretung nach §§ 398 ff. erfolgt, ist schlechthin zugelassen, nicht nur in dem Umfange, in welchem die Pfändung des Anspruchs statthaft ist (Erl. 4). Der Grundsatz des § 400 findet somit hier keine Anwendung, wird vielmehr durch die Sondervorschrift des Abs. 2 ausgeschlossen (vgl. übrigens P. II Bd. 5 S. 526 und jetzt auch Strohal I § 53 bei Anm. 5). Zweifelhaft ist, ob nur der schlechthin auf eine Geldsumme gerichtete Anspruch oder ob in den Fällen des § 2306 Abs. 1 Satz 2 und des § 2307 die ganze Rechtsposition übertragbar ist, vermöge deren der Pflichtteilsberechtigte entweder den ihm hinterlassenen Erbteil bzw. das Vermächtnis annehmen oder nach der Ausschlagung den Pflichtteil verlangen kann. Diese Frage ist bezüglich der Rechtsposition nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 jedenfalls zu verneinen (anders die früheren Auflagen). Denn das Erbrecht im Sinne von ius succedendi ist zwar vererblich, aber nicht übertragbar, auch nicht im Falle des § 2033, da das, was nach dieser Bestimmung übertragen werden kann, nur das Mitgliedschaftsrecht in der Erbengemeinschaft, keineswegs aber das Erbrecht selbst ist (vgl. oben Erl. 2c zu § 2033). Als möglich ist nur anzuerkennen, daß der als Alleinerbe oder als Teilerbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte die Erbschaft, beziehungsweise die Teilerbschaft, als eine noch der Ausschlagung unterliegende in Verbindung mit einer möglicherweise unwiderruflichen Vollmacht zur Annahme bzw. zur Ausschlagung veräußert und dabei zugleich den infolge der Ausschlagung sich ergebenden eventuellen Pflichtteilsanspruch abtritt. Eine Übertragung des Allein- oder Teilerbrechts ist jedoch hierin nicht zu erblicken; denn nimmt der Erwerber auf Grund seiner Vollmacht die Erbschaft an, so wird nicht er, sondern der Veräußerer Erbe. Außerdem wird dem Zedenten des Pflichtteilsanspruchs durch die Erteilung der vorerwähnten Vollmacht die Möglichkeit der Erklärung der Annahme oder der Ausschlagung der Erbschaft nicht benommen (vgl. Strohal I § 53 Anm. 4). Für den Fall des § 2307 wird dagegen zuzugeben sein, daß der Pflichtteilsberechtigte den Vermächtnisanspruch als einen noch ausschlagbaren in der Weise abtritt, daß das Recht zur Ausschlagung nur dem Zessionar zukommt; denn die Ausschlagbarkeit ist eine Qualität des Vermächtnisanspruchs. Immerhin wird aber der Zessionar die vom Zedenten selbst dem Beschwerten gegenüber, der von der Zession noch keine Kenntnis hatte, erklärte Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses gegen sich gelten lassen müssen (vgl. § 407).

4. Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs. Trotz der unbeschränkten Übertragbarkeit ist der Pflichtteilsanspruch der Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist (CPO. § 852 Abs. 1). Der Grund für diese Beschränkung liegt darin, daß der Anspruch wegen seiner familienrechtlichen Grundlage nicht gegen den Willen des Berechtigten geltend gemacht werden soll. Nur wenn dieser bereits den Willen zu erkennen gegeben hat, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, soll der Anspruch auch zur zwangsweisen Befriedigung der Gläubiger herangezogen werden dürfen. Daneben war die Absicht bestimmend, ungesunder Kreditgewährung vorzubeugen (M. V S. 418, D. z. CPO. S. 141). Nach diesem Grunde der Vorschrift wird die Beschränkung nicht anzuwenden sein, wenn der Pflichtteilsanspruch durch Abtretung auf einen neuen Gläubiger übergegangen ist (vgl. P. II Bd. 5 S. 526 f.). Nur sofern der Anspruch pfändbar ist, gehört er im Falle des Konkurses zur Masse. Die von der zweiten Kommission offen gelassene Frage, ob die Zugehörigkeit zur Konkursmasse davon abhängt, daß die Anerkennung des Anspruchs oder der Eintritt der Rechtshängigkeit vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt ist, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu bejahen (P. II Bd. 6 S. 802; Strohal I § 53 bei Anm. 6; Wilke Anm. 4; Jaeger KO. 3. Aufl. Erl. 19 zu § 9). Sind die Voraussetzungen der Pfändbarkeit eingetreten, so unterliegt ein späterer Verzicht der Anfechtung seitens der Gläubiger (s. oben Nr. 1, 2b). Für den Erben besteht von dem gleichen Zeitpunkt an die Möglichkeit der Aufrechnung (§ 394 Satz 1).

§. 2318. Der Erbe kann die Erfüllung eines ihm auferlegten Vermächtnisses soweit verweigern, daß die Pflichttheilslast von ihm und dem Vermächtnißnehmer verhältnißmäßig getragen wird. Das Gleiche gilt von einer Auflage.

Einem pflichttheilsberechtigten Vermächtnißnehmer gegenüber ist die Kürzung nur soweit zulässig, daß ihm der Pflichttheil verbleibt.

Ist der Erbe selbst pflichttheilsberechtigt, so kann er wegen der Pflichttheilslast das Vermächtniß und die Auflage soweit kürzen, daß ihm sein eigener Pflichttheil verbleibt.

---

§ 2318.

E. I § 1993; II § 2183 rev. § 2292; III § 2291. M. I S. 10245 ff., 10250 ff., 10257 f., 11382 f., 12260; M. V S. 420 f. P. II Bd. 5 S. 546 ff.

1. Die §§ 2318—2324 enthalten die Vorschriften über die **Pflichtteilslast** (Vorbm. Nr. 4c), und zwar betrifft § 2318 die **Verteilung** dieser Last **zwischen dem Erben und den Vermächtnisnehmern bzw. Auflagebeteiligten.** Während dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber nur der Erbe haftet und eine Haftung des Vermächtnisnehmers auch durch Anordnung des Erblassers nicht begründet werden kann, wird für das Verhältnis des Erben, der Vermächtnisnehmer und der Auflageempfänger untereinander der Grundsatz (vgl. aber doch auch Erl. 5) aufgestellt, daß die Pflichtteilslast nach dem Verhältnisse dessen, was jeder einzelne aus dem Nachlaß dem Geldwerte nach erhalten soll, zu verteilen ist. Dies entspricht dem anzunehmenden Willen des Erblassers und dem bisherigen Rechte. Dem Erben wird, soweit die Last auf die Vermächtnisse und Auflagen entfällt, ein im Wege der (peremptorischen) Einrede geltend zu machendes Verweigerungsrecht beigelegt. Die Beweislast für die Voraussetzungen des Kürzungsrechts trifft den Erben. Wegen der Durchführung der Kürzung in dem Falle, wenn ein bestimmter unteilbarer Gegenstand vermacht ist, vgl. die Erl. zu § 2188. Mehrere Vermächtnisse sind in dem gleichen Verhältnisse zu kürzen, wenn nicht der Erblasser einem derselben den Vorrang vor den übrigen beigelegt hat (§ 2189). Ist der Pflichtteilsanspruch streitig, so hat das zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten ergehende Urteil keine Rechtskraft im Verhältnisse zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer, der Erbe kann aber dem Vermächtnisnehmer den Streit verkünden (CPO. §§ 72 ff.).

2. Der **Abs. 1** spricht von der Erfüllung eines dem Erben „auferlegten" Vermächtnisses. Die Vorschrift ist jedoch deswegen nicht auf die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse zu beschränken, sondern auch auf die sog. **gesetzlichen Vermächtnisse**, den Voraus des überlebenden Ehegatten (§ 1932) und den Unterhaltsanspruch der Familienangehörigen (§ 1969), zu erstrecken (a. M. **Wilke** Anm. 2). Da der Erblasser diese Rechte entziehen kann, besteht kein Grund, das auf dem anzunehmenden Willen des Erblassers beruhende Kürzungsrecht des Erben wegen der Pflichtteilslast ihnen gegenüber auszuschließen. Für den Voraus besteht allerdings die Besonderheit, daß er bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern außer Ansatz bleibt (§ 2311 Abs. 1 Satz 2), und der Erbe kann daher auch nicht als befugt gelten, wegen der Pflichtteilslast aus dem Pflichtteile der Eltern den Voraus zu kürzen (Erl. 2d zu § 2311, vgl. Erl. 3 zu § 2322). Sind jedoch die Abkömmlinge des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und daher zur Erhebung des Pflichtteilsanspruchs befugt, so muß der Ehegatte zur Deckung der aus diesem Anspruch entstehenden Pflichtteilslast auch mit dem Voraus beitragen (doch greift hier auch noch die Sondervorschrift des § 2320 ein; vgl. dazu Erl. 2c zu § 2320). Der nach § 1963 der Mutter eines noch ungeborenen Erben zustehende Unterhaltsanspruch kommt nicht in Betracht, weil er nicht als gesetzliches Vermächtnis aufzufassen und überdies auf den Erbteil des nasciturus beschränkt ist, also keinen anderen Erben beschwert (vgl. Erl. 4 zu § 1963).

3. **Abs. 2.** Einem **pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer** gegenüber steht dem Erben das Kürzungsrecht nur soweit zu, daß jenem der Pflichtteil verbleibt; es entfällt mithin ganz, wenn das Vermächtnis nicht über den Betrag des Pflichtteils hinausgeht. Obschon Abs. 2 scharf die Grenze bezeichnet, über welche hinaus die Kürzung des einem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Vermächtnisses nicht zulässig ist, so läßt er doch die Frage offen, **nach welchem Verhältnis ein solches Vermächtnis**, wenn es den dem Vermächtnisnehmer gebührenden Pflichtteil übersteigt, **zu kürzen ist.** Beispiel: Der Erbe eines Nachlasses im Werte

von 4000 ist mit einem Vermächtnis von 2000 zugunsten eines in Höhe von 1000 pflichtteilsberechtigten Sohnes des Erblassers, A, belastet. Außerdem macht aber auch noch der Sohn B (gegen den der Erblasser mit Unrecht die Pflichtteilsentziehung ausgesprochen hatte) den Pflichtteilsanspruch in Höhe von 1000 geltend. Kann hier der Erbe mit Berufung darauf, daß den A nach der Anordnung des Erblassers dem Werte nach ebensoviel vom Nachlasse zukommen soll als dem Erben selbst, das Vermächtnis des A wegen des Pflichtteilsanspruchs des B um 500 kürzen oder ist nicht vielmehr zu sagen, daß der in dem Vermächtnis des A enthaltene Pflichtteil von 1000 zunächst von dem Werte des Nachlasses in Abzug zu bringen und daß somit für die Feststellung des Verhältnisses, in welchem A die dem Pflichtteilsanspruch des B entsprechende Pflichtteilslast zu tragen hat, das dem ersteren hinterlassene Vermächtnis nur mit 1000 anzusetzen sei? Man wird sich der zweiten Auffassung anschließen müssen und somit zu dem Ergebnisse gelangen, daß die bezeichnete Pflichtteilslast vom Erben und vom A in dem Verhältnisse von 2 : 1 getragen werden muß. A braucht sich demgemäß nur eine Kürzung um 333⅓ gefallen zu lassen. Dasselbe Verfahren muß entsprechend auch zur Anwendung gebracht werden, wenn der Erblasser unter sonst gleichen Umständen dem A ein Vermächtnis von 1200 und einem extraneus X ein solches von 800 hinterlassen hat. Auch hier ist also vom Nachlaßbestande zunächst die vom Erben dem A gegenüber jedenfalls und ohne die Möglichkeit einer Abwälzung zu tragende Pflichtteilslast abzuziehen. Von den übrigbleibenden 3000 würden, wenn nicht auch noch der Pflichtteilsanspruch des B zu berücksichtigen wäre, auf den Erben 2000, auf A 200 und auf X 800 entfallen. Nach dem hierdurch gegebenen Verhältnisse haben die Genannten untereinander für den Pflichtteilsanspruch des B aufzukommen, so daß A und X zusammen einen Abzug von 333⅓ erleiden, von dem auf A der Betrag von 66⅔ und auf X der Betrag von 266⅔ entfällt. So sachlich auch Strohal I § 54 Anm. 8; anders (und übereinstimmend mit Strohal 2. Aufl. § 54 Anm. 1) Kipp bei W. III S. 423 Nr. IV 2b.

4. Ist der Erbe, der einen Pflichtteilsanspruch zu erfüllen hat, selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er nach Abs. 3 wegen der Pflichtteilslast die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen nicht nur nach Abs. 1 verhältnismäßig, sondern schlechthin so weit kürzen, daß sein eigener Pflichtteil durch die Pflichtteilslast nicht beeinträchtigt wird. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die Anwendung dieser Vorschrift wegen des Eingreifens des § 2306 Abs. 1 unter Umständen ganz entfallen oder doch eine Einschränkung erfahren kann. Liegt der Fall des § 2306 Abs. 1 Satz 1 vor, so kann nämlich der pflichtteilsberechtigte Teilerbe mit Rücksicht auf den gänzlichen Wegfall der ihn belastenden Vermächtnisse und Auflagen in die im § 2318 Abs. 3 vorausgesetzte Lage überhaupt nicht kommen. Anders verhält es sich im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 2. Hier muß sich der pflichtteilsberechtigte Erbe die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen in voller Höhe selbst dann gefallen lassen, wenn durch das ihm von seinem Erbteil Verbleibende sein Pflichtteil nicht gedeckt ist. Kommt aber zu diesem Sachverhalte noch dazu, daß der Pflichtteilsanspruch eines anderen Pflichtteilsberechtigten zu befriedigen ist, so ist der pflichtteilsberechtigte Erbe zur Kürzung der ihn belastenden Vermächtnisse und Auflagen allerdings berechtigt, kann er aber die Kürzung doch nicht soweit ausdehnen, daß ihm sein voller Pflichtteil verbleibt, sondern nur soweit, als er infolge der von ihm wegen des anderen Pflichtteilsberechtigten zu tragenden Pflichtteilslast noch weiter beeinträchtigt würde, als er es infolge der Annahme des mit Vermächtnissen und Auflagen beschwerten Erbteils bereits ist. Vgl. auch Küntzel S. 615; Strohal I § 54 bei Anm. 9 (daselbst auch ein Beispielsfall); Endemann III § 132 Anm. 23; Kipp bei W. III S. 424 f. bei c; s. auch KG. in Rspr. 14 S. 308.

Einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer gegenüber greift das in Abs. 3 bestimmte Kürzungsrecht doch wohl nur mit der in Abs. 2 bestimmten Beschränkung durch (anders die früheren Auflagen und Herzfelder S. 678). Eine positive Entscheidung der Frage, wie es beim Zusammentreffen der Voraussetzungen von Abs. 2 und Abs. 3 gehalten werden solle, war von der zweiten Kommission abgelehnt worden, doch findet sich in den P. II Bd. 5 S. 547 die beiläufige Bemerkung, daß im Verhältnis zwischen einem pflichtteilsberechtigten Erben und einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer das Pflichtteilsrecht des ersteren „zunächst" werde vorgehen müssen. Allein die Durchführung dieser Auffassung schafft keine Lösung, sondern wird nur zur Quelle neuer Schwierigkeiten. Denn was soll geschehen, wenn der pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer wegen der von ihm erlittenen Kürzung den Pflichtteilsanspruch geltend macht? Die hier vertretene Auffassung führt dagegen zu glatter Erledigung. Dies ist ohne weiteres klar, wenn der pflichtteilsberechtigte Erbe Alleinerbe ist. Er muß das Ver-

§. 2319. Ist einer von mehreren Erben selbst pflichttheilsberechtigt, so kann er nach der Theilung die Befriedigung eines anderen Pflichttheilsberechtigten soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichttheil verbleibt. Für den Ausfall haften die übrigen Erben.

---

mächtnis an den pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer in Höhe von dessen Pflichtteil voll entrichten. Im übrigen greifen zur Deckung des von dem dritten Pflichtteilsberechtigten geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs Kürzungen nach Maßgabe des Abs. 3 mit der aus § 2306 Abs. 1 Satz 2 sich ergebenden Einschränkung durch. Ist der pflichtteilsberechtigte Erbe dagegen nur Teilerbe, so wird er vor der Teilung des Nachlasses darauf dringen, daß der Pflichtteilsanspruch des Dritten aus dem ungeteilten Nachlaß gedeckt werde. Durch die sich für den Nachlaß hieraus ergebende Pflichtteilslast wird der pflichtteilsberechtigte Teilerbe praktisch nicht betroffen. Denn soweit er das Vermächtnis an den pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer (wegen § 2318 Abs. 2) nicht kürzen kann und soweit ihm das von seinem Erbteil noch Verbleibende zur Deckung seines eigenen Pflichtteils gebührt, hat er im Verhältnis zu seinen Miterben die aus dem Anspruch des dritten Pflichtteilsberechtigten sich ergebende Pflichtteilslast nicht zu tragen, und nach der Teilung ist er gegen die Geltendmachung des bezeichneten Anspruchs durch § 2319 geschützt.

5. Der Abs. 1 enthält nur einen **Dispositivsatz.** Der Erblasser kann nach § 2324 abweichende Anordnungen treffen, sowohl nach der Richtung, daß er das Kürzungsrecht des Erben beschränkt oder ausschließt, als auch dahin, daß er den Vermächtnisnehmer in höherem Maße oder sogar ausschließlich zur Tragung der Pflichtteilslast heranzieht (M. V S. 420). Die Vorschriften der Abs. 2, 3 sind zwingenden Rechtes. Fraglich bleibt jedoch, ob der Erblasser im Falle des § 2306 Abs. 1 Satz 2 nicht bestimmen kann, daß der pflichtteilsberechtigte Erbe außer den ihm auferlegten Vermächtnissen auch noch die aus dem Pflichtteilsanspruch eines anderen Pflichtteilsberechtigten sich ergebende Pflichtteilslast vollständig oder in bestimmter Höhe zu tragen habe, ohne deswegen die Vermächtnisse kürzen zu dürfen. Dies scheint mit Kipp bei W. III S. 425 (anders noch Strohal I § 54 Anm. 18) deshalb bejaht werden zu dürfen, weil in einer solchen Anordnung doch wieder nur ein Vermächtnis zugunsten derjenigen gelegen ist, welche die Pflichtteilslast sonst im Wege eines ihnen gemachten Abzugs zu tragen hätten, und weil der Pflichtteilsberechtigte dabei nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 lediglich vor die Wahl gestellt ist, den mit Beschwerungen belasteten Erbteil auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen, oder sich alle Beschwerungen gefallen zu lassen. Vgl. ferner Erl. 2 zu § 2323.

6. Wegen der Befugnis des verkürzten Vermächtnisnehmers, seinerseits die ihm auferlegten Beschwerungen zu kürzen, s. § 2188.

§ 2319.

E. II § 2184 rev. § 2293; III § 2292. M. II Bd. 5 S. 546 ff.

1. Der von der zweiten Kommission aufgenommene § 2319 schützt einen **als Miterben berufenen Pflichtteilsberechtigten** gegen eine Beeinträchtigung, die ihm unmittelbar durch die Pflichtteilslast aus dem Anspruch eines anderen Pflichtteilsberechtigten erwachsen könnte. Die Vorschrift ist trotz ihrer Stellung nicht nur für das Verhältnis der letztwillig Bedachten untereinander, sondern auch für das Verhältnis gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten von Bedeutung. Ihr Eingreifen setzt voraus:

a) daß einer von mehreren Erben in concreto pflichtteilsberechtigt ist,

b) daß die Erben den Nachlaß bereits geteilt haben,

c) daß ein anderer Pflichtteilsberechtigter gegen den pflichtteilsberechtigten Miterben den Pflichtteilsanspruch geltend macht.

Treffen diese Voraussetzungen zu, so steht dem pflichtteilsberechtigten Erben nach Satz 1 gegenüber dem Anspruch des anderen Pflichtteilsberechtigten ein Einrederecht zu, kraft dessen er diesem die Befriedigung so weit verweigern kann, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt. Ist der Erbteil des pflichtteilsberechtigten Miterben nicht größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so ergibt sich somit für ihn aus § 2319 gegenüber dem anderen Pflichtteilsberechtigten ein Recht zur völligen Leistungsverweigerung. Ohne Schwierigkeit ist die Anwendung des § 2319 auch dann, wenn dem pflichtteilsberechtigten Miterben ein größerer Erbteil unbeschwert hinterlassen ist, der aber doch nach Abzug des eigenen Pflichtteils zur Deckung des dem weiteren

§. 2320. Wer an Stelle des Pflichttheilsberechtigten gesetzlicher Erbe wird, hat im Verhältnisse zu Miterben die Pflichttheilslast und, wenn der Pflichttheilsberechtigte ein ihm zugewendetes Vermächtniß annimmt, das Vermächtniß in Höhe des erlangten Vortheils zu tragen.

Das Gleiche gilt im Zweifel von demjenigen, welchem der Erblasser den Ertheil des Pflichttheilsberechtigten durch Verfügung von Todeswegen zugewendet hat.

Pflichtteilsberechtigten zukommenden Pflichtteils nicht ausreicht. Ist dieser größere Erbteil jedoch mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so kommt neben § 2319 selbstverständlich noch § 2318 Abs. 3 in Betracht.

2. **Satz 2.** Für den **Ausfall**, welchen der andere Pflichtteilsberechtigte durch die Ausübung des dem pflichtteilsberechtigten Miterben nach Satz 1 zustehenden Leistungsverweigerungsrechtes erleidet, **haften** nach Satz 2 **die übrigen Erben**. Doch ist es natürlich möglich, daß außer dem pflichtteilsberechtigten Miterben überhaupt nur noch ein weiterer Erbe vorhanden ist. In diesem Falle trifft die Haftung für den Ausfall nur diesen; sonst haften die übrigen Erben dem anderen Pflichtteilsberechtigten nach §§ 2058 ff., also grundsätzlich gesamtschuldnerisch und nur bei anteiliger Haftung nach Verhältnis ihrer Erbteile (vgl. auch Erl. 4 zu § 2305). Wegen der Bedeutung des Satz 2 für das Verhältnis der Erben untereinander vgl. noch Erl. 5 zu § 2320.

3. Der § 2319 ist **zwingenden Rechtes**. Der Erblasser kann weder für das Verhältnis des pflichtteilsberechtigten Erben zu dem anderen Pflichtteilsberechtigten noch für das Verhältnis jenes Erben zu seinen Miterben eine abweichende Anordnung treffen. Nur die Haftung der übrigen Erben für den Ausfall kann er mit Wirkung für diese Erben untereinander anders regeln, als sie sich nach dem Gesetze gestaltet (vgl. § 2324; Frommhold Anm. 2).

4. Zweifelhaft ist, ob und wie eventuell die Vorschrift des § 2319 durch den **Umstand** beeinflußt wird, daß der pflichtteilsberechtigte Erbe, sei es allgemein, sei es gegenüber dem anderen Pflichtteilsberechtigten, das **Recht auf Beschränkung der Haftung verloren** hat. Für die zu treffende Entscheidung dürfte die Erwägung durchschlagend sein, daß das in § 2319 bestimmte Leistungsverweigerungsrecht nicht auf dem Grundsatz der Beschränkbarkeit der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten, sondern auf dem Pflichtteilsrecht beruht. Es ist demgemäß dem pflichtteilsberechtigten Miterben auch im Falle der unbeschränkten Haftung zuzusprechen (vgl. auch Strohal I § 54 bei Anm. 5).

5. Der Grundsatz des § 2319 hat im § 2328 auch für den **Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils** Anerkennung gefunden.

6. Für die **Zeit vor der Teilung des Nachlasses** ist ein besonderer Schutz des pflichtteilsberechtigten Miterben gegenüber dem Anspruch des anderen Pflichtteilsberechtigten nicht vorgesehen. Das Gesetz hält es hier für ausreichend, daß der pflichtteilsberechtigte Miterbe (nach Maßgabe des § 2046 in Verbindung mit § 2042 Abs. 2) auf Befriedigung des anderen Pflichtteilsberechtigten aus dem ungeteilten Nachlaß dringen kann.

§ 2320.

E. I § 1995, § 1996 Abs. 1; II § 2185 rev. § 2294; III § 2293. P. I E. 10245 ff., 10254 ff., 10274, 10276, 10278, 10284 ff., 11383 f.; M. V E. 421 ff. P. II Bd. 5 E. 548 ff.

Hellmann, Zur Lehre von der Pflichtteilslast im Recht 1908 S. 429 ff.

1. **Verteilung der Pflichtteilslast unter mehrere Erben.** Im Falle der Erbenmehrheit haben die Miterben eine auf dem Nachlaß ruhende Pflichtteilslast untereinander **regelmäßig nach dem Verhältnis ihrer Erbteile zu tragen**. Dieser Grundsatz kommt jedoch nicht zur ausnahmslosen Durchführung. **Abweichungen** können eintreten:

a) auf Grund einer letztwilligen (oder wohl auch erbvertragsmäßigen) **Anordnung des Erblassers**, vorausgesetzt, daß sie gegen zwingende gesetzliche Vorschriften nicht verstößt. Innerhalb dieser Schranke kann der Erblasser z. B., unbeschadet der nach den §§ 2058 ff. zu beurteilenden Haftung der Miterben dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber, bestimmen, daß eine auf dem Nachlaß ruhende Pflichtteilslast im Verhältnis der Miterben untereinander lediglich von einem Miterben getragen oder daß für das Tragen der Pflichtteilslast im Innenverhältnis nicht das Verhältnis der Erbteile, sondern ein anderes Verhältnis maßgebend sein soll (vgl. § 2324).

b) Abweichungen können sich ferner ergeben infolge der Anwendung der Dispositivvorschrift des Abs. 1 von § 2320 und der Auslegungsregel des Abs. 2 daselbst; vgl. dazu die folgenden Erl. 2 bis 4.

c) Auch zwingende Rechtssätze können die Verteilung der Pflichtteilslast unter die Miterben beeinflussen; vgl. die folgende Erl. 5.

2. Der Abs. 1 von § 2320 betrifft den Fall, daß infolge der Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten nach § 1938 oder infolge einer nach § 2306 erfolgten Ausschlagung ein anderer an Stelle des Pflichtteilsberechtigten gesetzlicher Erbe wird, unterscheidet dabei übrigens zwei Möglichkeiten:

a) Eine davon ist die, daß der an der gesetzlichen Erbfolge nicht teilnehmende Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteilsanspruch geltend macht. Genauer hat man sich den Sachverhalt so zu denken, daß der als gesetzlicher Erbe Weggefallene ungeachtet der Ausschließung oder Ausschlagung (vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 2) als Pflichtteilsberechtigter in Betracht kommt, ferner daß, obschon an Stelle des Weggefallenen ein anderer gesetzlicher Erbe tritt, neben dem Eintretenden doch noch immer ein Miterbe vorhanden ist. Wer an Stelle des Weggefallenen tritt, bestimmt sich nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge, die hier nicht wiederholt zu werden brauchen. Ausdrücklich hervorzuheben ist jedoch, daß, wenn z. B. infolge der Ausschließung des einzigen Abkömmlings des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge nach § 1938 tatsächlich die Eltern des Erblassers neben dem überlebenden Ehegatten zur gesetzlichen Erbfolge gelangen, auch die Erhöhung zu berücksichtigen ist, welche der Erbteil des überlebenden Ehegatten dadurch erfährt (§ 1931), daß dieser nicht neben dem Abkömmling sondern neben den Eltern erbt (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 548 ff.; anders, in nicht überzeugender Ausführung, Hellmann S. 429 ff.). Treffen die bezeichneten Voraussetzungen zu, so hat der an Stelle des Weggefallenen eintretende Erbe nach der Dispositivvorschrift (vgl. § 2324) des Abs. 1 die den Nachlaß wegen des Pflichtteilsanspruchs des Weggefallenen treffende Pflichtteilslast im Verhältnis zu den übrigen Erben in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen. Bezüglich der Haftung der Erben gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen. Zur Veranschaulichung und zugleich zur Illustration der Auffassung Hellmanns mag folgender Beispielsfall dienen: Nachlaß = 4000. Der Erblasser hat seinen einzigen Sohn nach § 1938 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, so daß infolgedessen der Vater und der überlebende Ehegatte des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge gelangen. Ein Voraus kommt praktisch nicht in Betracht, weil die nach § 1932 zum Voraus zu rechnenden Gegenstände im konkreten Falle ohnedies schon dem überlebenden Ehegatten gehören. Vermächtnisse und Auflagen sind nicht angeordnet. Der Sohn macht den Pflichtteilsanspruch geltend. Für die Verteilung der Pflichtteilslast zwischen dem Vater und dem überlebenden Ehegatten ist entscheidend, daß im Falle der Nichtausschließung des Sohnes von der gesetzlichen Erbfolge der Vater des Erblassers vom Nachlasse nichts und der überlebende Ehegatte nur 1/4 des Nachlasses, also 1000, erhalten haben würde. Die Ausschließung des Sohnes hat somit für den Vater des Erblassers einen erbrechtlichen Vorteil von 2000 und für den überlebenden Ehegatten einen solchen von 1000 zur Folge. In dem hierdurch gegebenen Verhältnisse von 2 : 1 haben somit der Vater und der überlebende Ehegatte die Pflichtteilslast zu tragen (ganz anders Hellmann, der den § 2320 in solchen Fällen überhaupt nicht zur Anwendung bringen will).

b) Die andere vom Gesetze hervorgehobene Möglichkeit ist, daß dem an der gesetzlichen Erbfolge nicht teilnehmenden Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis hinterlassen ist. Die Haftung der Erben (eine Erbenmehrheit ist auch hier vorausgesetzt) gegenüber dem Vermächtnisnehmer bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Im Innenverhältnis würden die Erben für das Vermächtnis zufolge der Regel des § 2148 nach Verhältnis ihrer Erbteile aufzukommen haben. Die Dispositivvorschrift des Abs. 1 (von § 2320) schafft auch hier eine Modifikation. Hiernach soll die Vermächtnislast im vorausgesetzten Falle im Verhältnis zu den übrigen Miterben von demjenigen, welcher an Stelle des mit dem Vermächtnis Bedachten gesetzlicher Erbe geworden ist, getragen werden, aber doch nur in Höhe des von ihm erlangten Vorteils. Die Vorschrift steht in sachlichem Zusammenhang mit § 2307 Abs. 1 Satz 2, wonach ein von einem Pflichtteilsberechtigten angenommenes Vermächtnis auf dessen Pflichtteil zur Anrechnung kommt, so daß, soweit der Wert des Vermächtnisses (wegen dessen Berechnung vgl. § 2307) reicht, der Pflichtteilsanspruch entfällt. Allein die Vorschrift des Abs. 1 ist auch auf den Fall zu beziehen, daß der Wert des Vermächtnisses den Pflichtteil des nicht zur Erbfolge gelangenden Pflichtteilsberechtigten übersteigt, ferner auch auf den Fall, daß der Erblasser

dem Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteil wirksam entzogen, ihm aber freiwillig ein Vermächtnis zugewendet hat (M. V S. 222); auch in diesen Fällen entspricht es der Billigkeit, daß die Zuwendung von demjenigen getragen wird, welcher von der Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten und der Entziehung des Pflichtteils den Vorteil hat.

c) Hier soll noch kurz der Beispielsfall gewürdigt werden, den Hellmann a. a. O. seiner Ausführung zugrunde legt. Wegen der vom Erblasser angeordneten Ausschließung seines einzigen Sohnes gelangen zur gesetzlichen Erbfolge der Vater und die Witwe des Erblassers. Nachlaß = 2400, wovon jedoch Gegenstände im Werte von 2000 den Voraus bilden. Demgemäß erhält der Vater vom Nachlasse praktisch nur 200, die Witwe 2200. Wie ist im Verhältnis der beiden Erben untereinander die dem Pflichtteilsanspruch des Sohnes entsprechende Pflichtteilslast zu tragen? Nach der hier vertretenen Ansicht hat die Ausschließung des Sohnes von der Erbfolge für den Vater des Erblassers einen erbrechtlichen Vorteil von 200 und für die Witwe, die, wenn sie mit dem Sohne geerbt hätte, nur 600 erhalten haben würde, einen Vorteil von 1600 (wobei es gleichgültig ist, daß sie in Ansehung des Voraus rechtlich als Vermächtnisnehmerin zu beurteilen ist) zur Folge gehabt und haben demgemäß Vater und Witwe die Pflichtteilslast untereinander im Verhältnis von 1:8 zu tragen (ganz anders freilich Hellmann).

3. Abs. 2. Was in Abs. 1 hinsichtlich desjenigen bestimmt ist, welcher an Stelle eines Pflichtteilsberechtigten neben einem oder mehreren Miterben gesetzlicher Erbe wird, soll zufolge der in Abs. 2 aufgestellten Auslegungsregel, „im Zweifel" auch für denjenigen gelten, welchem der Erblasser den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten durch Verfügung von Todes wegen zugewendet hat. Es kann sich hierbei um eine Erbeinsetzung, die Einsetzung eines Ersatzerben oder um die Begründung eines engeren Anwachsungsrechtes (§ 2094 Abs. 1 Satz 2) handeln.

4. Die Verpflichtung des durch die Vorschriften des § 2320 betroffenen Miterben zum Tragen der Pflichtteilslast oder des Vermächtnisses besteht nur in Höhe des erlangten Vorteils. Daß diese Worte nicht nur auf den Fall des Vermächtnisses, sondern auch auf die Pflichtteilslast zu beziehen sind, ergibt sich trotz ihrer Stellung unzweifelhaft aus dem Sinne der Vorschrift. Unter dem „erlangten Vorteil" ist der Erbteil zu verstehen, der dem betreffenden Erben an Stelle des Pflichtteilsberechtigten anfällt. Die aus den Worten „in Höhe des erlangten Vorteils" sich ergebende Einschränkung gewinnt praktische Bedeutung, wenn der Erbteil des Pflichtteilsberechtigten sich auf mehrere Miterben verteilt oder wenn dem Berechtigten ein Vermächtnis zugewendet ist, dessen Wert nicht nur den Pflichtteil, sondern sogar den gesetzlichen Erbteil des Pflichtteilsberechtigten übersteigt.

5. Eine aus dem Wesen der Sache sich ergebende Modifikation des Grundsatzes, daß mehrere Erben die Pflichtteilslast nach dem Verhältnis ihrer Erbteile zu tragen haben, ergibt sich in folgenden Fällen:

a) Ist einem Pflichtteilsberechtigten ein die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nicht übersteigender Erbteil hinterlassen und ist der Nachlaß außerdem mit dem Pflichtteilsanspruch eines anderen Pflichtteilsberechtigten belastet, so haben im Verhältnis der Erben untereinander die sich hieraus ergebende Pflichtteilslast die übrigen Erben allein zu tragen. Vor der Teilung des Nachlasses haftet dem anderen Pflichtteilsberechtigten zwar auch der pflichtteilsberechtigte Miterbe nach den §§ 2058, 2059; vgl. aber dazu das bereits in Erl. 6 zu § 2319 Bemerkte. Nach der Teilung ist der pflichtteilsberechtigte Miterbe, soweit er aus dem Nachlasse nur den Wert des ihm gebührenden Pflichtteils erhalten hat, auch dem anderen Pflichtteilsberechtigten gegenüber nach § 2319 geschützt. Denkt man sich den Erbteil des pflichtteilsberechtigten Miterben größer, als oben angenommen worden ist, so kann in Ansehung des über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils hinausgehenden Anteils ein Mittragen der auf dem Pflichtteilsanspruch des zweiten Pflichtteilsberechtigten beruhenden Pflichtteilslast allerdings in Frage kommen.

b) Wenn der einem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene und von ihm angenommene Erbteil zwar größer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, jedoch belastet mit dem einem zweiten Pflichtteilsberechtigten zur Deckung des Pflichtteils hinterlassenen und von diesem angenommenen Vermächtnis und wenn der Erbteil durch die den beiden Genannten gebührenden Pflichtteile erschöpft wird, so muß die auf dem Pflichtteilsanspruch eines dritten Pflichtteilsberechtigten sich ergebende Pflichtteilslast im Innenverhältnis offenbar von den übrigen Erben getragen werden. Dieselbe Entscheidung muß übrigens auch dann getroffen werden, wenn der zweite Pflichtteilsberechtigte das Vermächtnis ausschlägt und den Pflichtteilsanspruch geltend macht, wenn und soweit § 2321 zur Anwendung zu bringen ist. Das am Schlusse von a Gesagte gilt entsprechend auch hier.

§. 2321. Schlägt der Pflichttheilsberechtigte ein ihm zugewendetes Vermächtniß aus, so hat im Verhältnisse der Erben und der Vermächtnißnehmer zu einander derjenige, welchem die Ausschlagung zu Statten kommt, die Pflichttheilslast in Höhe des erlangten Vortheils zu tragen.

---

§ 2321.

E. I § 1996 Abs. 1; II § 2186 rev. § 2295; III § 2294. P. I E. 10245 ff., 10254 ff.; M. V E. 422 f. P. II Bd. 5 E. 549 ff.

1. Der § 2321 regelt die Pflichtteilslast für den Fall, daß der Pflichtteilsberechtigte ein ihm zugewendetes Vermächtnis ausschlägt und nun den Pflichtteilsanspruch auch so weit, als er durch den Wert des Vermächtnisses gedeckt sein würde, geltend macht (§ 2307 Abs. 1 Satz 1). Entsprechend dem bereits in § 2320 angewendeten Grundsatze wird hier im Verhältnisse der Erben und der Vermächtnisnehmer untereinander die auf Grund der Ausschlagung sich ergebende Pflichtteilslast demjenigen auferlegt, welchem die Ausschlagung zustatten kommt. Die in Betracht kommenden Fälle können sehr verschiedenartig sein:

a) Das von dem Pflichtteilsberechtigten ausgeschlagene Vermächtnis war dem Alleinerben oder im Falle der Erbenmehrheit allen Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile auferlegt. Die Bestimmung des § 2321 hat hier die Bedeutung, daß wegen des Pflichtteilsanspruchs des Ausschlagenden eine Kürzung anderer Vermächtnisse und Auflagen nach § 2318 Abs. 1 insoweit ausgeschlossen ist, als dem bzw. den Erben infolge der Ausschlagung des Pflichtteilsberechtigten ein Vorteil zugeht (vgl. Strohal I § 54 bei Nr. III).

b) War das ausgeschlagene Vermächtnis nur einem oder doch nur einigen von mehreren Erben auferlegt, so hat der allein beschwert gewesene Erbe bzw. haben die allein beschwert gewesenen Erben die aus der Ausschlagung sich ergebende Pflichtteilslast im Verhältnis zu den übrigen Erben allein zu tragen und entfällt wegen dieser Last auch die Möglichkeit einer teilweisen Abwälzung nach § 2318 Abs. 1.

c) Ist das vom Pflichtteilsberechtigten ausgeschlagene Vermächtnis einem Ersatzvermächtnisnehmer, oder ist der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Vermächtnisanteil infolge der Ausschlagung kraft Anwachsung einem Mitvermächtnisnehmer angefallen, so hat im Verhältnis zu dem (bzw. den) Erben der Ersatzvermächtnisnehmer bzw. der Anwachsungsberechtigte die entsprechende Pflichtteilslast zu tragen (vgl. dazu auch § 2323).

d) Mit dem vom Pflichtteilsberechtigten ausgeschlagenen Vermächtnis kann auch ein Vermächtnisnehmer beschwert sein. Dann hat dieser die entsprechende Pflichtteilslast im Verhältnis zu dem (oder den) Erben zu tragen. Macht der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nach der erfolgten Ausschlagung des Untervermächtnisses durch den Pflichtteilsberechtigten geltend, so steht dem Erben, selbst wenn er den Pflichtteilsberechtigten bezüglich des Pflichtteilsanspruchs noch nicht befriedigt hat, auf Grund des § 273 (vgl. aber auch Abs. 3 daselbst) das Zurückbehaltungsrecht wegen der fälligen Gegenforderung zu, vermöge welcher der Erbe vom Vermächtnisnehmer die der Sachlage entsprechende Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten verlangen kann. Der Billigkeit würde es entsprechen, wenn der Erbe, da sich im Falle der Ausschlagung des dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Vermächtnisses der dadurch ausgelöste Pflichtteilsanspruch gegen ihn richtet, dem Pflichtteilsberechtigten eine angemessene Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses setzen könnte. Allein der Wortlaut des § 2307 Abs. 2 trifft nicht zu und es ist zum mindesten sehr zweifelhaft, ob man zur analogen Anwendung schreiten darf. Sehr fraglich ist ferner, ob dem Erben ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch des Hauptvermächtnisnehmers zu gewähren ist, wenn dieser seinen Anspruch geltend macht, noch bevor sich der Pflichtteilsberechtigte über die Annahme oder Ausschlagung des Untervermächtnisses entschieden hat. Strohal I § 54 Anm. 11 versucht die bejahende Antwort darauf zu stützen, daß der Erbe auch schon vor der Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten über die Annahme oder Ausschlagung dem Hauptvermächtnisnehmer gegenüber ein Recht darauf habe, daß dieser ihm die Pflichtteilslast in der dem Werte des Untervermächtnisses entsprechenden Höhe abnehme. Hat sich der Pflichtteilsberechtigte einmal für die Annahme des Untervermächtnisses entschieden, so kommt ein Zurückbehaltungsrecht des Erben wegen der Pflichtteilslast nicht mehr in Frage, da der Pflichtteilsberechtigte, soweit er hinsichtlich seines Pflichtteils durch den Wert des Vermächtnisses gedeckt ist, den Pflichtteilsanspruch nicht mehr erheben kann.

§. 2322. Ist eine von dem Pflichttheilsberechtigten ausgeschlagene Erbschaft oder ein von ihm ausgeschlagenes Vermächtniß mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert, so kann derjenige, welchem die Ausschlagung zu Statten kommt, das Vermächtniß oder die Auflage soweit kürzen, daß ihm der zur Deckung der Pflichttheilslast erforderliche Betrag verbleibt.

---

2. Die Verpflichtung zum Tragen der Pflichtteilslast besteht auch im Falle des § 2321 nur in Höhe des erlangten Vorteils, d. h. je nach Lage des Falles soweit der Beschwerte durch die Nichtentrichtung des Vermächtnisses Aufwendungen erspart oder soweit der an Stelle des Ausschlagenden eintretende Bedachte (Ersatzbedachte bzw. Mitbedachte) aus dem Anfall an ihn Vorteil erlangt (vgl. § 2159).

§ 2322.

E. I § 1996 Abs. 2; II § 2187 rev. § 2296; III § 2295. P. I S. 10245 ff., 10254 ff., 12264; M. V S. 423; P. II Bd. 5 S. 549 ff.

1. Der § 2322 enthält eine Vorschrift über die Befugnis des mit der Pflichtteilslast beschwerten Erben oder Vermächtnisnehmers zur Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen für den besonderen Fall, daß, nachdem der Pflichtteilsberechtigte den ihm hinterlassenen Erbteil bzw. ein ihm zugewendetes Vermächtnis ausgeschlagen hat, von dem Ausschlagenden selbst (§§ 2306, 2307), unter Umständen aber auch von einem nunmehr nach § 2309 eintretenden anderen Pflichtteilsberechtigten (vgl. Strohal I § 54 Anm. 12, 13), der Pflichtteilsanspruch erhoben wird. Eine solche Ausschlagung hat einerseits zur Folge, daß die Pflichtteilslast im Verhältnisse der Erben und Vermächtnisnehmer untereinander in Höhe des erlangten Vorteils von demjenigen (Erben oder Vermächtnisnehmer) zu tragen ist, welchem die Ausschlagung zustatten kommt (§§ 2320, 2321). Andererseits bleiben die auf der ausgeschlagenen Erbschaft bzw. dem Vermächtnisse lastenden Beschwerungen bestehen und sind von eben demselben Erben oder Vermächtnisnehmer zu tragen (§§ 2161, 2192). Letzterer haftet für die Beschwerungen, dafern er von dem Rechte der Haftungsbeschränkung entsprechenden Gebrauch macht, nur mit demjenigen, was ihm infolge der Ausschlagung anfällt, bzw. nicht weiter als der Ausschlagende gehaftet haben würde. Dies ergibt sich für den Erben aus § 1992 in Verbindung mit §§ 1935, 2095, für den beschwerten Vermächtnisnehmer aber aus § 2187 in Verbindung mit § 2159. Für den Fall der Konkurrenz der Pflichtteilslast mit Vermächtnissen und Auflagen werden nun im § 2322 die letzteren einem weitergehenden und anders gearteten Kürzungsrecht unterworfen. Der Beschwerte kann die Vermächtnisse und Auflagen so weit kürzen, daß ihm der zur Deckung der Pflichtteilslast erforderliche Betrag verbleibt.

2. Das Kürzungsrecht nach § 2322 ist verschieden von dem nach § 2318. Der Beschwerte ist nicht wie dort unter allen Umständen zu einer „verhältnismäßigen" Kürzung befugt, vielmehr soll er **nur gegen Überschwerung geschützt werden.** Wenn der aus dem ausgeschlagenen Erbteil oder Vermächtnis ihm erwachsende Vorteil dazu hinreicht, muß er sowohl den Pflichtteil als auch die Vermächtnisse und Auflagen im vollen Umfang entrichten, so daß er selbst möglicherweise nichts übrig behält. Denn, wer erst durch die Ausschlagung des Pflichtteilsberechtigten einen erbrechtlichen Vorteil erlangt, ist nicht in dem Maße begünstigt wie der von vornherein Berufene, er hat vielmehr nach §§ 2320, 2321. im Verhältnisse der Bedachten untereinander die Pflichtteilslast allein zu tragen (s. Erl. 1 zu § 2321; Strohal I § 54 S. 462; v. Tuhr DJZ. 1900 S. 123; unzutreffend Frommhold, der von einem Übergange des Kürzungsrechts aus § 2318 spricht). Andererseits gehört die Vorschrift des § 2322 trotz ihres verwandten Inhalts auch nicht zu den Vorschriften über die Beschränkung der Haftung. Ihre Anwendung wird daher nicht dadurch beeinträchtigt, daß der beschwerte Erbe das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren hat, und es bedarf zur Geltendmachung des Kürzungsrechts aus § 2322 nicht der besonderen Rechtsbehelfe, an welche die Haftungsbeschränkung gebunden ist (§ 1992), vielmehr muß sich der Vermächtnisnehmer hier mit dem Ergebnis einer Schätzung und Berechnung begnügen. Der Unterschied des § 2322 von den Vorschriften über die Haftungsbeschränkung tritt auch darin hervor, daß § 2322 eine bloße Dispositivnorm ist, die der Erblasser durch abweichende Anordnungen ausschließen kann (§ 2324), während jene Vorschriften zwingenden Rechtes sind.

3. Das Kürzungsrecht würde grundsätzlich auch gegenüber dem Voraus des überlebenden Ehegatten, auf den nach § 1932 (s. dort Erl. 3) die für Vermächtnisse geltenden Vor-

§. 2323. Der Erbe kann die Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Auflage auf Grund des §. 2318 Abs. 1 insoweit nicht verweigern, als er die Pflichtheilslast nach den §§. 2320 bis 2322 nicht zu tragen hat.

§. 2324. Der Erblasser kann durch Verfügung von Todeswegen die Pflichtheilslast im Verhältnisse der Erben zu einander einzelnen Erben auferlegen und von den Vorschriften des §. 2318 Abs. 1 und der §§. 2320 bis 2323 abweichende Anordnungen treffen.

---

schriften Anwendung finden, durchgreifen. Steht jedoch eine Pflichtteilslast aus dem Pflichtteile der Eltern in Frage, so ist aus § 2311 Abs. 1 Satz 2 abzuleiten, daß wegen dieser Pflichtteilslast nicht der Voraus, sondern nur die neben ihm noch den ausgeschlagenen Erbteil beschwerenden Vermächtnisse gekürzt werden dürfen (vgl. Erl. 2d zu § 2311, Erl. 2 zu § 3218). Über den wesentlich verschieden gearteten Fall, wo die Ausschlagung eines Erbteils durch den Pflichtteilsberechtigten ein Recht des überlebenden Ehegatten auf den Voraus erst begründet, vgl. Erl. 2c zu § 2320.

4. Abgesehen von dem eben erwähnten Falle kann ein **Vorrang** eines Vermächtnisses vor einem anderen durch besondere Anordnung des Erblassers begründet werden (§ 2189). Der nach § 2322 verkürzte Vermächtnisnehmer ist befugt, die ihm auferlegten Beschwerungen verhältnismäßig zu kürzen (§ 2188).

§ 2323.

E. I § 1997; II § 2188 rev. § 2297; III § 2296. P. I E. 10245 ff., 10257 f., 12260; M. V E. 424. P. II Bd. 5 E. 551.

1. **Wegfall des im § 2318 Abs. 1 bestimmten Kürzungsrechtes.** Soweit nach den §§ 2320—2322 die Pflichtteilslast nicht von dem Erben bzw. einem bestimmten Erben, sondern von anderen Miterben oder von einem Vermächtnisnehmer zu tragen ist oder durch Kürzung eines Vermächtnisses oder einer Auflage eine Minderung erfährt, wird dem Erben im § 2323 die Befugnis abgesprochen, die der Erbschaft bzw. seinem Erbteil auferlegten Vermächtnisse und Auflagen nach § 2318 Abs. 1 verhältnismäßig zu kürzen. Die Vorschrift enthält im Grunde nur einen erläuternden Zusatz zu § 2318 Abs. 1, wonach das dort gewährte Kürzungsrecht dem Erben nur nach Maßgabe der sich endgültig herausstellenden Pflichtteilslast zusteht (Endemann III § 132 Anm. 21; Schiffner S. 59). Gleich dem § 2318 Abs. 1 enthält auch der § 2323 nur eine Dispositivnorm (§ 2324).

2. Durch § 2323 (der nur auf § 2318 Abs. 1 Bezug nimmt) bleibt die Frage unbeantwortet, wie es gehalten werden soll, wenn der nach § 2318 Abs. 3 kürzungsberechtigte pflichtteilsberechtigte Erbe die Pflichtteilslast nach den Vorschriften der §§ 2320—2322 auf einen anderen abwälzen kann. Beispiel: In Ansehung eines Nachlasses von 2000 gelangen zur gesetzlichen Erbfolge des Erblassers Sohn A und des Erblassers Enkel E, der an Stelle seines nach § 1938 ausgeschlossenen Vaters B erbt. A ist ferner mit einem Vermächtnis in Höhe von 500 belastet. B macht seinen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 500 geltend, den nach § 2320 im Verhältnis zwischen A und E der letztere allein zu tragen hat. Ist hier A mit Rücksicht auf das ihm zukommende Pflichtteilsrecht dem Vermächtnisnehmer gegenüber zur Kürzung des Vermächtnisses nach § 2318 Abs. 3 befugt? Aus dem Wesen der Sache ergibt sich, daß eine solche Kürzung jedenfalls dann ganz entfällt, wenn E dem A die Pflichtteilslast bereits abgenommen hat, und daß, wenn diese Abnahme noch nicht erfolgt ist, A zur Kürzung doch nur in der Weise befugt sein kann, daß er dem Vermächtnisnehmer zugleich den ihm gegen den E wegen der Pflichtteilslast zustehenden Ausgleichungsanspruch abtritt (vgl. Strohal I § 54 Anm. 15 und dazu Kipp bei W. III S. 425; s. auch KG. in Rspr. 14 S. 308).

§ 2324.

E. I § 1994 Satz 2, § 1998; II § 2189 rev. § 2298 III § 2297. P. I E. 10245 ff., 10256 f., 10284 f., 11432; M. V E. 421, 424. P. II Bd. 5 E. 548, 551.

1. **Besondere Bestimmungen des Erblassers hinsichtlich der Pflichtteilslast.** Schon in Erl. 1 zu § 2320 ist ausgeführt worden, nach welchem Verhältnis mehrere Erben unter einander eine den Nachlaß belastende Pflichtteilslast zu tragen haben, zugleich aber auch, daß der Erblasser in dieser Beziehung, soweit nicht zwingende Vorschriften entgegenstehen, Ab-

§. 2325. Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichttheilsberechtigte als Ergänzung des Pflichttheils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichttheil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird.

Eine verbrauchbare Sache kommt mit dem Werthe in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. Ein anderer Gegenstand kommt mit dem Werthe in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Werth, so wird nur dieser in Ansatz gebracht.

Die Schenkung bleibt unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind; ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.

---

weichendes bestimmen kann. Anordnungen dieser Art erzeugen lediglich obligatorische Ansprüche unter den Erben. Das gleiche gilt von Verfügungen, durch die der Erblasser in den Fällen der §§ 2320—2322 die Pflichtteilslast im Verhältnisse der Erben und der Vermächtnisnehmer unter einander anders verteilt, als sie sich nach jenen Vorschriften gestalten würde. Die Befugnis des Erblassers zu solchen Verfügungen bzw. der dispositive Charakter der §§ 2320 bis 2322 wird im § 2324 ausdrücklich anerkannt. Desgleichen wird dem Erblasser die Befugnis beigelegt, das nach § 2318 Abs. 1, § 2323 dem Erben zustehende Recht zur verhältnismäßigen Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen zu erweitern, zu beschränken oder auszuschließen (Erl. 5 zu § 2318). Daß der Erblasser im Verhältnis mehrerer Vermächtnisnehmer untereinander die ganze Pflichtteilslast auch einem einzelnen Vermächtnisnehmer auferlegen kann, folgt schon aus § 2189. Die Grenze für alle diese Anordnungen des Erblassers bildet das Pflichtteilsrecht eines beteiligten Erben (§ 2318 Abs. 3, § 2319; s. übrigens Erl. 5 zu § 2318 und Erl. 1 zu § 2319) oder Vermächtnisnehmers (§ 2318 Abs. 2); auch haben die Anordnungen stets nur für das innere Verhältnis Bedeutung, die Haftung gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten kann der Erblasser nicht ändern.

2. Anordnungen der im § 2324 bezeichneten Art kann der Erblasser durch Verfügung von Todes wegen, also nicht nur letztwillig sondern auch erbvertragsmäßig, treffen; letztere Möglichkeit ist deshalb gegeben (vgl. § 2278 Abs. 2), weil sich eine solche Anordnung immer unter den Begriff eines Vermächtnisses zugunsten des von der Pflichtteilslast zu Entlastenden bringen läßt.

§ 2325.

E. I §§ 2009, 2010; II § 2190 rev. § 2299; III § 2298. M. I S. 10333 ff., 10357 ff., 10376 ff., 10386 f., 10394 f., 11385 f., 11433, 12265 f.; M. V S. 449 ff. P. II Bd. 5 S. 581 ff.; Bd. 6 S. 104 f. D. S. 741.

Pütter bei Gruch. 47 S. 348 ff.; Vater daselbst S. 527 ff.; Bendix im Recht 1903 S. 258; Meyer, Ergänzung des Pflichtteils im Falle eines teilweise eine Schenkung enthaltenden Geschäfts in SeuffBl. 72 S. 18 f. S. ferner Diss. von Cullmann (1904); Hahn (1905); Schwerdtner, Verletzung des Pflichtteils durch freigebige Verfügungen unter Lebenden (1906).

1. **Recht auf Pflichtteilsergänzung.** Wenngleich der Pflichtteil als das Recht auf den Wert eines Nachlaßbruchteils grundsätzlich zu Verfügungen des Erblassers unter Lebenden außer Beziehung steht, führt doch schon das praktische Bedürfnis dahin, dem Pflichtteilsberechtigten gegen Schenkungen des Erblassers einen Schutz zu gewähren, da andernfalls das Pflichtteilsrecht dem Ergebnisse nach völlig vereitelt werden könnte. Über die maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte vgl. P. II Bd. 5 S. 586. In der Ausgestaltung des dem Pflichtteilsberechtigten gewährten Rechtsschutzes weicht das BGB. von dem bisher überwiegend geltenden Rechte ab. Während das gemeine, das preußische und das sächs. Recht dem Pflichtteilsberechtigten nur ein Anfechtungs- oder Widerrufsrecht gegen den Beschenkten gaben (s. M. V S. 449 f., 454; Frommhold Anm. 1), folgt das BGB. dem franz. Rechte (code civ. art. 920 ff.), indem es dem Pflichtteilsberechtigten wegen der Schenkungen des Erblassers grundsätzlich einen Anspruch gegen den Erben gewährt als denjenigen, welcher für die Entrichtung des Pflichtteils überhaupt haftbar ist, und nur ausnahmsweise eine Haftung des Beschenkten eintreten läßt. Der Beschenkte ist also insofern günstiger gestellt als Erbe, als er nur haftet, soweit der Erbe aus besonderen Gründen nicht verpflichtet ist (§ 2329, vgl. M. V S. 454 f., 467). Seinem

Inhalte nach geht das dem Pflichtteilsberechtigten durch § 2325 (Abs. 1) gewährte Recht dahin, daß ihm außer dem nach dem effektiven Bestande des Nachlasses berechneten regelmäßigen Pflichtteil, wegen der Schenkung auch noch derjenige Betrag gebührt, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird. Um deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß auch dieser Zusatzbetrag den Charakter des Pflichtteils hat, gebraucht das BGB. die Bezeichnung Ergänzung des Pflichtteils, während der E. I weniger zutreffend von einem „außerordentlichen Pflichtteile" sprach (s. dagegen Endemann III § 133 Anm. 2; Schiffner S. 50 f.). Hierbei ist aber freilich noch darauf aufmerksam zu machen, daß im konkreten Falle möglicherweise wegen des auf die Schenkungen des Erblassers zurückzuführenden Mangels eines aktiven Nachlasses ein normaler Pflichtteil überhaupt nicht in Betracht kommt, sondern nur die Pflichtteilsergänzung. Über die rechtliche Beurteilung des gegen den Erben sich richtenden Ergänzungsanspruchs vgl. Erl. 5 und wegen der Voraussetzungen und der Beschaffenheit der Haftung des Beschenkten s. Vorbm. 4d auf S. 769 und Erl. 1, 3 zu § 2329.

2. **Voraussetzung** des Ergänzungsanspruchs ist, daß der Erblasser unter Lebenden einem Dritten eine Schenkung gemacht hat. Dritter ist jeder andere außer dem Pflichtteilsberechtigten, auch ein anderer Pflichtteilsberechtigter (M. V S. 457); der Fall, daß der in Frage stehende Berechtigte auch selbst ein Geschenk erhalten hat, ist im § 2327 geregelt. Über das Erfordernis der Schenkung ist folgendes zu sagen:

a) Der Begriff der Schenkung ergibt sich aus §§ 516, 517. Entgeltliche Geschäfte des Erblassers begründen keinen Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils, auch wenn sie, wie z. B. ein Leibrentenkauf oder eine Erbabfindung, gewagter Natur und zum Schaden des Erblassers bzw. des Nachlasses ausgeschlagen sind. Anders natürlich verschleierte Schenkungen und teilweise Schenkungen (neg. mixta cum donatione, M. V S. 440, Erl. 6 zu § 516; vgl. dazu auch RG. Bd. 58 S. 124 ff.). Die Gewährung einer Ausstattung fällt unter § 2325, soweit sie nach § 1624 Abs. 1 wegen Übermaßes als Schenkung anzusehen ist. Bezüglich der Behandlung sogenannter remuneratorischer Schenkungen vgl. OLG. Dresden im SächsRpfA. 1906 S. 155. Zweifelhaft ist, ob die Begründung einer Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (§ 81) im Sinne des § 2325 einer Schenkung gleichzustellen ist. In der zweiten Kommission waren die Ansichten geteilt, die Aufnahme einer Vorschrift nach der einen oder der anderen Richtung wurde abgelehnt (P. II Bd. 5 S. 596 ff.; vgl. Zstlg. I S. 103, VI S. 682). Da eine Stiftung in der hier fraglichen Beziehung für den Pflichtteilsberechtigten dieselbe Bedeutung hat wie eine Schenkung, so dürften überwiegende Gründe für eine gleiche Behandlung beider Fälle sprechen. Es würde widersinnig sein, eine Schenkung, welche der Erblasser einer bestehenden Stiftung gemacht hat, bei der Berechnung des Pflichtteils zu berücksichtigen, die Zuwendung eines gleichen Betrags behufs Begründung einer neuen Stiftung aber unberücksichtigt zu lassen (vgl. Bd. I S. 156, Erl. 3 zu § 82; ebenso Böhm S. 463 Anm. 1; Frommhold Anm. 2a; Wilke Anm. 3). Zu demselben grundsätzlichen Ergebnisse gelangt auch RG. 54 S. 399 in einem Falle, wo der nach 1900 verstorbene Erblasser vorher eine nach preußischem Rechte zu beurteilende Fideikommißstiftung begründet hatte; s. dazu noch Dernburg V § 118 Anm. 12. Eine Schenkung von Todes wegen ist zu berücksichtigen, soweit sie durch Leistung unter Lebenden vollzogen ist (§ 2301 Abs. 2, M. V S. 456). Wegen der Zuwendungen durch „alteri stipulari" (§§ 328 ff.) s. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 386 ff.; dazu Strohal I § 58 Anm. 2. Darüber, daß bei einem zwischen einem wohlhabenden und einem unbemittelten Nupturienten abgeschlossenen Ehevertrag das Geding der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht als eine Schenkung des ersteren an den letzteren anzusehen ist, vgl. BadRspr. 1907 S. 31.

b) Liegt eine Schenkung vor, so kommt es auf ihre Größe nicht an. Das in den bisherigen Rechten meist aufgestellte Erfordernis der Übermäßigkeit der Schenkung nach den Verhältnissen zur Zeit ihrer Vornahme oder auch des Erbfalls ist vom BGB. gleichfalls im Anschluß an das franz. Recht aufgegeben worden. Ganz unbedeutende Schenkungen werden (auch soweit sie nicht unter den § 2330 fallen) schon wegen der Geringfügigkeit des Ergebnisses nicht zur Ergänzung des Pflichtteils herangezogen werden. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Schenkung aus dem Stammvermögen oder aus den Einkünften gemacht ist; die im E. II enthaltene Beschränkung auf Schenkungen aus dem Vermögensstamm ist vom Bundesrate gestrichen worden. Endlich ist eine Benachteiligungsabsicht oder auch nur das Bewußtsein des Erblassers von der möglichen Schädigung eines Pflichtteilsberechtigten nicht erforderlich. Der An-

spruch auf Ergänzung des Pflichtteils geht in letzterer Beziehung weiter als der eines durch Schenkungen des Erblassers geschädigten Vertragserben (§ 2287), während er andererseits ohne Rücksicht auf eine etwaige Benachteiligungsabsicht der dort nicht bestehenden zeitlichen Beschränkung nach Abs. 3 unterliegt (R. II Bd. 5 S. 388; vgl. Strohal I § 58 bei Nr. II 2; Künzel S. 815, 912a). Eine Beschränkung besteht einmal in der durch Abs. 3 bestimmten Zeitschranke (Erl. 4), sodann in der Ausschließung solcher Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht entsprochen wird (§ 2330), endlich in der Vorschrift, daß der Anspruch gegen den Beschenkten, wenn mehrere Geschenke gemacht sind, gegen den früher Beschenkten nur insoweit durchgreift, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (§ 2329 Abs. 3).

Darüber, daß auch Zuwendungen, die bei der Pflichtteilsberechnung zunächst nach § 2315 oder nach § 2316 berücksichtigt werden, dann, wenn sie Schenkungen sind, unter Umständen noch die in den § 2325 ff. vorgesehene Berücksichtigung finden müssen, vgl. Erl. 1 zu § 2327.

c) Ist ein vom Erblasser erteiltes Schenkversprechen zur Zeit des Erbfalls noch nicht erfüllt, so ist der Wert der geschuldeten Leistung gleichwohl zum Zwecke der Berechnung des (regelmäßigen) Pflichtteils vom Nachlaß in Abzug zu bringen und dann zwecks Berechnung der Pflichtteilsergänzung wieder hinzuzurechnen. Die Unterscheidung zwischen dem Pflichtteil und der Ergänzung ist auch in diesem Falle mit Rücksicht auf die §§ 2326, 2327 von Bedeutung. Der Erbe kann die Leistung an den Beschenkten in der Regel nicht verweigern; ein Antrag, ihm dem Beschenkten gegenüber eine Einrede zu geben, soweit dieser nach der Leistung gemäß § 2329 dem Pflichtteilsberechtigten zur Herausgabe verpflichtet sein würde, ist in der zweiten Kommission zurückgenommen worden (R. II Bd. 5 S. 591). Anders kann es sich jedoch verhalten, wenn der Ergänzungsberechtigte zugleich der alleinige Erbe ist oder wenn im Falle der Erbenmehrheit die Erben mit den ergänzungsberechtigten Personen zusammenfallen. Soweit hier der Betrag der Pflichtteilsergänzung durch den Nachlaß nicht gedeckt ist, steht dem Erben (bzw. den Erben) das Recht zur Kondiktion des Schenkversprechens und daher auch das Recht zur Verweigerung der Leistung zu (§ 2329 Abs. 1, § 821). Ist der Anspruch des Beschenkten zur Zeit des Erbfalls noch nicht fällig, so ist der gegenwärtige Wert der künftigen Leistung durch Schätzung festzustellen (Erl. 4 zu § 2313). Auf ein aufschiebend oder auflösend bedingtes Schenkungsversprechen sind die Vorschriften des § 2313 zur Anwendung zu bringen (M. V S. 456f; Schiffner S. 53 Anm. 32).

3. Über den Wert, mit dem der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzuzurechnen ist, wird im Abs. 2 Bestimmung getroffen.

a) Eine verbrauchbare Sache (§ 92) kommt mit ihrem Werte zur Zeit der Schenkung in Ansatz. Zweifelhaft ist, ob hierunter im Falle eines Schenkversprechens die Zeit des Versprechens oder die Zeit der Leistung zu verstehen ist (vgl. M. V S. 457, § 2055 Abs. 2, § 2315 Abs. 2). Die überwiegende Meinung hat sich bisher für die zuerst genannte Auffassung ausgesprochen (vgl. Schiffner S. 53; Strohal I § 58 S. 508, auch die früheren Auflagen dieses Kommentars; anders Endemann § 133 Anm. 18), für die allerdings zu sprechen scheint, daß die Schenkung schon mit dem Schenkversprechen vorliegt und daß das Gesetz in Abs. 3 ausdrücklich die Leistung des verschenkten Gegenstandes von der Schenkung unterscheidet. Der Herausgeber hält an der bezeichneten Auffassung auch jetzt noch fest. Der Bearbeiter vermag dagegen Bedenken gegen ihre sachliche Angemessenheit nicht zu unterdrücken und glaubt dieselben insbesondere durch den Hinweis auf den Fall rechtfertigen zu können, wo die verbrauchbare species, deren Leistung schenkweise versprochen wurde, vor der Fälligkeit der Leistung beim Schenker durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird. Auch ist, nach der Ansicht des Bearbeiters kein Grund dafür erfindlich, warum die aufgeworfene Frage hier anders entschieden werden soll als die analoge Frage in den Fällen des § 2055 (vgl. die dortige Erl. 2) und des § 2315 (vgl. die dortige Erl. 4). Demgemäß hält also der Bearbeiter den Wert zur Zeit der Leistung für maßgebend, wofür übrigens auch die M. V S. 457 sprechen.

b) Ein anderer Gegenstand, also eine nicht verbrauchbare Sache oder ein Recht, ist mit seinem Werte zur Zeit des Erbfalls zu veranschlagen, wenn er jedoch zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert hatte, nur mit diesem geringeren Werte. Bei einem solchen Gegenstande kommt somit dem Pflichtteilsberechtigten eine nach der Schenkung eingetretene Wertsteigerung nicht zustatten, während er andererseits, soweit die Berechnung der Pflichtteilsergänzung in Frage kommt, den Nachteil aus einer nach der Schenkung, aber noch vor dem Erbfall eingetretenen Wertverminderung oder dem während dieser Zeit eingetretenen Untergang regelmäßig

tragen muß, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Wertverminderung bzw. der Untergang auch beim Erblasser eingetreten wäre (anders noch M. V S. 457). Hat der Beschenkte jedoch wegen der Wertverminderung bzw. des Untergangs einen Ersatz erlangt, so muß dieser entsprechend berücksichtigt werden (vgl. Strohal I § 58 Anm. 7; Dernburg V § 118 bei Nr. II a. E. und die allgemeine Meinung). Im Falle einer nach der Schenkung, aber vor dem Erbfall vorgenommenen Veräußerung des geschenkten Gegenstandes ist nicht entscheidend, ob der Beschenkte für den Gegenstand überhaupt ein Entgelt, eventuell welches er erhalten hat, sondern nur das weitere Schicksal des geschenkten Gegenstandes selbst. Solange dieser vorhanden ist, gleichviel in wessen Hand, kommt nur sein Wert in Betracht; ist er untergegangen, so besteht, vorbehaltlich des vorerwähnten besonderen Falles, überhaupt kein Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils. Zweifelhaft ist jedoch, wie es mit der Berechnung der Pflichtteilsergänzung gehalten werden soll, wenn der geschenkte Gegenstand bei dem Beschenkten infolge eigenen Verschuldens oder bei demjenigen, an welchen der Gegenstand vom Beschenkten veräußert worden ist, infolge Verschuldens des Erwerbers verschlechtert oder untergegangen ist. Die schon in den bisherigen Auflagen dieses Kommentars vertretene Ansicht, daß auch der soeben bezeichnete Nachteil schlechthin vom Pflichtteilsberechtigten getragen werden muß, ist seitdem überwiegend angenommen worden (vgl. Schiffner S. 53; Endemann III § 133 Anm. 16; Böhm S. 464; Wilke Anm. 2; Herzfelder S. 688; s. auch Dernburg V § 118 bei Anm. 5, dessen Begründung, daß der Erbe für das böswillige Vorgehen des Beschenkten nicht aufzukommen habe, aber nicht zutreffend ist, da es sich durchaus nicht um eine Haftung des Erben für das Verschulden des Beschenkten und auch nicht um eine Haftung des Beschenkten für sein eignes Verschulden sondern lediglich darum handelt, ob die Haftung des Erben wegen der Pflichtteilsergänzung deshalb gemindert werden oder entfallen soll, weil der Beschenkte den aus dem Vermögen des Erblassers in sein Vermögen gelangten Gegenstand schuldbar verschlechtert oder vernichtet; sachlich teilweise abweichend Strohal I § 58 Anm. 8; Küntzel S. 9 12b). In diesen Zusammenhang gehört auch RG. vom 3. Februar 1908 im Recht 1908 S. 168 Nr. 994. Danach ist der Wert des verschenkten Gegenstandes und nicht die durch die vorgenommene Schenkung dem Beschenkten zuteil gewordene Bereicherung dem Nachlaß hinzuzurechnen. Soweit daher durch den Schenkungsakt Kosten entstanden und von dem Beschenkten getragen sind, kürzen sie nicht die Pflichtteilsergänzung selbst, sondern begrenzen sie nur bei dem gegen den Beschenkten gerichteten Ergänzungsanspruch aus § 2329 dessen Herausgabepflicht als eine die Bereicherung verringernde Aufwendung.

4. Nach **Abs. 3** unterliegt der Ergänzungsanspruch einer **Zeitschranke** insofern, als solche Schenkungen unberücksichtigt bleiben, die vor längerer Zeit als zehn Jahre vom Erbfalle zurückgerechnet durch Leistung vollzogen sind. Der E. I (M. V S. 453) hatte eine derartige Fristbestimmung abgelehnt, der E. II dagegen eine fünfjährige Frist eingeführt, die vom Bundesrat auf zehn Jahre ausgedehnt wurde. Die Beschränkung erscheint gerechtfertigt, weil nach Verlauf längerer Zeit der Erblasser selbst und seine Angehörigen sich in den durch die Vermögensminderung geschaffenen Zustand eingewöhnt haben, überdies auch im Interesse des Beschenkten eine zu lange Dauer des Schwebezustandes vermieden werden muß. Die Vorschrift erleidet keine Ausnahme für dolose Schenkungen (s. oben Erl. 2b). Bei Schenkungen an den Ehegatten des Erblassers beginnt die Frist nicht, bevor die Ehe aufgelöst worden ist (durch Tod, Scheidung oder Wiederverheiratung nach vorangegangener Todeserklärung des anderen Teiles, § 1348 Abs. 2). Diese Besonderheit beruht darauf, daß bei Schenkungen unter Ehegatten der verschenkte Gegenstand tatsächlich gemeinschaftliches Vermögen bleibt und daß hier der Verdacht argwöhnigen Verhaltens besonders naheliegt (P. II Bd. 5 S. 588). Für den Fall der Aufhebung der nicht wiederhergestellten ehelichen Gemeinschaft wird dasselbe gelten müssen wie für den Fall der Scheidung (s. § 1586; dazu Seckel, Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft S. 22; a. A. Herzfelder S. 686).

Sonstige zeitliche Beschränkungen bestehen nicht. Insbesondere kommt es nicht wie nach dem E. I darauf an, ob der Pflichtteilsberechtigte, der den Ergänzungsanspruch erhebt, schon zur Zeit der Schenkung vorhanden war oder erst später (auch durch eine sog. freie Handlung des Erblassers wie Eheschließung, Annahme an Kindesstatt) hinzugetreten ist (vgl. auch Rspr. 6 S. 335; RG. 54 S. 241; 58 S. 128). Darüber, daß der Erblasser selbst wegen nachgeborener Kinder nicht zur Rückforderung der Schenkung berechtigt ist, s. die Erl. zu den §§ 530—534.

5. Da der gegen den Erben sich richtende Ergänzungsanspruch nur eine **Erweiterung des regelmäßigen Pflichtteilsanspruchs** ist, untersteht er grundsätzlich den für diesen geltenden all-

gemeinen Vorschriften (vgl. E. I § 2010, P. II Bd. 5 S. 589). Es bestimmt sich daher die Entstehung, Vererblichkeit, Übertragbarkeit und Pfändbarkeit des Anspruchs nach § 2317 bzw. CPO. § 852. Wegen des Gerichtsstandes vgl. CPO. § 27 Abs. 1. Die Entziehung des Pflichtteils ergreift auch den Ergänzungsanspruch (M. V S. 461), desgleichen der Verzicht auf den Pflichtteil. Auch die Vorschriften über die Pflichtteilslast finden Anwendung. Besonderes gilt nach § 2326 für die Fälle der §§ 2305—2307. Wegen der Verjährung des Ergänzungsanspruchs s. § 2332. Bezüglich der Anfechtung des Anspruchs wegen Erbunwürdigkeit vgl. § 2345 Abs. 2. Soweit die Verpflichtung zur Pflichtteilsergänzung den Erben trifft, haftet er für sie nach den allgemeinen Grundsätzen; seine Haftung ist somit eine grundsätzlich beschränkbare, kann aber unter Umständen auch zu einer schlechthin unbeschränkten werden.

Wie das Pflichtteilsrecht überhaupt, so kann auch das Recht auf Pflichtteilsergänzung nicht nur in Gestalt eines Anspruchs auf Leistung (Pflichtteilsanspruch, Ergänzungsanspruch) sondern unter Umständen auch in anderer Weise zur Geltung gelangen. Bei dem Rechte auf Pflichtteilsergänzung kommt hierbei insbesondere das in § 2328 bestimmte Leistungsverweigerungsrecht in Betracht; aber auch das Leistungsverweigerungsrecht nach § 2318 Abs. 3 kann praktisch werden.

Darüber, inwieweit die allgemeinen pflichtteilsrechtlichen Grundsätze auch auf den gegen den Beschenkten sich richtenden Ergänzungsanspruch Anwendung finden, vgl. Erl. 1 zu § 2329.

6. Beteiligte Personen.

a) Ergänzungsberechtigt ist der nach Maßgabe der allgemeinen pflichtteilsrechtlichen Grundsätze in concreto Pflichtteilsberechtigte. Wie bezüglich des Rechtes auf den normalen Pflichtteil kann auch bezüglich der Pflichtteilsergänzung § 2309 eingreifen. Beispiele: Der Erblasser hat seinem einzigen Kinde das Recht auf den Pflichtteil und die Pflichtteilsergänzung zur Strafe entzogen, dasselbe aber doch mit einem vom Kinde auch angenommenen Vermächtnis bedacht. Soweit Pflichtteil nebst Pflichtteilsergänzung durch den Wert des Vermächtnisses nicht gedeckt ist, sind hier die an Stelle des Kindes tretenden entfernteren Abkömmlinge, eventuell die Eltern des Erblassers pflichtteils- bzw. ergänzungsberechtigt. Oder: der normale Pflichtteil eines im konkreten Falle nach § 2315 oder § 2316 zu berechnenden Pflichtteils eines Abkömmlings ist gleich Null, der von dem Abkömmling erhobene Ergänzungsanspruch aber wurde wegen Erbunwürdigkeit angefochten. Der Ergänzungsanspruch wird daher nach § 2309 von den entfernteren Abkömmlingen (und unter hier nicht weiter zu erörternden Umständen, von den Eltern des Erblassers) geltend gemacht werden können. Die Meinungsverschiedenheiten bez. des § 2309 (vgl. die dortigen Erl.) treten selbstverständlich aber auch hier hervor.

Wer Pflichtteilsergänzung beansprucht, hat die bei der Berechnung der Ergänzung in Betracht kommenden Schenkungen und die anzusetzenden Werte der geschenkten Gegenstände zu beweisen; hinsichtlich des Umstandes, daß die Schenkungen wegen des Ablaufs der im Abs. 3 bestimmten Frist unberücksichtigt zu bleiben haben, dürfte dagegen der Gegner beweispflichtig sein (anders Herzfelder S. 688 f.).

b) Ergänzungspflichtig ist, wenn der Ergänzungsberechtigte nicht zur Erbfolge gelangt, grundsätzlich der Erbe (vgl. § 2329). Ist der Berechtigte Teilerbe, so haften für die Pflichtteilsergänzung regelmäßig die Miterben. Soweit jedoch eine Verpflichtung des Erben bzw. des Miterben nach Erl. 1 zu § 2329 nicht eintritt, haftet wegen der Pflichtteilsergänzung nach Maßgabe des § 2329 der Beschenkte.

7. Betreffs der Anwendung der §§ 2325 ff. bei der gütergemeinschaftlichen Erbfolge s. Erl. IV 3 zu § 1483 (Vorbehalts- und Sondergut), die Erl. zu § 1505 (Anteil eines Abkömmlings am Gesamtgute nach Beendigung der fortgesetzten GG.) und Erl. 7 i zu § 1511 (Ausschließung von der fortgesetzten GG.).

8. Übergangsrecht. Die Vorschriften der §§ 2325—2329 finden auch Anwendung auf Schenkungen, die ein nach dem Wirksamwerden des BGB. verstorbener Erblasser vorher und zu einer Zeit gemacht hat, zu der der Pflichtteilsberechtigte noch nicht vorhanden war (RG. 54 S. 241, ferner v. 15. Oktober 1903 in JW. 1903 Beil. 128). Sie sind auch anwendbar, wenn der nach dem bezeichneten Zeitpunkte verstorbene Erblasser vorher eine Stiftung, insbesondere eine nach preußischem Rechte zu beurteilende Fideikommißstiftung begründet hatte (RG. 54 S. 399). Der märkischen Witwe, welche die statutarische Portion wählt, steht nach KG. in Rspr. 9 S. 430 der Anspruch aus § 2325 selbst dann nicht zu, wenn der Mann nach dem Wirksamwerden des BGB. gestorben ist, und nach RG. v. 23. Januar 1905 in Z. d. DNotVer. 1905 S. 488 kann die nach dem Güterstande des alten Rechtes erbende Witwe den Anspruch aus § 2325 nicht erheben.

§. 2326. Der Pflichttheilsberechtigte kann die Ergänzung des Pflichttheils auch dann verlangen, wenn ihm die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils hinterlassen ist. Ist dem Pflichttheilsberechtigten mehr als die Hälfte hinterlassen, so ist der Anspruch ausgeschlossen, soweit der Werth des mehr Hinterlassenen reicht.

---

§ 2326.

E. I § 2011; II § 2191 verb. § 2300; III § 2299. P. I S. 10333 ff. 10358 ff., 10370 f.; M. V S. 461. P. II Bd. 5 S. 589.

1. Ist dem Pflichtteilsberechtigten ein Erbteil hinterlassen, der **der Hälfte des gesetzlichen Erbteils gleichkommt**, so steht ihm, mag er nun annehmen oder ausschlagen, nach §§ 2303, 2305 ein Anspruch auf den regelmäßigen Pflichtteil nicht zu. Gleichwohl hat er (anders für den Fall der Ausschlagung, Herzfelder S. 684), wenn einrechnungspflichtige Schenkungen vorliegen, das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils. Dies ist im Satz 1 der Deutlichkeit wegen ausgesprochen, weil aus der juristischen Konstruktion des Ergänzungsanspruchs als einer Erweiterung des Pflichtteilsanspruchs gefolgert werden könnte, daß ein Ergänzungsanspruch ohne einen regelmäßigen Pflichtteilsanspruch nicht möglich sei. Übrigens kann der Ergänzungsanspruch unter Umständen auch einem anderen zustehen als demjenigen, welcher in Ansehung des regelmäßigen Pflichtteils (der praktisch aber auch = Null sein kann) durch den ihm hinterlassenen Erbteil gedeckt ist. In Ergänzung des in dieser Beziehung bereits in Erl. 6 zu § 2325 Bemerkten soll hier noch folgender Beispielsfall vorgelegt werden: Der Erblasser läßt in Ansehung seines durch Schenkungen völlig entwerteten Nachlasses sein Kind zwar zur gesetzlichen Erbfolge gelangen (ob mit oder ohne Beschränkung auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, ist hier gleichgültig), entzieht demselben aber zur Strafe das Recht auf Pflichtteilsergänzung und damit den Anspruch gegen den Beschenkten. Schlägt das Kind aus, so kommt der gegen den Beschenkten sich richtende Anspruch auf Pflichtteilsergänzung zweifellos dem an Stelle des ausschlagenden Kindes zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmling desselben zu. Aber auch dann, wenn das Kind die wertlose Erbschaft annimmt, ist der Abkömmling des Kindes nach § 2309 soweit pflichtteilsberechtigt, als dessen Vater es nicht ist, und steht ihm somit der Anspruch auf Pflichtteilsergänzung zu (vgl. auch Strohal I § 58 Anm. 33 a. E.; bezüglich des daselbst am Anf. besprochenen Falles vgl. jetzt Erl. III 1 a γ zu § 2309). Grundsätzlich a. M. Herzfelder S. 689; Reier S. 22 Anm. 5.

2. **Übersteigt der** dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene **„Erbteil"** (womit übrigens auch der Fall getroffen wird, daß der Pflichtteilsberechtigte als Alleinerbe berufen ist) **die Hälfte des gesetzlichen Erbteils**, so kommt es zunächst darauf an, ob der Erbteil mit Beschränkungen oder Beschwerungen belastet oder von solchen frei ist. Im letzteren Falle hat der Pflichtteilsberechtigte (und zwar auch hier wieder gleichviel, ob er annimmt oder ausschlägt) den regelmäßigen Pflichtteilsanspruch nicht, und auch der Ergänzungsanspruch ist nach § 2326 Satz 2 insoweit ausgeschlossen, als der Wert der die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbquote reicht. Auch im ersteren Falle entsteht dann keine Schwierigkeit, wenn der Berechtigte den Erbteil ausschlägt; für ihn ist hierdurch der Anspruch auf den regelmäßigen Pflichtteil und die volle Pflichtteilsergänzung begründet. Nimmt der Pflichtteilsberechtigte den Erbteil an, so ist zwar gewiß, daß ihm ein Anspruch auf den regelmäßigen Pflichtteil nicht zusteht (vgl. § 2306 Abs. 1 Satz 2), ferner, daß für ihn ein Ergänzungsanspruch insoweit nicht begründet sein kann, als der Wert des „mehr Hinterlassenen" reicht (wegen der Klarstellung dieses Punktes vgl. Erl. 3). Soweit das mehr Hinterlassene die Pflichtteilsergänzung nicht deckt, ist dagegen das Recht auf Pflichtteilsergänzung gegeben (also ohne daß es deswegen der Ausschlagung des Hinterlassenen bedürfte; vgl. auch RG. in JW. 1903 Beil. S. 73). Ist dem Berechtigten, gleichviel ob mit oder ohne Beschränkungen oder Beschwerungen (vgl. § 2307), ein von ihm auch angenommenes Vermächtnis hinterlassen, so ist der Ergänzungsanspruch insoweit ausgeschlossen, als der nach § 2307 anzusetzende Wert des Vermächtnisses nicht nur den normalen Pflichtteil, sondern auch die Pflichtteilsergänzung deckt.

3. Bezüglich der **Berechnung des „mehr Hinterlassenen"** besteht in dem bereits in Erl. 2 erwähnten Falle der Annahme eines die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigenden, aber mit Beschränkungen und Beschwerungen hinterlassenen Erbteils durch den Pflichtteilsberechtigten Meinungsverschiedenheit. Im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 2306, 2307 ist grundsätzlich zu entscheiden, daß der Wert des Hinterlassenen voll, d. h. ohne Rücksicht auf die Beschränkungen und Beschwerungen in Ansatz kommt (vgl. Strohal I § 58 S. 512 f.;

f. auch M. V S. 466). Abweichend Endemann III § 133 Anm. 19, 20, 32 und Hellmann Krit. Viert. 39 S. 235f. Endemann hält § 2306 Abs. 1 Satz 1 in der Weise für anwendbar, daß die dem Erbteil auferlegten Beschränkungen und Beschwerungen als nicht angeordnet zu gelten haben, wenn der Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils zwar übersteigt, aber doch nicht größer ist als derjenige Bruchteil des Nachlasses, dessen Wert dem Gesamtpflichtteil (regelmäßiger Pflichtteil samt Ergänzung) des Pflichtteilsberechtigten gleichkommt. Diese Auffassung ist jedoch mit der berufenen Bestimmung, der zufolge die auf den hinterlassenen Erbteil gelegten Beschränkungen und Beschwerungen nur dann als nicht angeordnet gelten sollen, wenn der Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, der durch die Pflichtteilsergänzung völlig unberührt bleibt, nicht übersteigt, nicht in Einklang zu bringen. Nach Hellmann (dem Herzfelder S. 690 folgt) soll der Wert des mehr Hinterlassenen nur auf so viel angesetzt werden, „als nach Deckung des ordentlichen Pflichtteils durch die unbelastete Hälfte des gesetzlichen Erbteils die Belastungen von dem Betrage des über die Hälfte des Erbteils hinaus Hinterlassenen überwogen werden". Allein, es ist zunächst nicht ersichtlich, wie diese Formel angewendet werden soll, wenn der Pflichtteilsberechtigte (in Unkenntnis von seinem Rechte auf Pflichtteilsergänzung) den ihm hinterlassenen und die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteil, hinsichtlich dessen er durch die Anordnung einer Nacherbfolge beschränkt ist, angenommen hat. Ist der Erbteil aber mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so führt die Formel Hellmanns dazu, daß sich der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Ergänzung unter Umständen, der Absicht des Gesetzes zuwider, selbst dann gegen den Beschenkten richtet, wenn der Nachlaß zur Deckung des Pflichtteils nebst Ergänzung vollständig ausreicht (vgl. dazu Strohal I § 58 Anm. 15; f. auch Erl. 1 zu § 2329 S. 848). Hat der Ergänzungsberechtigte ein ihm unter Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassenes Vermächtnis angenommen, so steht es mit Rücksicht auf § 2307 Abs. 1 Satz 2 außer allem Zweifel, daß die Beschränkungen und Beschwerungen bei der Berechnung des Wertes (auch soweit die Pflichtteilsergänzung in Betracht kommt) außer Ansatz bleiben. Diese Berechnungsweise entspricht aber auch dem § 2306 Abs. 1 Satz. 2. Bezüglich der Möglichkeit der Ausschlagung besteht übrigens zwischen dem Falle des § 2307 und dem des § 2306 Abs. 1 Satz 2. bzw. des § 2326 der von Herzfelder S. 690 angenommene Unterschied nicht.

4. Entscheidet man die in Erl. 3 besprochene Frage in dem daselbst dargelegten Sinne, so hat der Pflichtteilsberechtigte bei seiner Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung des die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils übersteigenden, aber mit Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassenen Erbteils unter der Voraussetzung, daß er von der sein Recht auf Pflichtteilsergänzung begründenden Schenkung bereits Kenntnis hat, zu erwägen, ob sein Pflichtteil nebst Ergänzung ungeachtet der auferlegten Beschränkungen oder Beschwerungen durch den ihm angefallenen Erbteil gedeckt ist oder nicht. Im ersten Falle wird er annehmen, im zweiten ausschlagen und den Pflichtteil nebst Ergänzung beanspruchen. Entschließt er sich zur Annahme, so muß er sich den Wert des Erbteils auf den Pflichtteil nebst Ergänzung voll, also ohne Rücksicht auf die infolge der Beschränkungen oder Beschwerungen eintretende Wertminderung anrechnen lassen und kann er somit den Anspruch auf Pflichtteilsergänzung nur soweit erheben, als der anzurechnende Wert hinter dem Betrag des Pflichtteils nebst Ergänzung zurückbleibt.

Zu einer großen Härte gegen den Pflichtteilsberechtigten kann die nach Maßgabe von Erl. 3 durchzuführende Berechnung des mehr Hinterlassenen offenbar dann führen, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der sein Recht auf Pflichtteilsergänzung begründenden Schenkung erst Kenntnis erlangt, nachdem er den ihm hinterlassenen Erbteil (bzw. das hinterlassene Vermächtnis) mit Rücksicht darauf, daß er seinen ordentlichen Pflichtteil ungeachtet der Beschränkungen oder Beschwerungen gedeckt sah, bereits angenommen hatte. Endemann a. a. O. Anm. 20 (vgl. auch Frommhold Anm. 1 zu § 2326) will Abhilfe dadurch schaffen, daß er auf Grund des § 2306 Abs. 1 die Frist für die Ausschlagung des Erbteils erst beginnen läßt, wenn der Erbe nicht nur von den Beschränkungen und Beschwerungen, sondern auch von seinem Rechte auf Pflichtteilsergänzung und damit von der vollen Höhe seines Pflichtteils Kenntnis erlangt. Allein ein Rechtssatz dieses Inhalts ist in § 2306 Abs. 1 nicht ausgesprochen und läßt sich aus dieser Bestimmung auch auf dem Wege der Schlußfolgerung kaum ableiten. Ganz abgesehen hiervon wird durch das von Endemann vorgeschlagene Auskunftsmittel keine Lösung für den Fall geschaffen, daß bezüglich des Erbteils nicht bloß eine fingierte Annahme im Sinne des § 1943 a. E., sondern eine rechtsgeschäftliche An-

§. 2327. Hat der Pflichttheilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten, so ist das Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlasse hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichttheilsberechtigten

---

nahme vorliegt, oder daß der Pflichtteilsberechtigte ein ihm unter Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassenes Vermächtnis angenommen hat. Zu einem sachlich befriedigenden Ergebnisse ist hier nur zu gelangen, wenn man dem Ergänzungsberechtigten das Recht zur Anfechtung der Annahme zuerkennt. Fraglich bleibt nur, ob die Zulässigkeit einer solchen, der Billigkeit zweifellos entsprechenden Anfechtung nach dem BGB. hinreichend zu begründen ist. Die bisherigen Auflagen dieses Kommentars haben diese Frage in Übereinstimmung mit Küntzel S. 816 deshalb verneint, weil der Irrtum des Annehmenden im vorliegenden Falle doch wohl nur ein Irrtum im Beweggrund sei, und der Herausgeber hält dieses Bedenken auch jetzt noch fest. Nach der Ansicht des Bearbeiters ist der erforderliche Anfechtungsgrund darin zu erblicken, daß die durch den Ergänzungsberechtigten erfolgte Annahme praktisch den vollständigen oder teilweisen Verzicht auf die Pflichtteilsergänzung bedeutet, der vom Annehmenden gewiß nicht gewollt war und wegen der Unkenntnis von dem Vorhandensein des Ergänzungsrechts nicht einmal gewollt sein konnte (vgl. § 119 Abs. 1; s. übrigens auch Erl. 3 zu § 2308). Für die Zulässigkeit dieser Anfechtung Strohal I § 58 bei Anm. 16; Schiffner S. 54; Böhm S. 466; Frommhold Anm. 1; Matthiaß (4. Aufl.) II § 160; Hankwitz S. 65 Anm. 19.

5. Der im Falle des § 2326 zum Verlangen der Pflichtteilsergänzung berechtigte Erbe kann nicht nur ein gewillkürter, sondern auch ein gesetzlicher Erbe sein. Anders nur Pütter S. 348 ff., der aus § 2303 den Schluß ableitet, daß im Sinne des BGB. pflichtteilsberechtigt nur sein könne, wer durch Verfügung von Todes wegen von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sei und somit nicht, wer zur gesetzlichen Erbfolge tatsächlich gelange, und dieses vermeintliche, wegen der Konsequenzen übrigens von ihm selbst bedauerte Ergebnis auch für die Pflichtteilsergänzung festhält. Die Unrichtigkeit des Ausgangspunktes dieser Auffassung und damit zugleich die Unrichtigkeit der letzteren selbst ist leicht zu erweisen. Dafür, daß die praktischen Wirkungen des Pflichtteilsrechtes auch für denjenigen Pflichtteilsberechtigten eintreten können, welcher tatsächlich zur gesetzlichen Erbfolge gelangt, sprechen vor allem die §§ 2305, 2306. Man denke etwa an den Fall, daß der Erblasser in Ansehung von $^3/_5$ des Nachlasses einen Testamentserben eingesetzt hat, während er es hinsichtlich der weiteren $^2/_5$ bei der gesetzlichen Erbfolge bewenden läßt. Gelangt zu dieser der einzige pflichtteilsberechtigte Abkömmling des Erblassers, so erhält er durch den von ihm angenommenen Erbteil doch weniger, als ihm als Pflichtteil gebührt. Er hat daher den Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305; außerdem gelten wegen des Pflichtteilsrechts des Abkömmlings die auf den gesetzlichen Erbteil gelegten Beschränkungen oder Beschwerungen nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 als nicht angeordnet. Aber auch sonst ist es überall dort, wo das Pflichtteilsrecht des zur Erbfolge gelangenden Pflichtteilsberechtigten praktisch werden kann (vgl. z. B. § 2316 Abs. 2, § 2318 Abs. 3, § 2319), völlig gleichgültig, ob der Pflichtteilsberechtigte gewillkürter oder gesetzlicher Erbe geworden ist. Ganz ebenso verhält es sich bei dem Rechte auf die Pflichtteilsergänzung (vgl. auch RG. 58 S. 124). Es ist insbesondere nicht richtig, daß dieses Recht eine Verfügung von Todes wegen zur notwendigen Voraussetzung habe. Das Gegenteil ergibt sich aus § 2329 Abs. 1 Satz 2, wo lediglich vorausgesetzt ist, daß der Ergänzungsberechtigte der alleinige Erbe geworden ist, gleichviel, ob auf Grund einer Verfügung von Todes wegen oder kraft Gesetzes (vgl. auch Ripr. 9 S. 429). Ein anderer hierher gehörender Fall ist gegeben, wenn etwa neben dem pflichtteilsberechtigten Vater der nicht pflichtteilsberechtigte Bruder des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge gelangt. Hier kann unter Umständen, obschon keine Verfügung von Todes wegen vorliegt, der Vater gegenüber dem Bruder des Erblassers den Ergänzungsanspruch haben. Die Lehre Pütters ist also abzulehnen; vgl. gegen sie auch Strohal I, Nachtrag zu Seite 525; Vater S. 527 ff.; Bendix S. 258 ff.; Dernburg V § 117 Anm. 4.

§ 2327.

G. I § 2012; II § 2192 rev. § 2301; III § 2300. P. I G. 10338 f., 10357 ff., 10377 ff., 11465, 11467 f., 11470; M. V G. 462 f. P. II Bd. 5 G. 589; Bd. 6 G. 104 f. MB. G. 2106.

1. Der Pflichtteilsberechtigte als Beschenkter. Hierbei sind verschiedene Möglichkeiten auseinanderzuhalten.

auf die Ergänzung anzurechnen. Ein nach §. 2315 anzurechnendes Geschenk ist auf den Gesammtbetrag des Pflichttheils und der Ergänzung anzurechnen.

Ist der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so findet die Vorschrift des §. 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

---

a) Liegt außer dem Geschenk an den Pflichtteilsberechtigten ein anderes Geschenk des Erblassers, sei es an einen anderen Pflichtteilsberechtigten sei es an einen Fremden, nicht vor, so kommt das Geschenk für die Berechnung des dem Beschenkten gebührenden Pflichtteils nur in Betracht, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Anrechnung des Geschenkes auf den Pflichtteil angeordnet hatte (§ 2315). Sind außer dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten noch andere Pflichtteilsberechtigte vorhanden, so haben diese das Recht auf Pflichtteilsergänzung nach § 2325 (bei deren Berechnung § 2315 Abs. 2 Satz 2 nicht zur Anwendung kommt), und zwar, je nach Umständen, gegen den Erben oder gegen den Beschenkten. Ein Recht des Beschenkten selbst auf Pflichtteilsergänzung kann dagegen selbstverständlich nicht in Frage kommen.

Beachtenswert ist noch, daß ein von einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling empfangenes und bei der Berechnung der Pflichtteile der Abkömmlinge (weil die Zuwendung im konkreten Falle der Ausgleichung unterliegt) bereits nach § 2316 berücksichtigtes Geschenk unter Umständen noch weitere Berücksichtigung nach § 2325 finden muß. Beispiel: Als Alleinerbe ist ein Fremder eingesetzt. Bei der gesetzlichen Erbfolge würden erben die Abkömmlinge A und B und der überlebende Ehegatte E des Erblassers. Nachlaß = 80. A hat vom Erblasser ein Geschenk von 200 erlangt, das bei der gesetzlichen Erbfolge zufolge der bei der Zuwendung getroffenen Bestimmung (§ 2050 Abs. 3) nach dem Werte zur Zeit der Zuwendung (§ 2055 Abs. 2) zur Ausgleichung zu bringen sein würde. Hier beträgt der normale Pflichtteil des E 10 und der nach § 2316 unter Heranziehung von § 2056 berechnete Pflichtteil des B 30 (d. i. die Hälfte desjenigen was an B bei der gesetzlichen Erbfolge unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht des A aus dem Nachlaß gelangen würde), wogegen der Pflichtteil des A gleich Null ist. Zum Zwecke der Ermittelung der dem E und dem B gebührenden Pflichtteilsergänzung ist dem Nachlaß der nach § 2325 Abs. 2 anzusetzende Wert des Geschenks (was aber bei einem Geldgeschenk, das hier angenommen werden soll, gegenüber § 2055 Abs. 2 keinen Unterschied macht) zuzurechnen, also: $80 + 200 = 280$; der danach berechnete Pflichtteil des E würde $\frac{1/4\ (280)}{2} = 35$ und der des B $\frac{3/4\ (280)}{4} = 52\,1/2$ ausmachen, so daß die Pflichtteilsergänzung für E $35 - 10 = 25$ und für B $52\,1/2 - 30 = 22\,1/2$ beträgt.

b) Der in der Vorschrift des Abs. 1 vorausgesetzte Fall ist nur gegeben, wenn außer der Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten noch wenigstens eine weitere nach § 2325 Abs. 3 zu berücksichtigende Schenkung an einen „Dritten", d. h. an eine von dem zuerst erwähnten Pflichtteilsberechtigten verschiedene Person erfolgt ist. Für diesen Fall wird in Abs. 1 Satz 1 vorgeschrieben, daß bei der Berechnung des dem Pflichtteilsberechtigten zustehenden Ergänzungsanspruchs außer dem Geschenk an den Dritten auch das dem Pflichtteilsberechtigten selbst gemachte Geschenk dem Nachlasse hinzuzurechnen, demnächst aber dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen ist. Der etwaige Rest bildet den Ergänzungsanspruch. Diese Regelung entspricht der Billigkeit; es würde eine ungerechtfertigte Begünstigung des Pflichtteilsberechtigten enthalten, wenn dieser die einem Dritten gemachte Schenkung zur Ergänzung seines Pflichtteils heranziehen dürfte, ohne dabei das selbst erhaltene Geschenk berücksichtigen zu müssen. Haben mehrere Pflichtteilsberechtigte Geschenke erhalten, so sind alle Geschenke dem Nachlasse hinzuzurechnen und ist danach der Ergänzungsanspruch eines jeden von ihnen in der Weise zu bestimmen, daß ihm sein Geschenk auf die Ergänzung angerechnet wird. Die durch Hinzurechnung aller Geschenke zum Nachlaß gewonnene Summe bildet somit (anders als bei dem Verfahren nach § 2315; vgl. daselbst Erl. 4) die gemeinsame Grundlage für die Berechnung der jedem einzelnen Pflichtteilsberechtigten gebührenden Pflichtteilsergänzung.

2. Die Anrechnung des dem Pflichtteilsberechtigten selbst gemachten Geschenkes erfolgt in der Regel nur auf die Ergänzung, nicht auf den regelmäßigen Pflichtteil. Beträgt z. B. der Nachlaß 2000 und hat der einzige Pflichtteilsberechtigte (Sohn des Erblassers) ein Geschenk von 500 erhalten, ein Fremder aber ein Geschenk von 300, so beträgt der regelmäßige Pflichtteil 1000, der Ergänzungsanspruch von 400 aber wird durch die Anrechnung des 500 be-

tragenden Geschenkes absorbiert. Käme das Geschenk nicht nur auf die Pflichtteilsergänzung, sondern mit dem überschießenden Betrag (in dem Beispiele mit 100) auch auf den regelmäßigen Pflichtteil zur Anrechnung, so würde im Widerspruche mit § 2315 jedes dem Pflichtteilsberechtigten gemachte Geschenk eventuell auch auf den regelmäßigen Pflichtteil anzurechnen sein. Eine solche Anrechnung findet nach dem vom Gesetz angenommenen Standpunkte (vgl. Erl. 1 zu § 2315) nur bei einem Geschenke statt, das der Erblasser mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil zugewendet hat (§ 2315 Abs. 1); in diesem Falle ist das Geschenk auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung anzurechnen (Abs. 1 Satz 2; vgl. dazu Küntzel S. 819 und Strohal I § 58 S. 522). Teilweise unzutreffend sind die Ausführungen von Frommhold (Anm. 1). In dem von ihm vorgelegten Beispielsfalle, wo ein Nachlaß in Höhe von 66, ferner das Vorhandensein der pflichtteilsberechtigten Kinder A, B, C, von denen C als Alleinerbe eingesetzt ist, vorausgesetzt wird und außerdem noch, daß A ein (nicht nach § 2315 zu beurteilendes) Geschenk von 6 und ein dritter X ein Geschenk von 60 vom Erblasser erhalten hat, beträgt der regelmäßige Pflichtteil jedes Kindes 11 und die Pflichtteilsergänzung für jedes Kind ebenfalls 11, so daß A vom Erben C an Pflichtteil und Pflichtteilsergänzung nach § 2327 (Abs. 1) $11 + (11 - 6) = 16$ und B $11 + 11 = 22$ verlangen kann. Frommhold gewinnt dagegen auf Grund unzutreffender und willkürlicher Erwägungen für den A einen Gesamtbetrag von Pflichtteil und Pflichtteilsergänzung in Höhe von 21.

3. Hinsichtlich der **Hinzurechnung des Geschenkes zum Nachlaß** ist vorgeschrieben, daß diese in gleicher Weise wie bei dem dem Dritten gemachten Geschenke zu bewerkstelligen ist. Es kommen also die Vorschriften des § 2325 Abs. 2 über den in Ansatz zu bringenden Wert zur Anwendung. Fraglich ist jedoch, wie es mit der Hinzurechnung gehalten werden soll, wenn etwa das dem pflichtteilsberechtigten A gemachte Geschenk nach § 2315 anrechnungspflichtig ist, während dies für das von einem zweiten Pflichtteilsberechtigten empfangene Geschenk nicht zutrifft. Soweit es sich hier um den dem A zukommenden regelmäßigen Pflichtteil handelt, ist lediglich nach § 2315 vorzugehen; dem Nachlaß wird also das von A empfangene anrechnungspflichtige Geschenk nach dem Werte zur Zeit der Zuwendung zugerechnet und von der Hälfte des auf dieser Grundlage gewonnenen Erbteils wird sodann der Wert des Geschenks wieder abgerechnet. Zum Zwecke der Ermittelung des rechnungsmäßigen Betrags der Pflichtteilsergänzung ist dagegen durchaus, sowohl bezüglich des A als bezüglich des B nach § 2325 Abs. 2 (nicht nach § 2315 Abs. 2 Satz 2) zu verfahren (anders ohne sachlichen Grund Herzfelder S. 691). Von dem so gewonnenen Ergänzungsbetrag wird sodann, soweit B in Betracht kommt, dessen Schenkung abgezogen. A erführt dagegen von der Ergänzung keinen Abzug, wenn dessen anrechnungspflichtiges Geschenk dem Werte nach nicht größer ist als der rechnungsmäßige normale Pflichtteil; soweit es dagegen (nach Maßgabe der im § 2315 Abs. 2 Satz 2 vorgeschriebenen Wertberechnung) größer ist als dieser, ist der Mehrwert auch auf die Ergänzung anzurechnen.

4. Nach **Abs. 2** findet, wenn der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, hinsichtlich der im Abs. 1 vorgeschriebenen Anrechnung eines Geschenks die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 (vgl. die dortigen Erl.) entsprechende Anwendung (vgl. dazu § 2315 Abs. 3). Wie in Erl. 5 zu § 2315, so müssen auch hier verschiedene Möglichkeiten auseinander gehalten werden.

a) Derjenige Abkömmling (A), welcher ein Geschenk von 800 (eventuell von nur 400) vom Erblasser erhalten hat, ist infolge seines Todes vor dem Erbfall als Pflichtteilsberechtigter weggefallen. Außerdem war noch ein Dritter X mit 1200 (eventuell 1600) vom Erblasser beschenkt worden. Nachlaß = 4000. Zur gesetzlichen Erbfolge würden gelangen an Stelle des A dessen Abkömmling C und neben diesem B (Bruder des A). Zu berechnen ist der dem C zustehende Pflichtteil nebst Ergänzung. Dessen regelmäßiger Pflichtteil beträgt 1000; die ihm gebührende Pflichtteilsergänzung würde sich, abgesehen von der Anrechnung, auf 500 belaufen. Da sich jedoch C das vom A empfangene Geschenk auf die Pflichtteilsergänzung anrechnen lassen muß und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er Erbe des A geworden ist oder nicht, so ist ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung ausgeschlossen (und beträgt er in dem eventuell angenommenen Falle nur 100). Denkt man sich im vorliegenden Falle den B weg, so daß also C bei der gesetzlichen Erbfolge Alleinerbe würde, so betrüge dessen regelmäßiger Pflichtteil 2000 und die Pflichtteilsergänzung unter Berücksichtigung des anzurechnenden Geschenkes $1000 - 800 = 200$ (eventuell $1000 - 400 = 600$). Sieht man dagegen von C ab und nimmt man an, daß B bei der gesetzlichen Erbfolge (von der er tatsächlich ausgeschlossen ist) alleiniger Erbe würde, so stellt sich der regelmäßige Pflichtteil des B auf 2000, die ihm gebührende Pflichtteilsergänzung (bei

deren Berechnung, mit Rücksicht auf § 2051 Abs. 1, § 1935 herangezogen werden muß) aber, soweit sie auf Grundlage des ursprünglichen Erbteils des B zu berechnen ist, auf 500, soweit sie dagegen unter Zugrundelegung des Erbteils des A zu berechnen ist, auf Null (eventuell auf 100) heraus.

b) Ist der Abkömmling A *nicht infolge seines Todes vor dem Erbfall, sondern in anderer Weise* (z. B. wegen Pflichtteilsentziehung zur Strafe oder wegen Erbunwürdigkeit) als Pflichtteilsberechtigter weggefallen, so tritt *ceteris paribus* an den unter a getroffenen Entscheidungen nur die Änderung ein, daß dem B, wenn er bei der gesetzlichen Erbfolge alleiniger Erbe sein würde, mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2310 unter allen Umständen nur ein regelmäßiger Pflichtteil von 1000 und eine Pflichtteilsergänzung von 500 gebührt, also auch in dem eventuell angenommenen Falle, daß die von A empfangene Schenkung 400 und die von X empfangene 1600 beträgt, wo dem A selbst, wenn er pflichtteilsberechtigt wäre, nebst einem regelmäßigen Pflichtteil von 1000 eine Pflichtteilsergänzung von 100 zukommen würde.

c) Aus der Vorschrift des Abs. 2 ergibt sich eine, zwar meist übersehene, aber doch sehr *bemerkenswerte Konsequenz auch für den Fall, daß nur der als Pflichtteilsberechtigter weggefallene Abkömmling* und nicht neben ihm noch ein Dritter ein Geschenk vom Erblasser erhalten hat. Denn, wenn bei dem unter a am Anf. vorausgesetzten Sachverhalt (Nachlaß = 4000) der an Stelle des mit 800 beschenkten und als Pflichtteilsberechtigter weggefallenen A eintretende und im Falle der gesetzlichen Erbfolge neben dem B erbende C infolge der entsprechenden Anwendung des § 2051 Abs. 1 ein Recht auf Pflichtteilsergänzung selbst dann nicht hat, wenn der Erblasser außer dem Geschenk an A mit 800 auch noch ein Geschenk an X mit 1200 gegeben hat, so muß daraus der Schluß gezogen werden, daß dem C, wenn außer der Schenkung an den A keine andere Schenkung des Erblassers in Betracht kommt, wegen der Schenkung an den A (von welcher Höhe diese auch sein mag), niemals ein Recht auf Pflichtteilsergänzung haben kann. Weitere Beispiele bei Strohal I § 58 S. 523 f.

d) Fällt der vom Erblasser beschenkte einzige Abkömmling eines Pflichtteilsberechtigten derart weg, daß nunmehr die *Eltern des Erblassers* (von einem überlebenden Ehegatten wird abgesehen) als Pflichtteilsberechtigte in Betracht kommen, so greift § 2327 Abs. 2 (bzw. § 2051 Abs. 1) nicht ein. Es dürfte aber doch, wenn z. B. ein Nachlaßbestand von 4000 und außerdem eine Schenkung an den Abkömmling in Höhe von 800 und an einen Fremden in Höhe von 1200 angenommen wird, also zu unterscheiden sein. Ist A *infolge seines vor dem Erbfall eingetretenen Todes* weggefallen, so betragen die regelmäßigen Pflichtteile beider Eltern zusammen 2000 und die ihnen zusammen zukommende Pflichtteilsergänzung 500. Ist A dagegen *nicht durch Tod vor dem Erbfall*, sondern deshalb weggefallen, weil ihm der Erblasser das Recht auf den Pflichtteil zur Strafe entzogen hat oder weil sein Pflichtteils- und Ergänzungsanspruch wegen Erbunwürdigkeit angefochten wurde, so daß sich die Eltern auf § 2309 stützen, so wird zu entscheiden sein, daß die Eltern an Pflichtteilsergänzung nicht mehr beanspruchen können, als der noch lebende Abkömmling begehren könnte, wenn er pflichtteilsberechtigt wäre (vgl. Erl. 8b zu § 2315).

5. Von großer Wichtigkeit ist die Frage, ob die in § 2325 Abs. 3 hinsichtlich der Berücksichtigung von Schenkungen gezogene *zeitliche Schranke auch für den Fall des § 2327 maßgebend ist*. Ein auf ausdrückliche Bejahung dieser Frage gerichteter Antrag ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (vgl. P. II Bd. 6 S. 105). Mit Rücksicht hierauf ist in den früheren Auflagen dieses Kommentars (ebenso Herzfelder S. 690) angenommen worden, daß eine Schenkung des Erblassers an einen Pflichtteilsberechtigten auch dann zu berücksichtigen sei, wenn sie weiter als zehn Jahre vor dem Erbfall zurückliegt. Allein im Gesetz selbst hat diese Auffassung keinen Ausdruck gefunden und ihre Durchführung erweist sich wegen der unvermeidlichen Einwirkung von § 2325 Abs. 3 als unmöglich. Denn, wie soll es zunächst beim Vorhandensein von mehreren Pflichtteilsberechtigten gehalten werden, wenn der Erblasser nur einen von ihnen beschenkt hatte, und wenn zwischen der Leistung des verschenkten Gegenstandes und dem Erbfall mehr als zehn Jahre liegen? Sind hier die nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten ergänzungsberechtigt? Dies muß nach § 2325 Abs. 3 verneint werden. Denn unter dem beschenkten Dritten im Sinne des § 2325 Abs. 1 ist jeder vom Erblasser Beschenkte, mag er auch selbst pflichtteilsberechtigt sein, zu verstehen, der von demjenigen Pflichtteilsberechtigten verschieden ist, für welchen die Pflichtteilsergänzung mit Rücksicht auf die Schenkung ermittelt wird. Daß es sich so verhält, ergibt sich mit Sicherheit aus der in § 2325 Abs. 3 für den Fall, daß der in aller Regel doch pflichtteilsberechtigte Ehegatte ein Geschenk erhalten hat, rücksichtlich der Be-

§. 2328. Ist der Erbe selbst pflichttheilsberechtigt, so kann er die Ergänzung des Pflichttheils soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichttheil mit Einschluß dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichttheils gebühren würde.

---

rechnung der zehnjährigen Frist getroffenen Sonderbestimmung (vgl. Strohal I § 58 bei Anm. 43). Hat der Erblasser außer der Schenkung an den einen Pflichtteilsberechtigten auch noch eine Schenkung an einen anderen Pflichtteilsberechtigten oder an einen nicht pflichtteilsberechtigten Dritten gemacht und ist bezüglich aller dieser Schenkungen die zehnjährige Frist des § 2325 Abs. 3 bereits verstrichen, so müssen nach dieser Bestimmung beide Schenkungen unberücksichtigt bleiben. Aus dem Gesagten dürfte sich auch die Lösung folgenden Falles ergeben: Nachlaß = 1000. Bei der gesetzlichen Erbfolge würden die von der Erbfolge tatsächlich ausgeschlossenen Eltern des Erblassers V und M zu gleichen Teilen erben. V hatte vom Erblasser vor mehr als zehn Jahren vor dem Erbfall ein Geschenk von 3000, M kurz vor dem Erbfall ein Geschenk von 200 erhalten. Der regelmäßige Pflichtteil jedes Elternteils beträgt hier 250. Wie verhält es sich mit der Pflichtteilsergänzung? Berücksichtigt man die Schenkung an V, obschon die in § 2325 Abs. 3 bestimmte Frist bereits verstrichen ist, so würde die der M gebührende Pflichtteilsergänzung $\frac{3200}{4} - 200 = 600$ betragen und müßte für dieselbe, da der Nachlaß zur Deckung der beiden regelmäßigen Pflichtteile von V und M mit zusammen 500 und der Pflichtteilsergänzung für M mit 600 nicht ausreicht, zum Teile V aufkommen. Wie soll aber dieses Ergebnis damit vereinigt werden, daß der M gewiß keine Pflichtteilsergänzung gebühren würde, wenn der Erblasser überhaupt nur die mehr als zehn Jahre hinter dem Erbfall zurückliegende Schenkung an V gemacht hätte. Man gewinnt also abermals das Ergebnis, daß die an einen Pflichtteilsberechtigten vor mehr als zehn Jahren vor dem Erbfall gemachte und durch Leistung vollzogene Schenkung bei der Berechnung der einem anderen Pflichtteilsberechtigten gebührenden Pflichtteilsergänzung nicht mehr zu berücksichtigen ist (vgl. Strohal I § 58 bei Anm. 44). Dies muß auch dann gelten, wenn die Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten mit der Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 gemacht war. Denn die nach § 2315 stattfindende Anrechnung kommt grundsätzlich anderen Pflichtteilsberechtigten nicht zustatten (vgl. Erl. 4 zu § 2315). Die Entscheidung der Frage aber, ob wegen eines von dem einen Pflichtteilsberechtigten empfangenen anrechnungspflichtigen Geschenkes ein andrer Pflichtteilsberechtigter Pflichtteilsergänzung verlangen kann, bestimmt sich lediglich nach den §§ 2325 ff.

Nach den bisherigen Feststellungen bleibt nur mehr zu erwägen übrig, ob die Anwendung der Vorschrift des § 2325 Abs. 3 vielleicht dann zu entfallen hat, wenn es sich um die Berechnung der dem pflichtteilsberechtigten Empfänger eines Geschenkes wegen einer anderen Schenkung gebührenden Pflichtteilsergänzung handelt. In Anknüpfung an den vorhin vorgelegten Beispielsfall kann die Frage auch so gestellt werden: Gebührt hier dem V mit Rücksicht auf die Schenkung von 200 an M eine Pflichtteilsergänzung von 50? Oder muß bei der Berechnung der Pflichtteilsergänzung für den V die von diesem zu einer mehr als zehn Jahre vor dem Erbfall zurückliegenden Zeit erhaltene Schenkung mitberücksichtigt werden, so daß für ihn eine Pflichtteilsergänzung $\left(\frac{3000 + 200}{4} - 3000\right)$ praktisch nicht in Betracht kommt. Durchschlagende Gründe für das letztere Verfahren dürften jedoch nicht erfindlich sein, und § 2327 Abs. 1 scheint sogar gegen dessen Zulässigkeit zu sprechen. Denn da nach der berufenen Bestimmung das vom Pflichtteilsberechtigten empfangene Geschenk dem Nachlaß in gleicher Weise hinzuzurechnen ist, wie das dem Dritten gemachte Geschenk, so scheint die Hinzurechnung jenes Geschenkes unter denselben Voraussetzungen unterbleiben zu müssen, unter denen die Hinzurechnung dieses Geschenks nach § 2325 Abs. 3 zu unterbleiben hat.

Bedeutungslos ist die zehnjährige Frist des § 2325 Abs. 3 jedoch zweifellos dann, wenn es sich um die Berechnung des Pflichtteils nebst Ergänzung desjenigen Pflichtteilsberechtigten handelt, welcher ein nach § 2315 anrechnungspflichtiges und nach § 2327 Abs. 1 Satz 2 auf den Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung anzurechnendes Geschenk erhalten hat.

§ 2328.

E. I § 2013; II § 2193 rev. § 2392; III § 2301. P. I S. 10333 ff., 10347 ff., 10371 ff., 10397 ff., 11433, 11714 ff. M. V S. 463 ff. P. II Bd. 5 S. 589 ff.; Bd. 6 S. 105 f.

1. Zur Leistung der dem Pflichtteilsberechtigten gebührenden Pflichtteilsergänzung ist regelmäßig der Erbe verpflichtet (erheblich anders noch E. I § 2013) und nur aus-

§. 2329. Soweit der Erbe zur Ergänzung des Pflichttheils nicht verpflichtet ist, kann der Pflichttheilsberechtigte von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Ist der Pflichttheilsberechtigte der alleinige Erbe, so steht ihm das gleiche Recht zu.

Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des fehlenden Betrags abwenden.

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist.

---

nahmsweise trifft den Beschenkten die in § 2329 bestimmte Haftung. Soweit die Verpflichtung zur Pflichtteilsergänzung dem Erben überhaupt obliegt (vgl. Erl. 1 zu § 2329), haftet der Erbe für den in Frage kommenden Ergänzungsbetrag nach denselben Grundsätzen, die bezüglich der Haftung für den Anspruch auf den regelmäßigen Pflichtteil gelten (vgl. P. II Bd. 5 S. 591 f.). Eine besondere, an § 2319 gedanklich anknüpfende Bestimmung trifft § 2328 bezüglich der **Haftung des selbst pflichtteilsberechtigten Erben** für den von einem anderen Pflichtteilsberechtigten gegen ihn geltend gemachten Anspruch auf Pflichtteilsergänzung. Danach kann ein solcher Erbe die Ergänzung des Pflichtteils einem anderen Berechtigten so weit **verweigern**, daß ihm sein eigener Pflichtteil mit Einschluß dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung des Pflichtteils gebühren würde. Im Gegensatze zu § 2319 bezieht sich § 2328 jedoch nicht bloß auf den Teilerben, sondern auch auf den Alleinerben (vgl. dazu P. II Bd. 6 S. 105 f.). Im praktischen Ergebnisse führt die Anwendung der Vorschrift zu einer Begünstigung des als Erbe eingesetzten vor den übrigen Pflichtteilsberechtigten: denn jener erhält möglicherweise seinen ganzen Pflichtteil einschließlich der Ergänzung aus dem Nachlasse vorweg und verweist die übrigen Ergänzungsberechtigten, zu deren Befriedigung der verbleibende Nachlaßrest nicht ausreicht, auf den Beschenkten (§ 2329); vgl. Strohal I § 56 bei Anm. 20; Küntzel S. 817 f.). Zu beachten ist jedoch, daß das in § 2328 bestimmte Leistungsverweigerungsrecht dem pflichtteilsberechtigten Erben nur gegenüber dem Ergänzungsanspruch eines Pflichtteilsberechtigten, nicht auch gegenüber dessen Anspruch auf den regelmäßigen Pflichtteil zukommt. Beispiel: Nachlaß = 1000; der pflichtteilsberechtigte A ist Alleinerbe und gegen ihn macht der pflichtteilsberechtigte B den Anspruch auf den normalen Pflichtteil im Betrage von 250 und wegen der Schenkung an einen Dritten in Höhe von 3000 auch auf die Pflichtteilsergänzung von 750, also zusammen den Betrag von 1000, geltend. Hier kann A nicht mit Rücksicht darauf, daß auch ihm an Pflichtteil nebst Ergänzung 1000 gebühren, die Befriedigung des B vollständig verweigern. Er muß vielmehr den B in Ansehung des regelmäßigen Pflichtteils mit 250 befriedigen, so daß ihm selbst nur 750 verbleiben. Das Ergebnis ist also, daß B sich hinsichtlich seiner ganzen Pflichtteilsergänzung, A dagegen nur hinsichtlich des durch das ihm von der Erbschaft Verbleibende nicht gedeckten Restbetrages von 250 an den Beschenkten halten muß. Ist der das Einrederecht des § 2328 geltend machende pflichtteilsberechtigte Erbe nur Teilerbe, so kann übrigens eine Haftung des Beschenkten für die einem anderen Pflichtteilsberechtigten gebührende Pflichtteilsergänzung dadurch entfallen, daß nach Lage der Umstände die übrigen Miterben oder einer von ihnen zur Leistung der Ergänzung verpflichtet sind bzw. verpflichtet ist. Beispiel: Nachlaß = 1000. A und B sind pflichtteilsberechtigt. Jedem von ihnen gebührt an Pflichtteil nebst Ergänzung 500. Erben sind A zu 1/2, B zu 1/4, F (extraneus) zu 1/4. Hier ist zwar A gegen den Anspruch des B auf Pflichtteilsergänzung geschützt, nicht dagegen F.

2. Gegenüber einer Beeinträchtigung, die dem Erben durch Vermächtnisse und Auflagen in Verbindung mit dem Pflichtteilsergänzungsanspruch eines anderen erwächst, ist der Erbe nach § 2318 Abs. 1, 2 und, wenn er selbst pflichtteilsberechtigt ist, nach § 2318 Abs. 3 geschützt (vgl. Erl. 5 zu § 2325).

§ 2329.

E. I §§ 2014—2016; II § 2194 rev. § 2303; III § 2302. M. I S. 10333 ff., 10347 ff., 10358, 10365, 10371, 10375, 10379 f., 10389 ff., 11386, 11433 f., 11714 ff.; M. V S. 466 ff. P. II Bd. 5 S. 592 ff.

1. **Der Anspruch des Ergänzungsberechtigten gegen den Beschenkten.** Abs. 1 bestimmt zunächst die Voraussetzungen, unter welchen für die einem Pflichtteilsberechtigten gebührende

Pflichtteilsergänzung nicht der Erbe, sondern der Beschenkte haftet, dann aber auch noch die rechtliche Natur der den Beschenkten treffenden Haftung. Über den letzteren Punkt soll erst in Erl. 3 gehandelt werden. Hier sind nur die Voraussetzungen für den Eintritt der Haftung des Beschenkten zu besprechen. Satz 1 bestimmt hierüber, daß der Beschenkte zur Pflichtteilsergänzung nur insoweit herangezogen werden kann, als der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils „nicht verpflichtet ist". Damit sieht man wieder vor der im Gesetz nicht besonders entschiedenen Frage, inwieweit eine die Haftung des Beschenkten ausschließende Verpflichtung des Erben zur Leistung der Pflichtteilsergänzung anzunehmen ist. Die Antwort hierauf hat man bisher aus den Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben abzuleiten versucht. Dieser Weg, auf den die M. V S. 467 (vgl. auch E. I § 2014) hinweisen, ist jedoch nach den Vorschriften des BGB. über die gegenständlich beschränkte Haftung des Erben (wie es sich in dieser Beziehung mit den Vorschriften des E. I verhielt, kann hier nicht untersucht werden) in der bisher angenommenen Weise nicht gangbar. Denn die Anwendung dieser Vorschriften kann zwar herausstellen, ob und in welchem Maße diejenigen Verbindlichkeiten, zu deren Tilgung der Erbe als solcher verpflichtet ist, zur Berichtigung gelangen, sie vermag dagegen niemals Aufschluß darüber zu geben, ob eine Verbindlichkeit Nachlaßverbindlichkeit ist und deswegen eine Verpflichtung des Erben als solchen begründet. Für die Entscheidung der Frage, ob die Verpflichtung zur Pflichtteilsergänzung den Erben als solchen oder den Beschenkten trifft, kann vielmehr nur die für die Zeit des Erbfalls (§ 2311 Abs. 1 Satz 1), jedoch so, daß dabei Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen unberücksichtigt bleiben (vgl. Erl. 2c zu § 2311), berechnete Höhe des reinen Nachlasses maßgebend sein. Soweit durch diesen die Pflichtteilsergänzung noch gedeckt ist, trifft die Verpflichtung zur Ergänzung den Erben und soweit diese Deckung fehlt, haftet der Beschenkte (praktisch ebenso RG. Bd. 58 S. 128, ungeachtet des theoretischen Ausgangspunktes auf S. 127). Beispiel: Nachlaß = 1100. Ein Fremder F ist Erbe, T hat ein zu berücksichtigendes Geschenk von 600 erhalten. A ist pflichtteilsberechtigt; ihm gebührt als regelmäßiger Pflichtteil 500, als Pflichtteilsergänzung 400. Da der Nachlaßbestand zur Zeit des Erbfalls den Gesamtpflichtteil mit Einschluß der Ergänzung deckt, entfällt eine Haftung des Beschenkten und eine solche kommt auch dann nicht zur Geltung, wenn der Pflichtteilsberechtigte bezüglich seines Ergänzungsanspruchs aus dem Nachlaß deswegen nicht volle Befriedigung findet, weil der Wert der Nachlaßgegenstände nach dem Erbfall infolge zufälliger Verschlechterung erheblich gesunken ist (vgl. auch die Vorschriften des § 2317 Abs. 1 und des § 2332 Abs. 2, in denen offenbar vorausgesetzt wird, daß der „fehlende Betrag" der Pflichtteilsergänzung, hinsichtlich dessen eine Verpflichtung des Erben als solchen entfällt, zur Zeit des Erbfalls objektiv feststeht). Setzt man dagegen unter sonst gleichen Umständen die an T erfolgte und zu berücksichtigende Schenkung mit 1200 an, so daß der dem A gebührende Pflichtteil nebst Ergänzung 500 + 600 = 1100 beträgt, so ist der Erbe zur Pflichtteilsergänzung nur bis zum Betrage von 500 verpflichtet und haftet somit in Ansehung des durch den Nachlaß ungedeckten Restes von 100 der Beschenkte. Auch hieran wird dadurch nicht das geringste geändert, daß für den Erben etwa infolge der Versäumung der Inventarfrist späterhin unbeschränkte Haftung eintritt. Denn die unbeschränkte Haftung des Erben erstreckt sich nur auf Nachlaßverbindlichkeiten und nicht auf eine Verbindlichkeit, welche als Nachlaßverbindlichkeit niemals entstanden ist.

Auf Grund des entwickelten Grundsatzes erledigt sich von selbst auch die Frage, inwieweit im Falle des § 2328 eine Haftung des Beschenkten für die demjenigen Pflichtteilsberechtigten gebührende Pflichtteilsergänzung eintritt, welchem die Leistung der Ergänzung vom Erben nach Maßgabe der berufenen Bestimmung verweigert wird. Ist der ergänzungsberechtigte Pflichtteilsberechtigte zugleich Alleinerbe (Satz 2), so ist ebenfalls wieder maßgebend, ob außer dem regelmäßigen Pflichtteil auch die Pflichtteilsergänzung durch den nach der Zeit des Erbfalls berechneten Wert der Erbschaft gedeckt ist. Soweit dies nicht zutrifft, tritt die Haftung des Beschenkten ein. Ob der Pflichtteilsberechtigte kraft Gesetzes oder durch Einsetzung zur Erbfolge gelangt, begründet keinen Unterschied (vgl. Erl. 5 zu § 2326). Ein dem Falle, wo der ergänzungsberechtigte Pflichtteilsberechtigte alleiniger Erbe ist, analoger Fall kann sich übrigens auch im Falle der Erbenmehrheit ergeben; so z. B., wenn die Kinder des Erblassers hinsichtlich des infolge vorausgegangener Schenkungen wertlosen Nachlasses ihres Vaters zur gesetzlichen Erbfolge gelangen.

Soweit die Pflichtteilsergänzung durch den (abgesehen von den Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen) für die Zeit des Erbfalls berechneten Reinwert des Nachlasses gedeckt ist, entfällt eine Haftung des Beschenkten selbst dann, wenn der Erblasser auf die Erbschaft Beschränkungen oder Beschwerungen der in § 2306 bezeichneten Art gelegt hat. Ist der Erbe

eine vom Pflichtteilsberechtigten verschiedene Person, so kann er in diesem Falle nach § 2318 Abs. 1 und unter Umständen auch nach § 2322 wegen der Pflichtteilsergänzung zur Kürzung der ihm auferlegten Beschwerungen schreiten. Ist der als Alleinerbe berufene Pflichtteilsberechtigte mit Beschränkungen oder Beschwerungen belastet, so wird er, bevor er sich für die Annahme entscheidet, nach Maßgabe des bereits in Erl. 3 zu § 2326 Bemerkten zu erwägen haben, ob er ungeachtet der Beschränkungen und Beschwerungen auch in Ansehung der Pflichtteilsergänzung gedeckt ist. Nimmt er die Erbschaft an, so kann er den durch den Reinwert der Erbschaft, bei dessen Berechnung die Beschränkungen und Beschwerungen außer Ansatz bleiben, gedeckten Anteil der Pflichtteilsergänzung von dem Beschenkten nicht verlangen. Schlägt er aus, so kann er dagegen diesen Anteil von demjenigen verlangen, der an seiner Stelle Erbe wird und zur Deckung des bezüglichen Ergänzungsanspruchs zur Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen nach § 2322 berechtigt ist. Eine Schwierigkeit ergibt sich nur, wenn der als Alleinerbe berufene Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Annahme der mit Beschränkungen oder Beschwerungen hinterlassenen Erbschaft von der sein Recht auf die Pflichtteilsergänzung begründenden Schenkung keine Kenntnis hatte. Soweit der, abgesehen von den Beschränkungen und Beschwerungen, berechnete Reinwert der Erbschaft, die Pflichtteilsergänzung deckt, ist eine Geltendmachung des Ergänzungsanspruchs gegen den Beschenkten ausgeschlossen. Denn es widerspricht ganz und gar den Grundsätzen des BGB., daß der pflichtteilsberechtigte Erbe hier den Beschenkten büßen läßt (dafür allerdings Hellmann a. a. O. S. 236 und Herzfelder S. 694), daß er die Ausschlagung der Erbschaft versäumt und sich dadurch in eine Lage versetzt hat, vermöge welcher die Beschränkungen und Beschwerungen von ihm getragen werden müssen. Darüber, daß eine befriedigende und, wenigstens nach der Ansicht des Bearbeiters, mit dem Gesetze auch vereinbare Lösung nur zu gewinnen ist, wenn man dem pflichtteilsberechtigten Erben in solchem Falle die Anfechtung der Annahme gestattet, vgl. Erl. 4 zu § 2326 (wo auch die Bedenken des Herausgebers vermerkt sind). Zu sachlich angemessenen Ergebnissen würde man allerdings auch gelangen können, wenn man dem ergänzungsberechtigten Erben wegen der ihm aus der Erbschaft gebührenden Pflichtteilsergänzung mit Rücksicht darauf, daß er zur Zeit der Annahme von der Schenkung keine Kenntnis hatte, die Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen in demselben Umfange gestattete, wie sie im Falle der Ausschlagung der Erbschaft dem an seine Stelle tretenden Erben nach § 2322 gestattet ist. Allein für diese Behandlung fehlt es an jedem gesetzlichen Anhaltspunkte.

2. Der Erbe ist zugleich Beschenkter. In diesem Falle ist von Wichtigkeit, ob die Haftung wegen der einem Pflichtteilsberechtigten gebührenden Pflichtteilsergänzung den Erben als solchen trifft, oder deswegen, weil dieser zugleich der Beschenkte ist. Diese Frage ist hier durchaus nach demselben Gesichtspunkte zu beurteilen, wie in dem Falle, wo der Beschenkte ein Dritter ist (vgl. RG. Bd. 58 S. 127). Soweit der beschenkte Erbe für die einem Dritten gebührende Pflichtteilsergänzung als Erbe nicht haftet, ist seine Haftung als Beschenkter nach § 2329 zu beurteilen.

3. Rechtliche Natur, Inhalt und Umfang des Anspruchs gegen den Beschenkten.

a) Das praktische Ziel des gegen den Beschenkten sich richtenden Anspruchs des Ergänzungsberechtigten ist die Befriedigung wegen des „fehlenden Betrags" der Pflichtteilsergänzung. Eine persönliche Verpflichtung zur Leistung dieses Betrags legt das Gesetz jedoch dem Beschenkten grundsätzlich (vgl. aber doch auch das weiter unten bei c Bemerkte) nicht auf. Der Ergänzungsberechtigte soll vielmehr seine Befriedigung nur aus demjenigen suchen dürfen, was sich bei Anwendung der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung als Bereicherung des Beschenkten aus der Schenkung herausstellt (Abs. 1 Satz 1). Der Haftung des Beschenkten ist somit eine zweifache Schranke gezogen. Die eine ist durch die Höhe des dem Ergänzungsberechtigten noch „fehlenden Betrags" der Pflichtteilsergänzung gegeben, die andere durch das Maß der auf seiten des Beschenkten vorhandenen Bereicherung. Nach einem in der zweiten Kommission gestellten Antrage sollte eine Haftung des Beschenkten auch insoweit ausgeschlossen sein, als nach dem Vermögensstande des Erblassers zur Zeit der Hingabe des Geschenkten die Schenkung eine Verletzung des Pflichtteilsrechts nicht enthielt. Die Mehrheit der Kommission lehnte jedoch diesen Vorschlag ab (P. II Bd. 5 S. 594f.; vgl. im übrigen Erl. 2b, 4 zu § 2325).

b) Wie die Befriedigung des Ergänzungsberechtigten aus demjenigen, womit der Beschenkte für den fehlenden Betrag der Ergänzung haftet, zu erfolgen hat, ist im § 2329 nicht ausdrücklich gesagt. Allein, gerade wegen des Mangels einer besonderen Bestimmung ist nicht zu bezweifeln, daß dem Berechtigten, dafern der Beschenkte von der ihm nach Abs. 2 zustehenden Zahlungsbefugnis keinen Gebrauch macht, und dafern es auch nicht zu einer Einigung

zwischen dem Berechtigten und dem Beschenkten über die Art der Verwertung der in Betracht kommenden Gegenstände oder bezüglich der Übernahme dieser Gegenstände oder einzelner von ihnen durch den Berechtigten auf Rechnung der Pflichtteilsergänzung kommt, wie in den verwandten Fällen der §§ 1973, 1990 ein anderer Weg als der der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht offen steht.

c) Der nach § 2329 gegen den Beschenkten sich richtende Anspruch auf Pflichtteilsergänzung hört infolge dieser Richtung doch nicht auf ein Ergänzungsanspruch im Sinne des § 2325 zu sein (RG. Bd. 58 S. 128), er geht somit auf einen Geldbetrag (vgl. Strohal I § 58 bei Anm. 24) und nicht auf Herausgabe der die Bereicherung des Beschenkten bildenden Gegenstände an den Ergänzungsberechtigten. Die Formel des § 2329, daß der Berechtigte „die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrags nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern" kann, will wie die analoge Formel in § 1973 Abs. 2 Satz 1 (vgl. dazu die dortige Erl. 5, 6; s. auch Strohal II § 58 Anm. 28) nur die Art und das Maß der den Beschenkten wegen des fehlenden Betrags treffenden Haftung bestimmen. Besteht die Bereicherung des Beschenkten nicht in individuell bestimmten Gegenständen, sondern in einem Geldwert, so wird der Ergänzungsberechtigte, soweit sich der von der Ergänzung noch fehlende Betrag mit diesem Geldwert deckt, ohne weiteres auf Zahlung klagen und die Zwangsvollstreckung in das ganze Vermögen des Beschenkten führen können. Andernfalls kann der Ergänzungsberechtigte dagegen nur verlangen, daß der Beschenkte die Befriedigung in Ansehung des fehlenden Betrags der Pflichtteilsergänzung durch Führung der Zwangsvollstreckung in diejenigen Gegenstände zulasse, welche die Bereicherung des Beschenkten bilden. Wird über das Vermögen des Beschenkten Konkurs eröffnet, so steht dem Ergänzungsberechtigten hinsichtlich der die Bereicherung des Beschenkten bildenden Gegenstände ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht zu, er muß vielmehr als Konkursgläubiger auftreten und kann als solcher die der Bereicherung des Beschenkten entsprechende Konkursdividende so weit für sich beanspruchen, als diese nicht größer ist, als der ihm von der Pflichtteilsergänzung noch fehlende Betrag.

d) Von welcher Art die vom Beschenkten durch die Schenkung erlangten Vermögensvorteile sind, ist unerheblich (vgl. M. V S. 468). Wegen des Umfangs der Bereicherung vgl. § 818 Abs. 1, 2; wegen des vom Beschenkten zu beweisenden nachträglichen Wegfalls der Bereicherung s. § 818 Abs. 3. Soweit die Bereicherung des Beschenkten dadurch weggefallen ist, daß der Beschenkte den Gegenstand des Geschenkes unentgeltlich einem anderen zugewendet hat, dürfte die Anwendung des § 822 nicht ausgeschlossen sein (vgl. auch Herzfelder S. 695). Der Wegfall der Bereicherung des Beschenkten kann insbesondere auch darauf beruhen, daß die Schenkung im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erblassers oder des Nachlaßkonkurses durch den Konkursverwalter (vgl. KO. § 32) angefochten worden, oder daß ihre Anfechtung nach AnfG. § 3 Nr. 3, 4 durch einen Gläubiger des Erblassers (vor oder nach dem Erbfall) erfolgt ist.

In Ansehung seines Gebarens mit den die Bereicherung bildenden Gegenständen ist der Beschenkte von dem Zeitpunkt, in welchem er Kenntnis davon erlangt, daß die Voraussetzungen des Anspruchs gegen ihn vorliegen, spätestens aber vom Eintritte der Rechtshängigkeit an nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4, § 819; vgl. E. I § 2016 Abs. 2) soweit verantwortlich, als dadurch die Befriedigung des Ergänzungsberechtigten wegen des fehlenden Betrags beeinträchtigt wird. Unter besonderen Umständen kann auf Grund des § 826 auch eine Haftung des Beschenkten auf vollen Schadensersatz begründet sein.

e) Der Beschenkte kann die Führung der Zwangsvollstreckung in die seine Bereicherung bildenden Gegenstände durch Zahlung des an der Pflichtteilsergänzung fehlenden Betrags abwenden (Abs. 2), er hat also eine facultas alternativa ähnlicher Art, wie sie in den besonderen Fällen des § 1973 Abs. 2 Satz 2 und des § 1992 Satz 2 dem Erben zukommt. Hervorzuheben ist aber, daß die dem Beschenkten durch Abs. 2 gewährte Befugnis inhaltlich insofern besonders geartet ist, daß der Beschenkte, indem er von ihr Gebrauch macht, nicht den Wert der in Frage kommenden Gegenstände, sondern den an der Pflichtteilsergänzung fehlenden Betrag, der wegen des § 2325 Abs. 2 unter Umständen höher sein kann als der Wert der Gegenstände, zu zahlen hat.

f) Sind mehrere Ergänzungsberechtigte vorhanden, so kann jeder von ihnen seinen Anspruch gegen den Beschenkten selbständig verfolgen. Durch die Befriedigung eines von ihnen mindert sich aber die Bereicherung des Beschenkten, so daß infolge davon dessen Haftung gegenüber den übrigen Ergänzungsberechtigten möglicherweise entfällt.

§. 2330. Die Vorschriften der §§. 2325 bis 2329 finden keine Anwendung auf Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird.

---

g) Ungeachtet der Eigentümlichkeiten des gegen den Beschenkten sich richtenden Ergänzungsanspruchs beruht dieser seinem Grunde nach doch auf dem Pflichtteilsrecht (vgl. RG. Bd. 58 S. 124 ff.) und unterliegt er, soweit dies mit seiner Eigenart verträglich ist, den pflichtteilsrechtlichen Normen. So sind insbesondere die Vorschriften des § 2317 (über den Zeitpunkt der Entstehung, die Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruchs) und von CPO. § 852 Abs. 1 (bezüglich der Pfändbarkeit) zweifellos auf den gegen den Beschenkten sich richtenden Anspruch anwendbar. Dasselbe muß hinsichtlich der Vorschriften über die Entziehung des Pflichtteils zur Strafe, über den Pflichtteilsverzicht und über die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit gesagt werden. Dem Beschenkten wird demgemäß ein Recht zur Anfechtung des Anspruchs wegen Erbunwürdigkeit des Ergänzungsberechtigten und das, auch abgesehen von der Anfechtung, nach § 2345 begründete Leistungsverweigerungsrecht zuzuerkennen sein. Bezüglich der Verjährung des Anspruchs ist die Sondervorschrift des § 2332 Abs. 2 maßgebend. Als zweifelhaft erscheint die Anwendbarkeit von CPO. § 27 Abs. 1 bezüglich des Gerichtsstandes (dafür aber Dernburg V § 119 Nr. IV; Herzfelder S. 693). Wegen der Unzulässigkeit von Sicherungsmaßregeln gegen den Beschenkten vor dem Erbfall vgl. KG. in Rspr. 16 S. 276.

4. Hat der Erblasser mehrere (nach § 2325 Abs. 3 überhaupt zu berücksichtigende) Schenkungen nacheinander an verschiedene Personen gemacht, so haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (Abs. 3). Im bezeichneten Falle ist also zunächst festzustellen, wieviel von dem fehlenden Betrag der Pflichtteilsergänzung auf den später Beschenkten entfällt. Hierfür dürfte entscheidend sein das Maß der bei dem später Beschenkten im Zeitpunkte der Rechtshängigkeit des gegen ihn sich richtenden Anspruchs des Ergänzungsberechtigten (§ 818 Abs. 3), eventuell in dem früheren Zeitpunkte, in welchem ihm die Voraussetzungen dieses Anspruchs bereits bekannt geworden sind (§ 819 Abs. 1), aus dem Geschenke noch vorhandenen Bereicherung (etwas anders Strohal I § 58 S. 519). Soweit der fehlende Betrag der Ergänzung durch diese Bereicherung gedeckt ist, entfällt eine Haftung des früher Beschenkten vollständig. Soweit diese Deckung fehlt, haftet noch der früher Beschenkte. Ob der Ergänzungsberechtigte in Ansehung desjenigen Betrags der Pflichtteilsergänzung, hinsichtlich dessen er sich an den später Beschenkten zu halten hat, von diesem auch Befriedigung erhält, ist gleichgültig. Nachträglicher Wegfall der bei dem später Beschenkten zur angegebenen Zeit vorhanden gewesenen Bereicherung oder Unvermögen des später Beschenkten begründet eine Haftung des früher Beschenkten nicht bzw. erweitert nicht den Umfang seiner Haftung (vgl. P. II Bd. 595). Erhebt ein Ergänzungsberechtigter gegen einen vom Erblasser Beschenkten den Anspruch nach § 2329, so dürfte ihm übrigens der Beweis dafür, daß der Schenkung an den Verklagten eine weitere Schenkung des Erblassers an einen anderen nicht nachgefolgt sei, nicht aufzubürden sein; es wird vielmehr umgekehrt Sache des Verklagten sein, zu behaupten und zu beweisen, daß der Erblasser eine spätere Schenkung an einen anderen gemacht habe (vgl. Dernburg V § 119 a. E.). Liegen die mehreren Geschenke über zehn Jahre vor dem Erbfall zurück und ist das frühere Geschenk dem Ehegatten des Erblassers gemacht, so besteht die Möglichkeit, daß die volle Haftung nicht den später, sondern den früher Beschenkten trifft, weil die Frist des § 2325 Abs. 3 hinsichtlich des späteren Geschenkes schon abgelaufen ist, hinsichtlich des Geschenkes an den Ehegatten aber noch nicht.

Eine vollständige Übertragung der Vorschrift des § 2329 Abs. 3 auf den Fall, daß der Erblasser derselben Person mehrere schenkweise Zuwendungen nacheinander gemacht hat (dafür, wie es scheint, Wilke Anm. 6), ist nicht vorgeschrieben und auch durch das praktische Bedürfnis nicht geboten. Ist freilich in diesem Falle die zehnjährige Frist des § 2325 Abs. 3 hinsichtlich eines früheren Geschenkes bereits verstrichen, so bleibt dieses Geschenk auch hier unberücksichtigt und entfällt wegen der Bereicherung aus demselben auch jede Haftung des Beschenkten.

§ 2330.

E. I 2018; II § 2195 rev. § 2304; III § 2303. P. I S. 10333, 10335, 10338 ff., 10351; M. V S. 469. P. II Bd. 5 S. 596.

Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht entsprochen wird, begründen nicht das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils bzw. bleiben bei der Ergänzung

§. 2331. Eine Zuwendung, die aus dem Gesammtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnißgemeinschaft erfolgt, gilt als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht. Die Zuwendung gilt jedoch, wenn sie an einen Abkömmling, der nur von einem der Ehegatten abstammt, oder an eine Person, von der nur einer der Ehegatten abstammt, erfolgt oder wenn einer der Ehegatten wegen der Zuwendung zu dem Gesammtgut Ersatz zu leisten hat, als von diesem Ehegatten gemacht.

Diese Vorschriften finden auf eine Zuwendung aus dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung.

§. 2332. Der Pflichttheilsanspruch verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichttheilsberechtigte von dem Eintritte des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntniß erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in dreißig Jahren von dem Eintritte des Erbfalls an.

Der nach §. 2329 dem Pflichttheilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehende Anspruch verjährt in drei Jahren von dem Eintritte des Erbfalls an.

Die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, daß die Ansprüche erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden können.

---

außer Betracht. Schenkungen dieser Art sind keine reinen Freigebigkeitsakte und überdies, soweit es sich um Anstandsgeschenke handelt, meist nur von geringerem Betrag. Es gelten für sie auch in manchen anderen Beziehungen besondere Vorschriften (vgl. § 534, § 1446 Abs. 2, § 1641 Satz 2, § 1804 Satz 2, § 2113 Abs. 2 Satz 2, § 2205 Satz 3, auch § 814). Ist eine Schenkung zwar an sich, nicht aber ihrem Umfange nach durch die sittliche Pflicht oder die Anstandsrücksicht gerechtfertigt, so ist der die angemessene Grenze überschreitende Mehrbetrag einrechnungspflichtig. Nach Maßgabe des § 2330 sind auch belohnende Schenkungen zu beurteilen. Über Fälle aus der Praxis vgl. OLG. Dresden im Sächs. Arch. 14 S. 516 und SächsRpflA. 1906 S. 155, 343.

§ 2331.

E. I §§ 1991, 2017; II § 2196 rev. § 2305; III § 2304. P. I S. 10222 ff., 10333, 10342, 10354 f., 11387; M. V S. 416 f., 468. P. II Bd. 5 S. 525, 506.

Der § 1331 regelt die Frage, wie **Zuwendungen aus dem Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft** mit Bezug auf das Pflichtteilsrecht zu behandeln sind. Er gilt sowohl für den regelmäßigen Pflichtteil (§ 2315) als auch für die Pflichtteilsergänzung (§§ 2325—2330), wie sich aus der Stellung und aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt, nach welcher letzteren der jetzige § 2331 aus den §§ 1991, 2017 des E. I zusammengezogen ist. Inhaltlich entspricht der § 2331 den im § 2054 für die Behandlung der fraglichen Zuwendungen bei der Ausgleichungspflicht getroffenen Vorschriften. Wegen der weitergehenden Bedeutung des Pflichtteilsrechts ist aber der § 2331 nicht nur für Zuwendungen an Abkömmlinge von Bedeutung, sondern auch für Zuwendungen an die Eltern der Ehegatten und, soweit die Ergänzung des Pflichtteils in Frage steht, auch für Zuwendungen (Schenkungen) an fremde Personen. Demgemäß ist der Abs. 1 Satz 2 gegenüber der entsprechenden Vorschrift des § 2054 in der Fassung erweitert und der ganze § 2331 im weiteren Sinne als der § 2054 zu verstehen. Wegen des Näheren s. die Erl. 1, 2 zu § 2054, auch Erl. IV 3 zu § 1483.

§ 2332.

E. I § 1999; II § 2197 rev. § 2306; III § 2305. P. I S. 10261 ff., 12264; M. V S. 425 ff. P. II Bd. 5 S. 551, 593 f.

Verjährung des Pflichtteilsanspruchs.

1. In Übereinstimmung mit den meisten bisherigen Rechten (vgl. Windscheid III § 585 Anm. 5; preuß. ALR. II 2 § 440; sächs. GB. § 2616) stellt das BGB. für den Pflichtteilsanspruch eine besondere kürzere Verjährungsfrist auf, damit die Frage, ob Pflichtteilsansprüche erhoben werden und infolge derselben Verschiebungen in der Verteilung der Erbschaft zu erwarten sind, nicht zu lange in der Schwebe bleibt. Der Anspruch verjährt in **drei Jahren** seit dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte von dem Erbfall und von der ihn beeinträchti-

genden Verfügung Kenntnis erlangt. Daneben besteht jedoch noch die regelmäßige Verjährungsfrist von dreißig Jahren, die ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Berechtigten mit dem Erbfall als dem Zeitpunkte der Entstehung des Pflichtteilsanspruchs beginnt (§§ 195, 198, 2317, vgl. § 852, auch §§ 121, 124, 1571, 2082, 2340). Strohal I § 53 bei Anm. 9 nimmt unter Zustimmung Dernburgs V § 120 Anm. 4 (s. aber doch auch Herzfelder S. 697) an, daß der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten in dem Falle, wo der Erblasser besonders bestimmt hat, daß dem Pflichtteilsberechtigten der Anspruch auf den vollen Pflichtteil zukommen solle, nicht der dreijährigen, sondern nur der dreißigjährigen Verjährung unterliegt; wohl mit Recht (vgl. auch Rspr. 12 S. 394). Ist der Pflichtteilsberechtigte in Ansehung seines ganzen Pflichtteils durch einen von ihm angenommenen Erbteil gedeckt, so kommt für ihn ein Pflichtteilsanspruch überhaupt nicht zur Entstehung und entfällt damit von selbst die Anwendung der Vorschriften über die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs (vgl. oben Erl. 3e zu § 2306).

2. Die für den Beginn der dreijährigen Frist erforderliche Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten muß sich auf den Eintritt des Erbfalls und auf Vorhandensein und Inhalt der Verfügung von Todes wegen erstrecken, durch die der Berechtigte in seinem gesetzlichen Erbrechte beeinträchtigt ist. Nicht erforderlich ist, daß der Berechtigte auch bereits alle übrigen Umstände kennt, die für die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs wesentlich sind (so auch KG. in Rspr. 14 S. 309). Da das Erfordernis der Kenntnis auf seiten des Berechtigten sich gegenüber der allgemeinen Regel des § 198 über den Beginn der Verjährung als Ausnahmevorschrift darstellt, ist es eng auszulegen. Es kommt daher auf die Kenntnis des Berechtigten von der Größe des Nachlasses oder von seinem verwandtschaftlichen Verhältnisse zum Erblasser nicht an, ebensowenig darauf, ob er den Sinn der ihn beeinträchtigenden Verfügung von Anfang an richtig verstanden hat (vgl. Schiffner S. 86 Anm. 9; Frommhold Anm. 2; Wilke Anm. 1, 2; Strohal I § 54 Anm. 7; a. M. Böhm S. 480 Anm. 1 und Dernburg V § 120 bei Anm. 3 mit Berufung auf die Literatur und Praxis des früheren preuß. Rechtes, gegen ihn jedoch KG. am oben a. O.). Die Beweislast für die Kenntnis des Berechtigten trifft den Verpflichteten, der die Einrede der Verjährung vorschützt. Übrigens muß wirkliche Kenntnis nachgewiesen werden, die Verkündung der Verfügung von Todes wegen reicht nicht aus. Nach Analogie des § 1944 Abs. 2 Satz 2 dürfte jedoch anzunehmen sein, daß die Verjährung niemals vor der Verkündung der Verfügung beginnt. Doch braucht die Kenntnis des Berechtigten nicht gerade auf der Verkündung der Verfügung zu beruhen (RG. 66 S. 30, übrigens auch gegen obige Analogie).

3. Neben den für die dreijährige Verjährung geltenden besonderen Vorschriften des Abs. 1 finden auf die dreijährige und auf die dreißigjährige Verjährung die allgemeinen Vorschriften über die Hemmung und die Nichtvollendung der Verjährung (§§ 202 ff.) Anwendung. Insbesondere ist auch der § 207 anwendbar, wie gegenüber der unzutreffenden Ausführung der M. V S. 427 f. bei der Beratung in der zweiten Kommission ausdrücklich anerkannt wurde (P. II Bd. 5 S. 551, vgl. auch M. I S. 323; Endemann III § 128 Anm. 15; Schiffner S. 87; Strohal I S. 456). Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs wird mithin nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Erbschaft vom Erben angenommen oder der Nachlaßkonkurs eröffnet worden ist oder von welchem an der Anspruch gegen einen Vertreter geltend gemacht werden konnte. Als solcher Vertreter kommt ein Nachlaßpfleger und ein Nachlaßverwalter (§§ 1960, 1961, 1975, 1984), nicht dagegen ein Testamentsvollstrecker in Betracht (§ 2213 Abs. 1 Satz 3).

4. Für den Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes, der nach § 2329 dem Pflichtteilsberechtigten behufs Ergänzung des Pflichtteils gegen den Beschenkten zusteht, wird im Abs. 2 eine besondere Vorschrift getroffen. Dieser kondiktionsartige Anspruch verjährt schlechthin in drei Jahren seit dem Eintritte des Erbfalls ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Berechtigten von dem Erbfalle, von der ihn beeinträchtigenden Verfügung von Todes wegen und von der Schenkung. Durch die Bestimmung eines festen Zeitpunkts für den Beginn der Verjährung wird auf den Beschenkten billige Rücksicht genommen (vgl. P. II Bd. 5 S. 593 f. gegenüber M. V S. 460). Für die Verjährung des gegen den Erben gerichteten Ergänzungsanspruchs (§§ 2325, 2326) gelten die Vorschriften des Abs. 1. Diese sind dahin ausgelegt worden, daß mit Bezug auf den Ergänzungsanspruch unter der „beeinträchtigenden Verfügung" auch die unter Lebenden erfolgte Schenkung zu verstehen sei, daß mithin die Verjährung des Ergänzungsanspruchs erst beginne, wenn der Berechtigte auch von dieser Schenkung Kenntnis habe (Strohal I § 58 Anm. 29; Frommhold Anm. 2; Wilke Anm. 2). Hiergegen scheint zwar zu sprechen, daß das Recht auf den regelmäßigen Pflichtteil und das Recht

§. 2333. Der Erblasser kann einem Abkömmlinge den Pflichttheil entziehen:
1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem anderen Abkömmlinge des Erblassers nach dem Leben trachtet;

---

auf die Ergänzung in seiner Richtung gegen den Erben einen einheitlichen Anspruch bilden, woraus sich ableiten läßt, daß auch die Verjährung nur in einem und demselben Zeitpunkt eintreten könne (vgl. P. II Bd. 5 S. 594). Auf die formale Einheitlichkeit dürfte indessen entscheidendes Gewicht nicht zu legen sein. Das Recht auf die Ergänzung bildet doch jedenfalls eine Erweiterung des Anspruchs auf den regelmäßigen Pflichtteil, und diese Erweiterung tritt nur ein infolge der in der Schenkung liegenden Verfügung des Erblassers. Dieser Gesichtspunkt tritt besonders klar hervor, wenn der Pflichtteilsberechtigte, weil er auf die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils eingesetzt ist, den Anspruch auf den normalen Pflichtteil überhaupt nicht hat. Es sprechen daher überwiegende Gründe doch für die oben angeführte Auffassung.

5. Soweit der Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 Satz 2, § 2307 erst geltend gemacht werden kann, nachdem der Berechtigte die Erbschaft, einen Erbteil oder ein ihm hinterlassenes Vermächtnis ausgeschlagen hat, beginnt nach Abs. 3 die Verjährung doch bereits mit den in Abs. 1, 2 bezeichneten Zeitpunkten, nicht etwa erst mit dem Zeitpunkte der Ausschlagung. Der Pflichtteilsberechtigte kann und soll sich entscheiden, ob er die Erbschaft bzw. das Vermächtnis annehmen oder sie ausschlagen und statt ihrer den Pflichtteilsanspruch erheben will. Die Verjährung dieses Anspruchs wird daher durch den Schwebezustand hinsichtlich der Annahme oder Ausschlagung der Zuwendung nicht gehemmt (Strohal I S. 456). Das Verhältnis liegt ähnlich wie bei den im § 202 Abs. 2 bezeichneten aufschiebenden Einreden und wie in den Fällen der §§ 199, 200, die von der Verjährung des von einer Kündigung oder Anfechtung abhängigen Anspruchs handeln (vgl. Erl. 3 zu § 202 und wegen der juristischen Konstruktion der hier in Rede stehenden Fälle Erl. 1 zu § 2317). Die Verjährung beginnt und vollendet sich nach Maßgabe der Abs. 1, 2 selbst dann, wenn der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte von einer Beschränkung oder Beschwerung seines Erbrechts erst nach mehr als drei Jahren Kenntnis erhalten sollte und ihm daher nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 die Ausschlagung der Erbschaft an sich noch freisteht. Hat der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil, soweit dessen Entstehung von einer vorangegangenen Ausschlagung abhängig ist, vor dieser im Klagewege geltend gemacht und ist er wegen des Mangels einer Entstehungsvoraussetzung abgewiesen worden, so kann von einer Unterbrechung der Verjährung nach § 209 keine Rede sein (vgl. Zitelmann Arch. f. Bürg. R. 29 S. 165). Die Vorschrift des Abs. 3 betrifft jedoch nicht diejenigen Fälle, in welchen das gesetzliche Erbrecht und daher auch das Pflichtteilsrecht des Berechtigten erst vermöge der Ausschlagung eines näher Berufenen in Wirksamkeit tritt; hierüber s. Erl. 6.

6. Für den Pflichtteilsanspruch der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern (§ 2309) ist trotz dem Wortlaute des § 2332 Abs. 1 und des § 2317 Abs. 1 anzunehmen, daß die Verjährung des Anspruchs erst mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem der Berechtigte auch von dem Wegfalle des vor ihm berufenen gesetzlichen Erben Kenntnis erlangt. Denn in diesem Zeitpunkte kommt der Pflichtteilsanspruch für jene Personen erst zur Entstehung, eine Rückbeziehung auf die Zeit des Erbfalls aber kann in der hier fraglichen Beziehung nicht vorgenommen werden (vgl. Erl. zu § 2317 Nr. 1 a. E.). Andernfalls könnte es, insbesondere in den Fällen der Erbunwürdigkeit, leicht dahin kommen, daß der Pflichtteilsanspruch der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern verjährt, bevor für sie überhaupt die Möglichkeit besteht, ihn geltend zu machen (vgl. Strohal I § 53 bei Anm. 8; DeßPr. S. 45 f.; Endemann III § 129 Anm. 22; Frommhold Anm. 1 a. E.).

7. Die Wirkung der Verjährung ist bei dem Pflichtteilsanspruche die allgemeine, daß der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern (§ 222 Abs. 1). Sind mehrere Pflichtteilsberechtigte vorhanden, so ist wegen der Selbständigkeit des jedem von ihnen zustehenden Anspruchs (Erl. 5 zu § 2303) die gegen einen Berechtigten eingetretene Verjährung auf die Ansprüche der anderen Berechtigten ohne Einfluß, sie hat insbesondere nicht eine Erhöhung dieser Ansprüche zur Folge.

§ 2333.

G. I § 2000 Satz 1, § 2001; II § 2196 rev. § 2307; III § 2306. P. I S. 1027 5 ff.; M. V S. 428 ff. P. II Bd. 5 S. 551 ff., 649; Bd. 6 S. 320 f. D. S. 741.

Gehm, Die Entziehung des Pflichtteils. Greifsw. Diss. 1901; Süßheim, Die Rechtsfolgen ehrloſen Verhaltens nach BGB. in Grünhuts Zeitschr. 29 S. 491.

2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Mißhandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt;
3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht;
4. wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt;
5. wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.

---

1. Unter der **Entziehung des Pflichtteils** versteht das BGB. die gänzliche oder teilweise Absprechung des Pflichtteilsrechts durch den Erblasser aus einem vom Gesetz anerkannten Grunde und in der vom Gesetz bestimmten Weise. Als teilweise Entziehung des Pflichtteils stellt sich auch die unter den angegebenen Voraussetzungen erfolgende Auflegung von Beschränkungen und Beschwerungen auf den dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassenen Erbteil dar, gegen die ein des vollen Pflichtteilsrechtes Teilhaftiger sonst nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 geschützt ist. Ob nach dem BGB. (wie nach dem E. I, vgl. M. V S. 430) auch die Beschränkung in guter Absicht unter den Begriff der Entziehung des Pflichtteils fällt, kann dahingestellt bleiben, da im § 2338 Abs. 2 die entsprechende Anwendung derjenigen Vorschriften angeordnet ist, für welche die Frage wesentlich von Bedeutung sein würde. Der im bisherigen Rechte meist gebrauchte Ausdruck „Enterbung" ist zur Bezeichnung der Pflichtteilsentziehung im Sinne des BGB. nicht geeignet; denn nach diesem ist das Pflichtteilsrecht kein Recht auf Teilnahme an der Erbfolge. Das Gesetz vermeidet daher auch mit Absicht jenen Ausdruck und dort, wo es von den Gründen der Pflichtteilsentziehung redet, den Ausdruck „Enterbungsgründe". Enterbung im technischen Sinne ist Ausschließung von der Erbfolge. Zu dieser ist aber der Erblasser nach dem BGB., ohne daß es dazu erst noch eines rechtfertigenden Grundes bedarf, sowohl nach § 1938 als auch im Wege der Einsetzung eines Fremden selbst dann befugt, wenn der Ausgeschlossene ein Pflichtteilsberechtigter ist. Das Charakteristische der vollständigen Pflichtteilsentziehung besteht dagegen darin, daß der an sich Pflichtteilsberechtigte, obschon er von der Erbfolge ausgeschlossen ist, doch keinen Pflichtteilsanspruch haben soll. Im Sprachgebrauch des Lebens wird der Ausdruck Enterbung allerdings nicht selten in dem weiteren Sinne verstanden, daß jeder erbrechtliche Erwerb des Enterbten (also auch der des Pflichtteilsanspruchs) ausgeschlossen sein soll, und mit Rücksicht hierauf wird der vom Erblasser gebrauchte Ausdruck, daß er einen Pflichtteilsberechtigten aus einem bestimmten Grunde „enterbe", zumeist nicht nur als Ausschließung von der Erbfolge, sondern auch als Pflichtteilsentziehung aufzufassen sein (vgl. Strohal I § 57 Anm. 1; zustimmend Dernburg V § 121 Anm. 4, dessen weitere Bemerkung in Anm. 11 a. E. jedoch ungenau und mißverständlich ist).

2. **Entziehungsgründe.** Die Entziehung des Pflichtteils ist dem Erblasser nur aus bestimmten gesetzlichen Gründen gestattet. Im Anschluß an das bisherige Recht zählt das BGB. diese Gründe einzeln auf, und zwar für die Abkömmlinge im § 2333, für die Eltern im § 2334, für den Ehegatten im § 2335. Eine Ausdehnung dieser Vorschriften im Wege der Analogie ist unstatthaft. In der zweiten Kommission war beantragt, an Stelle der einzelnen Entziehungsgründe ein allgemeines Prinzip aufzustellen etwa nach Art des § 1568 (relative Ehescheidungsgründe) oder des § 530 (Widerruf der Schenkung wegen groben Undankes). Die Mehrheit lehnte dies jedoch ab, weil eine solche Regelung zu unbestimmt sein und dem richterlichen Ermessen ohne genügende Anhaltspunkte zu weiten Spielraum gewähren würde. Es sind daher (abgesehen von der Entziehung des Pflichtteils gegenüber dem Ehegatten, §§ 2335, 1568) nur bestimmt abgegrenzte und verhältnismäßig leicht beweisbare Tatsachen herausgegriffen, und zwar nur solche Fälle, in denen eine besonders schwere Verletzung des bestehenden Familienbandes vorliegt. Überall wird ein Verschulden des Pflichtteilsberechtigten, also auch dessen Zurechnungsfähigkeit, vorausgesetzt (Schiffner S. 73; Böhm S. 471 Anm. 3). Das Verhältnis der Pflichtteilsentziehungsgründe zu den Erbunwürdigkeitsgründen (§ 2339) ist dahin zu bestimmen, daß es sich dort um einen Eingriff in die Testierfreiheit handelt, der den

wahren letzten Willen des Erblassers ungewiß macht, während hier Verfehlungen gegen die Person des Erblassers oder gegen die Familie in Frage stehen, die eine Rechtsentziehung als Strafe rechtfertigen. Die einzelnen Gründe sind daher hier und dort verschieden mit Ausnahme des Versuchs der Tötung des Erblassers, der nach § 2333 Nr. 1, § 2339 Abs. 1 Nr. 1 sowohl für die Pflichtteilsentziehung als auch für die Erbunwürdigkeit einen Grund bildet (vgl. Endemann III § 134 Anm. 5; Schiffner S. 71; auch W. Eck, Indignität und Enterbung, Diss. 1894, S. 29ff.).

3. Zu den im § 2333 bezeichneten Gründen, aus denen einem Abkömmling der Pflichtteil entzogen werden kann, ist im allgemeinen zu sagen, daß daselbst der Ausdruck „Abkömmling" immer im technischen familienrechtlichen Sinne verwendet ist (vgl. besonders § 1589 Abs. 2). Bemerkungen zu den einzelnen Fällen:

a) Nach Nr. 1 wird die Pflichtteilsentziehung durch Lebensnachstellungen gerechtfertigt, die der Abkömmling gegen den Erblasser, gegen dessen Ehegatten, (gleichviel ob er von diesem abstammt oder nicht) oder gegen einen anderen Abkömmling des Erblassers (auch einen an Kindesstatt Angenommenen) unternimmt. Wegen des Begriffs „nach dem Leben trachten" s. Erl. 1 zu § 1566. Nach dem dort Gesagten ist Tötungsabsicht wesentlich, braucht jedoch eine Handlung, die sich im Sinne des StGB. als Mord- oder Totschlagsversuch (StGB. §§ 43, 211, 212) darstellt, nicht vorzuliegen. Beteiligung als Anstifter oder Gehilfe (StGB. §§ 48, 49) genügt selbstverständlich, aber auch schon die Vornahme von straflosen Vorbereitungshandlungen, wenn sich hierbei die Tötungsabsicht unzweideutig betätigt. Selbst rein passives Verhalten dürfte unter Umständen ausreichen, so z. B. im Falle böswilliger Nichtanzeige eines von einem anderen geplanten Mordes (vgl. Dernburg V § 121 Nr. III).

b) Unter der vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung (Nr. 2, vgl. StGB. § 223) ist im Anschluß an die strafrechtliche Lehre im allgemeinen jede Einwirkung auf den Körper des anderen zu verstehen, durch die eine nicht unerhebliche Störung des leiblichen Wohlbefindens hervorgerufen wird (vgl. RG. i. St. 29 Nr. 58). Die Mißhandlung braucht keine grobe zu sein, noch weniger eine gefährliche oder eine schwere im Sinne des StGB. §§ 223a, 224 (P. II Bd. 5 S. 559f.). Fraglich ist jedoch, ob aus dem strafrechtlichen Begriffe der vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung hier nicht solche Fälle auszuscheiden sind, wo in der Handlung eine grobe Pietätsverletzung nicht gelegen ist. Für diese Einschränkung wohl mit Recht P. II Bd. 5 S. 561 und Strohal I § 57 Anm. 10. Im Falle einer in gerechter Notwehr (§ 227 Abs. 2, StGB. § 53 Abs. 2) vorgenommenen Mißhandlung ist der Entziehungsgrund nicht gegeben, wie aus den Worten „schuldig macht" und aus § 227 hervorgeht; aber auch in den in StGB. § 53 Abs. 3 berührten Fällen der Überschreitung der Notwehr dürfte das Entziehungsrecht nicht bestehen (anders die früheren Auflagen). Mißhandlung des Ehegatten des Erblassers, der nicht leiblicher Vorfahr des Abkömmlings ist (also des Stiefvaters, der Stiefmutter oder eines Vorfahren derselben), begründet das Entziehungsrecht nach Nr. 2 nicht, kann aber unter Nr. 3 fallen.

c) Zu Nr. 3 sind die Worte Verbrechen und Vergehen im technischen Sinne des StGB. (§ 1) zu verstehen, es entscheidet also die Höhe der im Gesetz angedrohten Strafe. Ob die Handlung nach Reichsrecht oder nach Landesrecht strafbar ist, begründet keinen Unterschied. Übertretungen (StGB. § 1 Abs. 3) und fahrlässige Vergehen kommen nicht in Betracht. Aber auch ein vorsätzliches Vergehen ist nur dann ein Entziehungsgrund, wenn es als ein „schweres" anzusehen ist. Letzteres Unterscheidungsmerkmal beruht nicht auf einem bestimmten strafrechtlichen Begriff, es ist vielmehr unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nach richterlichem Ermessen festzustellen (P. II Bd. 5 S. 558, 560). Die strafbare Handlung muß gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten verübt sein, was schon dann zutrifft, wenn sie in irgendeiner Weise in seine Rechtssphäre verletzend eingreift (P. II Bd. 6 S. 320, vgl. Erl. 1a zu § 1680). Beispielsfälle bilden die im bisherigen Rechte (vgl. auch E. I § 2001 Nr. 3—5) meist als einzelne Entziehungsgründe aufgeführten Tatbestände der wissentlich falschen Strafanzeige, des in einer Strafsache, Disziplinarsache, Zivilprozeßsache oder sonstigen Rechtsangelegenheit vorsätzlich zum Nachteile des Erblassers geleisteten Meineids, des Ehebruchs mit dem Ehegatten des Erblassers, der schweren Beleidigung, der Freiheitsberaubung und auch eines gegen den Erblasser verübten Vermögensdelikts (Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue ꝛc.). Eine strafgerichtliche Verurteilung ist nicht erforderlich.

d) Zu Nr. 4 wird unter der gesetzlichen Unterhaltspflicht nur diejenige auf Grund der Verwandtschaft (§§ 1601ff.) zu verstehen sein, nicht auch die nach §§ 528, 843, 844, 1969

§. 2334. Der Erblasser kann dem Vater den Pflichttheil entziehen, wenn dieser sich einer der im §. 2333 Nr. 1, 3, 4 bezeichneten Verfehlungen schuldig macht. Das gleiche Recht steht dem Erblasser der Mutter gegenüber zu, wenn diese sich einer solchen Verfehlung schuldig macht.

---

bestehenden Verpflichtungen, da eine Verletzung der letzteren keine Verletzung des Familienbandes enthält. Der Abkömmling muß daher imstande gewesen sein, bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts dem Erblasser Unterhalt zu gewähren (§ 1603 Abs. 1). Von einer **böswilligen Verletzung** kann nicht die Rede sein, wenn der Abkömmling hinsichtlich einer Voraussetzung seiner Verpflichtung im Irrtum gewesen ist. Unter die Nr. 4 fällt auch die in den bisherigen Rechten mitunter besonders hervorgehobene Vernachlässigung bei Krankheit, da die Krankenpflege zu dem „gesamten Lebensbedarfe" (§ 1610 Abs. 2) gehört; doch kann die Pflichtteilsentziehung nach dem BGB., sofern ausreichende Geldmittel zur Verfügung gestellt worden sind, auf die Versagung der persönlichen Pflege nicht gestützt werden (§ 1612, vgl. M. V S. 434; **Endemann** III § 134 Anm. 22).

e) Der **Entziehungsgrund des ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels** (Nr. 5) ist abweichend vom E. I (M. V S. 436 f.) von der zweiten Kommission im Anschluß an das gem. und preuß. Recht aufgenommen worden. Er unterscheidet sich insofern von den Gründen der Nr. 1—4, als es sich dort um unmittelbar gegen den Erblasser oder dessen nächste Angehörige gerichtete Verfehlungen handelt, während hier eine Verletzung der Familienehre in Frage steht. Beispiele bieten gewerbsmäßige Unzucht oder Kuppelei, gewerbsmäßiger Wucher, gewerbsmäßiges Glücksspiel, Landstreichen, unverbesserliche Trunksucht ꝛc. (vgl. Erl. 1 zu § 1568, Erl. 1 zu § 1666; über einen Fall, wo der Begriff des ehrlosen Lebenswandels durch ein einzelnes entehrendes Verbrechen für erfüllt erachtet wird, vgl. Entsch. in ThürBl. 53, S. 103). Bestrafung oder öffentliche Brandmarkung, z. B. durch Stellung unter sittenpolizeiliche Kontrolle, Entmündigung wegen Trunksucht, ist nicht erforderlich. Dagegen wird vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht mit dem Lebenswandel des Abkömmlings einverstanden ist. Das Entziehungsrecht besteht mithin nicht, wenn der Erblasser entweder ausdrücklich zustimmt (vgl. § 1565 Abs. 2) oder durch seinen eigenen Lebenswandel zu erkennen gibt, daß er gegen den des Abkömmlings nichts einzuwenden hat. Der Umstand jedoch, daß eine Abmahnung seitens des Erblassers unterblieben ist, nimmt diesem das Entziehungsrecht noch nicht (P. II Bd. 5 S. 564). Wegen des Einflusses späterer Besserung s. § 2336 Abs. 4.

4. Mit Rücksicht auf das bisherige Recht ist hervorzuheben, daß **kein Entziehungsgrund** in einer **Eheschließung des Abkömmlings** liegt, die **ohne die erforderliche elterliche Einwilligung** (§ 1305) erfolgt. Der E. I hatte diesen Grund nach dem Vorgange der meisten bisherigen Rechte aufgenommen, die zweite Kommission hat ihn jedoch beseitigt, weil die Fälle häufig so lägen, daß dem Kinde kein oder kein zu schweres Verschulden zur Last falle (vgl. M. V S. 434 f., P. II Bd. 5 S. 559). Keinen Entziehungsgrund bildet ferner die wider besseres Wissen erfolgte Stellung des Antrags auf Entmündigung des Erblassers, sofern nicht Nr. 3, insbesondere Freiheitsberaubung, vorliegt. Auch eine strafgerichtliche Verurteilung gibt, sofern sie nicht wegen einer gegen den Erblasser verübten Handlung (Nr. 1—3) erfolgt, nicht das Entziehungsrecht, ebensowenig Religionswechsel. Wegen der gegen die Testierfreiheit des Erblassers oder den Bestand des letzten Willens gerichteten Handlungen s. oben Nr. 2.

5. An die im § 2333 bezeichneten Verfehlungen eines Abkömmlings sind auch **an anderen Stellen des BGB. besondere Rechtsfolgen** geknüpft, vgl. § 1611 Abs. 2 (Beschränkung auf den notdürftigen Unterhalt), § 1621 Abs. 2 (Wegfall des Rechtes auf die Aussteuer), § 2271 Abs. 2 Satz 2 (Recht des überlebenden Ehegatten, die in einem gem. Testamente zugunsten eines Abkömmlings getroffene Verfügung aufzuheben), § 2294 (Rücktritt vom Erbvertrage wegen Verfehlung des Bedachten); s. auch § 1513 Abs. 1 (Recht eines Ehegatten, einem Abkömmling den ihm nach der Beendigung der fortgesetzten GG. gebührenden Anteil am Gesamtgute zu entziehen.

§ 2334.

E. I § 2003; II § 2199 rev. § 2306; III § 2307. P. I S. 10312 f.; M. V S. 442. P. II Bd. 5 S. 579.

1. Gegenüber seinen **Eltern** ist der Erblasser nur aus einzelnen der im § 2333 bezeichneten Gründe zur Entziehung des Pflichtteils befugt, und zwar wegen **Lebensnachstellungen**

§. 2335. Der Erblasser kann dem Ehegatten den Pflichttheil entziehen, wenn der Ehegatte sich einer Verfehlung schuldig macht, auf Grund deren der Erblasser nach den §§. 1565 bis 1568 auf Scheidung zu klagen berechtigt ist.

Das Recht zur Entziehung erlischt nicht durch den Ablauf der für die Geltendmachung des Scheidungsgrundes im §. 1571 bestimmten Frist.

(§ 2333 Nr. 1), wegen eines gegen ihn verübten Verbrechens oder schweren Vergehens (Nr. 3) und wegen böswilliger Verletzung der Unterhaltspflicht (Nr. 4). Körperliche Mißhandlung (§ 2333 Nr. 2) ist als selbständiger Entziehungsgrund hier nicht anerkannt wegen des elterlichen Züchtigungsrechts (§ 1631) und der Schwierigkeit, etwaige Überschreitungen desselben festzustellen. Schlechter Lebenswandel (§ 2333 Nr. 5) der Eltern aber kann dem Erblasser nicht das Recht der Pflichtteilsentziehung geben, weil es unangemessen sein würde, dem Kinde in dieser Beziehung eine Kritik zuzugestehen. Das auf § 2333 Nr. 3, § 2334 beruhende Entziehungsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der schuldige Elternteil als solcher straflos ist (StGB. § 247 Abs. 2, § 298 Abs. 2). Als böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht kann in besonders schweren Fällen auch die Vernachlässigung der Erziehung und der Berufsvorbildung anzusehen sein (§ 1610 Abs. 2; M. V S. 442; vgl. Schiffner S. 70 Anm. 12; Wilke Anm. 4 zu § 2333).

2. Wie sich von selbst versteht und überdies durch die Fassung des § 2334 klargestellt wird, besteht das Entziehungsrecht nur gegenüber demjenigen Elternteile, welcher sich der fraglichen Verfehlung schuldig macht. Die Verfehlung muß gegen den Erblasser bzw. nach Maßgabe des § 2332 Nr. 1, 3 gegen dessen Ehegatten oder Abkömmlinge gerichtet sein. Verfehlungen der Eltern untereinander geben dem Kinde nicht das Recht der Pflichtteilsentziehung (Schiffner S. 69 Anm. 12; Frommhold zu § 2334).

§ 2335.

E. I § 2005; II § 2200 rev. § 2309; III § 2308. P. I S. 10313 ff., 11384 f.; M. V S. 444 f. P. II Bd. 5 S. 580.

1. Bezüglich des Ehegatten des Erblassers decken sich die Pflichtteilsentziehungsgründe mit den Gründen der Ehescheidung wegen Verschuldens. Der Erblasser hat daher das Entziehungsrecht bei Ehebruch, Bigamie oder widernatürlicher Unzucht (§ 1565), bei Lebensnachstellungen (§ 1566), bei böslicher Verlassung (§ 1567) und bei verschuldeter tiefer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, insbesondere auch infolge grober Mißhandlung (§ 1568). Der Scheidungsgrund der Geisteskrankheit kommt, da er ein unverschuldeter ist, nicht in Betracht.

2. Das Entziehungsrecht ist gegeben, wenn der Erblasser auf Scheidung zu klagen berechtigt ist. Die wirkliche Erhebung der Klage ist nicht notwendig, sie würde auch nach § 1933 das gesetzliche Erbrecht und damit das Pflichtteilsrecht des Ehegatten ohne weiteres in Wegfall bringen. Selbstverständlich ist jedoch, auch wenn die Klage auf Scheidung erhoben wurde, der Unterhaltsanspruch des schuldigen Ehegatten nach § 1611 Abs. 2 zu beurteilen (vgl. RG. bei Gruch. 47 S. 975 = JW. 1903 S. 81). Nach Abs. 2 erlischt das Entziehungsrecht nicht dadurch, daß die Scheidungsklage wegen Ablaufs der im § 1571 bestimmten Ausschlußfristen nicht mehr erhoben werden kann. Die Vorschrift ist aufgenommen worden, um einen Ehegatten, der aus religiösen oder sittlichen Bedenken von der Ehescheidung Abstand nehmen will, nicht durch den drohenden Verlust des Pflichtteilsentziehungsrechts zur Erhebung der Scheidungsklage zu nötigen. Auch die prozeßrechtlichen Beschränkungen der Scheidungsklage (ZPO. § 616) stehen dem Rechte des Erblassers, dem schuldigen Ehegatten den Pflichtteil zu entziehen, nicht entgegen. Dagegen erlischt das Entziehungsrecht durch Verzeihung (§ 2337, vgl. § 1570). Ob der Ehegatte allein schuldig ist oder ob sich auch der Erblasser gleich schwerer Verfehlungen schuldig gemacht hat und daher bei der Scheidung beide Teile für schuldig zu erklären sein würden (§ 1574 Abs. 2, 3), ist ohne Belang (Wilke Anm. 2).

3. Für die Übergangszeit s. für Preußen das AG. z. BGB. Art. 59 § 7, wo die entsprechende Anwendung der §§ 2335—2337 auf die Entziehung der dem überlebenden Ehegatten nach den bisherigen Gesetzen zustehenden, durch das AG. aufrecht erhaltenen Rechte vorgeschrieben ist.

§. 2336. Die Entziehung des Pflichttheils erfolgt durch letztwillige Verfügung.

Der Grund der Entziehung muß zur Zeit der Errichtung bestehen und in der Verfügung angegeben werden.

Der Beweis des Grundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.

Im Falle des §. 2333 Nr. 5 ist die Entziehung unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat.

---

§ 2336.

E. I § 2000 Satz 2, §§ 2006—2008; II § 2201 verb. § 2310; III § 2309. P. I S. 10277 ff., 10322 ff., 10328 ff.; M. V S. 430, 447 ff. P. II Bd. 5 S. 552 f., 580 f.; Bd. 6 S. 321, 328. D. S. 741.

1. Die Entziehung des Pflichtteils kann nach Abs. 1 **nur durch letztwillige Verfügung** erfolgen, nicht durch eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen, wie sich auch schon aus § 2278 Abs. 2 ergibt. Dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser die Pflichtteilsentziehung durch eine in einem Erbvertrag enthaltene einseitige Verfügung (§ 2299) anordnet, mithin im Falle des § 2276 Abs. 2 auch ohne Beobachtung der Testamentsform (M. V S. 447 f., P. II Bd. 5 S. 581; Erl. 3 zu § 2276, Erl. 2 zu § 2299). Ist die Verfügung in einem gem. Testamente getroffen, so finden die Vorschriften über korrespektive Verfügungen auf sie keine Anwendung (§ 2270 Abs. 3). Daß eine obligatorische Bindung des Erblassers in bezug auf die Pflichtteilsentziehung nicht möglich ist, folgt aus § 2302. Die letztwillige Verfügung, durch die der Pflichtteil entzogen wird, kann den alleinigen Inhalt eines Testaments bilden; ist sie in Verbindung mit anderen Verfügungen, insbesondere einer Erbeinsetzung getroffen, so ist ihre Wirksamkeit davon, ob jene Verfügungen rechtswirksam sind und tatsächlich zur Ausführung kommen, grundsätzlich unabhängig. Eine ausdrückliche Erklärung ist hier wie überhaupt bei letztwilligen Verfügungen nicht erforderlich, vielmehr genügt es, sofern dem Erfordernisse des Abs. 2 entsprochen ist, daß sich der Wille des Erblassers, dem Berechtigten den Pflichtteil zu entziehen, aus anderen Verfügungen des Testaments mit Klarheit ergibt (Schiffner S. 75 Anm. 47, 48; Böhm S. 474; Frommhold Anm. 2; Wilke Anm. 1; a. M. Endemann III § 134 Anm. 10). Daß die Entziehung des Pflichtteils nach dem BGB. begrifflich etwas anderes ist als die Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938), bedarf wohl nicht der Hervorhebung. Tatsächlich wird jedoch eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser einem gesetzlichen Erben den Pflichtteil völlig entzieht, wohl stets auch als Ausdruck des Willens anzusehen sein, daß der Betreffende unter keinen Umständen zur Erbfolge gelangen soll (vgl. Schiffner S. 66 f.). Die Ausschließung eines Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge schließt dagegen die Pflichtteilsentziehung nicht in sich (unrichtig Dernburg § 121 Anm. 11 a. E.).

2. Mit Bezug auf den Grund der Entziehung gilt folgendes:

a) Der Grund muß **zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung bestehen.** Die Entziehung aus einem etwa künftig (bis zum Tode des Erblassers) eintretenden Grunde ist ausgeschlossen, weil der Erblasser auf die eigene Prüfung, ob ein die Entziehung rechtfertigender Grund vorliegt, nicht soll verzichten können. Zulässig ist, daß der Erblasser die Entziehung für den Fall ausspricht, daß ein bestimmter Tatbestand, der einen Entziehungsgrund enthält, zur Zeit der Testamentserrichtung bereits besteht (Schiffner S. 74 Anm. 41). Auch kann die Entziehung von einer Bedingung anderen Inhalts abhängig gemacht werden (M. V S. 430; vgl. Schiffner S. 75 Anm. 49—51), sie ist ferner auch in der Art möglich, daß ihre Wirkung nur relativ zugunsten gewisser Erben eintreten soll (vgl. Dernburg V § 121 Nr. VI 4). Aus der Unzulässigkeit der Abstellung auf einen künftig eintretenden Entziehungsgrund folgt u. a., daß einem nachgeborenen Abkömmling des Erblassers der Pflichtteil nicht entzogen werden kann (Endemann III § 134 Anm. 12).

b) Der Grund muß **in der Verfügung angegeben** werden. Ob ein allgemeiner Hinweis auf einen der gesetzlichen Entziehungsgründe genügt oder ob genaue tatsächliche Angaben gemacht werden müssen, ist nach dem Gesetzestexte zweifelhaft und bei den Beratungen der Entwürfe (vgl. P. II Bd. 5 S. 552) nicht entschieden worden. Eine gewisse Spezialisierung, insbesondere hinsichtlich der Person des Verletzten und der Art der etwa begangenen strafbaren Handlung bzw. des ehrlosen Verhaltens wird nicht zu entbehren sein (vgl. Dernburg preuß. PrivR. III § 204 Anm. 5, 6; s. auch Rspr. 8 S. 292). Im übrigen kann die Darlegung der näheren

Umstände nach Zeit und Ort ꝛc. dem späteren Beweisverfahren (Abs. 3) überlassen werden. Die Beweismittel brauchen in der letztwilligen Verfügung keinenfalls angegeben zu werden. Ist ein ungesetzlicher oder ein tatsächlich unzutreffender Entziehungsgrund angegeben, so ist die Entziehung unwirksam, auch wenn ein anderer sie rechtfertigender Grund vorliegt (R. V S. 448; Schiffner S. 75 Anm. 45).

c) Der Beweis des Entziehungsgrundes liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht, mithin dem Erben als Schuldner des Pflichtteilsanspruchs (Abs. 3, § 2303). Diese Vorschrift entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast, sie ist hauptsächlich nur wegen der im bisherigen Rechte bestehenden Streitfrage aufgenommen worden (vgl. Bd. I S. 50; Schiffner Pflichtteilsrecht S. 75 Anm. 52, Erbvertrag S. 178 Anm. 16). Selbstverständlich kann der Erblasser bestimmen, daß, wenn der Beweis des Entziehungsgrundes nicht zu erbringen sein sollte, der Pflichtteilsberechtigte nur gerade den Pflichtteil erhalten soll (§ 2304, vgl. für gem. Recht RG. 17 S. 124).

3. Über den Einfluß eines späteren Wegfalls des Entziehungsgrundes ist zu bemerken:

a) Kraft der besonderen Vorschrift des Abs. 4 ist die Pflichtteilsentziehung, die gegenüber einem Abkömmling wegen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels ausgesprochen ist (§ 2333 Nr. 5), unwirksam, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von diesem Lebenswandel dauernd abgewendet hat. Wann eine solche dauernde Abwendung vorliegt, ist Tatfrage. Bei einem Verbrecher, der zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt ist, wird gutes Verhalten und Bezeigung reumütiger Gesinnung während der Strafverbüßung in der Regel nicht genügen, vielmehr Betätigung der Besserung nach wiedererlangter Freiheit zu fordern sein; schlechthin kann dieses Erfordernis jedoch nicht aufgestellt werden (vgl. P. II Bd. 6 S. 328; zu weit gehend Böhm S. 475; Wilke Anm. 5). Der Beweis der Besserung ist von dem Abkömmling zu erbringen.

b) Bei den übrigen Entziehungsgründen, insbesondere bei böswilliger Unterhaltsversagung (§ 2333 Nr. 4), kommt es nicht darauf an, ob sie noch zur Zeit des Erbfalls bestehen. Der von Schiffner (S. 76 Anm. 53) für die gegenteilige Ansicht angeführte Umstand, daß im § 2333 durchweg das Präsens gebraucht wird, entspricht nur dem Erfordernisse, daß der Entziehungsgrund zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung bestehen muß, übrigens auch der allgemeinen Redaktionsweise des E. II. Die Frage, ob in der hier in Rede stehenden Beziehung dem Entziehungsgrunde des § 2333 Nr. 5 derjenige aus §§ 2335, 1568 (relative Scheidungsgründe) gleichzustellen ist (Schiffner S. 76 Anm. 57), kann dahingestellt bleiben, weil, wenn zur Zeit des Erbfalls die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses gehoben ist, wohl stets Verzeihung anzunehmen und daher die Pflichtteilsentziehung nach § 2337 unwirksam sein wird.

c) Ist die Entziehung nach Abs. 4 unwirksam, so kann der Berechtigte den Pflichtteil verlangen, aber regelmäßig auch nicht mehr; er hat (vorbehaltlich des hier am Schlusse Gesagten) kein Recht auf den gesetzlichen Erbteil. Das gleiche gilt, wenn der angegebene Entziehungsgrund nicht nachgewiesen werden kann oder kein gesetzlich zulässiger ist. Dagegen kann, wenn der Erblasser irrtümlich einen unzutreffenden Entziehungsgrund als vorhanden angenommen hat, die nach § 2078 Abs. 2 zulässige Anfechtung der letztwilligen Verfügung dahin führen, daß der Berechtigte sogar den gesetzlichen Erbteil erhält, sofern nämlich der Erblasser ohne den Irrtum ihm selbst diesen belassen haben würde. Da ein solcher Irrtum auch in der irrigen Erwartung des Nichteintritts eines künftigen Ereignisses bestehen kann, ist es unter der bezeichneten Voraussetzung auch möglich, daß im Falle des § 2333 Nr. 5 die vom Erblasser für ausgeschlossen gehaltene Besserung des Abkömmlings diesem nicht nur den Pflichtteil, sondern statt desselben den vollen gesetzlichen Erbteil verschafft. Vgl. zu diesen Fragen R. V S. 449; Schiffner S. 77; Frommhold Anm. 4; s. übrigens noch Erl. 3 (a. E.) zu § 2337.

4. Die Vorschriften des § 2336 finden in einer Anzahl anderer Fälle entsprechende Anwendung, nämlich bei der Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch den erstversterbenden Ehegatten (§ 1509, s. dort Erl. 2); bei der Entziehung des einem Abkömmling nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebührenden Anteils am Gesamtgute (§ 1513, s. dort Erl. 2, vgl. auch § 1511); bei der Aufhebung der in einem gem. Testamente getroffenen korrespektiven Verfügung wegen einer Verfehlung des Bedachten (§ 2271 Abs. 2 Satz 2); bei der Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung von Todes wegen durch Testament (§ 2297 Satz 2, wegen des unter Lebenden erfolgten Rücktritts vom Erbvertrage s. dagegen Erl. 3 zu § 2294); endlich bei der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht (§ 2338 Abs. 2).

§. 2337. Das Recht zur Entziehung des Pflichttheils erlischt durch Verzeihung. Eine Verfügung, durch die der Erblasser die Entziehung angeordnet hat, wird durch die Verzeihung unwirksam.

---

§ 2337.

E. I § 2004; II § 2202 rev. § 2311; III § 2310. P. I E. 10322 ff.; M. V E. 443 f. P. II Bd. 5 E. 579 f.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907 (vgl. besonders S. 629 ff.); ferner die Rostocker Diss. von Nadler (1902), Freudenberg (1903), Rehbans (1904).

1. **Verzeiht der Erblasser** dem Pflichtteilsberechtigten die **begangene Verfehlung**, so wird dadurch eine wirksame Entziehung des Pflichtteils ausgeschlossen, und zwar **nicht nur für die Zukunft** (Satz 1), sondern selbst **mit rückwirkender Kraft** dergestalt, daß die bereits angeordnete Entziehung entkräftet wird (Satz 2). Letzteres enthält gegenüber einem Teile des bisherigen Rechtes eine Neuerung (s. für gem. Recht RG. 15 S. 167, preuß. ALR. II 2 §§ 414 ff.; wie das BGB. dagegen sächs. GB. § 2598). Künftige Verfehlungen können nicht im voraus wirksam verziehen werden (Schiffner S. 73 Anm. 34). Wegen der Natur der Verzeihung, der Voraussetzungen, unter denen sie wirksam ist, und der Handlungen, in denen sie erblickt werden kann, s. Erl. 2 zu § 532, Erl. 1 zu § 1570, aber auch Manigk S. 629 ff., 697 ff. Eine ausdrückliche Erklärung mit besonderer Rücksicht auf das Pflichtteilsrecht ist nicht erforderlich, es genügen auch **konkludente Handlungen**, die zu unzweideutigem Ausdruck bringen, daß das durch die dem Erblasser in allem wesentlichen bekannt gewordene Verfehlung des Pflichtteilsberechtigten gestörte Verhältnis in vollem Umfang wieder hergestellt worden ist (P. II Bd. 5 S. 580; s. auch Rspr. 10 S. 280, 466; ferner RG. in JW. 1902 Beil. 260, 1905 S. 113). Darüber, daß auch die Verzeihung eines testierfähigen Minderjährigen rechtlich in Betracht kommt, vgl. Manigk S. 699. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob der Erblasser an die Wirkung bezüglich des Pflichtteilsrechts überhaupt gedacht hat. Eine Unterscheidung zwischen Verzeihung und bloßer Versöhnung (preuß. ALR. II 2 § 416) ist nicht zu machen. Behält sich der Erblasser die Pflichtteilsentziehung ausdrücklich vor, während im übrigen die verwandtschaftlichen Beziehungen wiederhergestellt werden, so ist nach den Umständen zu entscheiden, ob wirklich eine Verzeihung erfolgt und daher der Vorbehalt hinfällig oder ob wegen des Vorbehalts eine Verzeihung überhaupt nicht anzunehmen ist (M. V S. 443 f.). Die Verzeihung muß stets vom Erblasser ausgehen; richtet sich die Verfehlung des Pflichtteilsberechtigten nicht unmittelbar gegen den Erblasser selbst, sondern gegen den Ehegatten oder gegen einen Abkömmling desselben, so ist doch Verzeihung seitens des Erblassers einerseits erforderlich und andererseits hinreichend.

2. **Der Beweis**, daß der Erblasser **verziehen hat**, ist vom Pflichtteilsberechtigten zu erbringen. Die Verzeihung kann auch mittelbar aus einer Reihe einzelner Umstände gefolgert werden, die sich auf einen längeren Zeitraum verteilen.

3. Ist die Pflichtteilsentziehung bereits angeordnet, so wirkt **die spätere Verzeihung ohne weiteres entkräftend.** Sie ist nicht als eine Zurücknahme der die Entziehung anordnenden letztwilligen Verfügung aufzufassen, vielmehr wird diese Verfügung hinfällig, weil sie die innere Berechtigung verliert. Die Wirkung der Verzeihung enthält mithin keine Ausnahme von den Vorschriften über die zu letztwilligen Verfügungen erforderliche Form und Fähigkeit. Diese Wirkung aber ist regelmäßig darauf beschränkt, daß dem Berechtigten der Pflichtteilsanspruch zusteht (Wilke Anm. 3). Die von Cosack II § 413 bei Anm. 3 (übrigens unter Hervorhebung der Zweifelhaftigkeit) vertretene Ansicht, daß der Berechtigte durch Anfechtung des Testaments gemäß § 2079 seinen vollen gesetzlichen Erbteil erlangen könne, weil vermöge der späteren Verzeihung anzunehmen sei, daß der Erblasser einen ihm **unbekannten** Pflichtteilsberechtigten übergangen habe, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Wegen der unter Umständen gegebenen Möglichkeit einer auf § 2078 Abs. 2 sich stützenden Anfechtung vgl. Strohal I § 57 Anm. 20. Kommt es zur gesetzlichen Erbfolge und war der Ausschluß des Pflichtteilsberechtigten, dessen Verfehlung der Erblasser hinterher verziehen hat, überhaupt nur aus der Pflichtteilsentziehung zu entnehmen, so dürfte zu entscheiden sein, daß der Pflichtteilsberechtigte als gesetzlicher Erbe in Betracht kommt.

4. Dem § 2337 verwandte Vorschriften über die Wirkung der Verzeihung finden sich im § 532 (Widerruf der Schenkung wegen groben Undankes), § 1570 (Recht auf Ehescheidung), § 2343 (Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Erbunwürdigkeit). Bezüglich der Anwendbarkeit des § 2337 im Falle des § 1513 s. dort Erl. 3.

5. **Widerruf der Entziehung.** Ungeachtet der Bestimmung des § 2337 Satz 2 kann doch auch der letztwillige Widerruf der vorher ausgesprochenen Pflichtteilsentziehung von erheblicher

§. 2338. Hat sich ein Abkömmling in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, so kann der Erblasser das Pflichttheilsrecht des Abkömmlinges durch die Anordnung beschränken, daß nach dem Tode des Abkömmlinges dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichttheil als Nacherben oder als Nachvermächtnißnehmer nach dem Verhältniß ihrer gesetzlichen Erbtheile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlinges die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag.

Auf Anordnungen dieser Art finden die Vorschriften des §. 2336 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung. Die Anordnungen sind unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Ueberschuldung nicht mehr besteht.

---

praktischer Bedeutung sein. Infolge des Widerrufes, der übrigens auch unter einer Bedingung erfolgen kann, wird die Entziehung unwirksam. Hatte der Erblasser vor dem Widerruf etwa einen Fremden als Alleinerben eingesetzt, so wird an der Wirksamkeit dieses Testaments durch den Widerruf der Pflichtteilsentziehung nichts geändert. Der in solcher Weise von der Erbfolge ausgeschlossene Pflichtteilsberechtigte wird also infolge des Widerrufs der Pflichtteilsentziehung nur pflichtteilsberechtigt (§ 2303). Kommt es jedoch, weil eine Erbeinsetzung überhaupt nicht vorliegt, oder weil der eingesetzte Erbe wegfällt, zur gesetzlichen Erbfolge, so wird die durch den Widerruf der Entziehung zum Ausdruck gebrachte Absicht des Erblassers regelmäßig dahin auszulegen sein, daß der nunmehrige Pflichtteilsberechtigte auch von der gesetzlichen Erbfolge nicht ausgeschlossen sein soll (vgl. Dernburg V § 122 Anm. 2).

Möglich ist auch ein Widerruf des vorher erfolgten Widerrufs der Entziehung. Hatte der Erblasser jedoch die Verfehlung des Pflichtteilsberechtigten bereits verziehen, so ist jener Widerruf bedeutungslos.

§ 2338.

E. I § 2002 Abs. 1, 3; II § 2203 rev. § 2312; III § 2311. Mot. I S. 10297 ff., 11384, 11432 f., 12264 f.; M. V S. 437 ff. Prot. II Bd. 5 S. 565 ff.; Bd. 6 S. 356 f. D. S. 741 f.

1. Die nach § 2338 zulässige **Beschränkung des Pflichtteilsrechts in guter Absicht** ist im BGB. an die Stelle der im bisherigen Rechte überwiegend zugelassenen Enterbung in guter Absicht (exheredatio bona mente, vgl. M. V S. 437; Meischeider, letztw. Verfügungen S. 528 ff.) getreten. Die Rechtseinrichtung ist im BGB. im engen Anschluß an die Pflichtteilsentziehung geregelt, der Grund und Zweck ist jedoch ein verschiedener. Bei der Pflichtteilsbeschränkung nach § 2338 handelt es sich nicht um eine Strafe für begangene Verfehlungen, sondern um eine durch besondere Umstände gerechtfertigte zwangsweise Fürsorge, welche die Erhaltung des Vermögens für den Pflichtteilsberechtigten selbst und für die Familie anstrebt (vgl. M. V S. 438; Schiffner S. 79). Die Beschränkung ist nur zulässig **gegenüber Abkömmlingen**, nicht gegenüber dem Ehegatten oder den Eltern des Erblassers. Sie darf ferner nur aus den bestimmten gesetzlichen Gründen (Erl. 2) angeordnet werden, nicht nach freiem Ermessen in wohlgemeinter Fürsorge, insbesondere auch nicht wegen Minderjährigkeit, Geistesschwäche oder Trunksucht. Endlich darf die Beschränkung nur in den im § 2338 bestimmten Anordnungen bestehen, andere beschränkende Maßregeln, insbesondere die Verweisung des Pflichtteilsberechtigten auf den bloßen Nießbrauch, sind unzulässig (vgl. aber doch auch Erl. 3). Für das Pflichtteilsrecht der entfernteren Verwandten (§ 2309) ist die vom Erblasser hinsichtlich eines Abkömmlings nach § 2338 angeordnete Pflichtteilsbeschränkung bedeutungslos (vgl. auch Rspr. 7 S. 364).

2. Die **Gründe**, welche die Pflichtteilsbeschränkung rechtfertigen, sind **Verschwendung** oder **Überschuldung** des Abkömmlings; doch muß diese oder jene ein solches Maß erreicht haben, daß der spätere Erwerb des Abkömmlings erheblich gefährdet wird. Im Falle der Verschwendung ist nicht erforderlich, daß der Abkömmling sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt (§ 6 Abs. 1 Nr. 2), noch weniger, daß bereits die Entmündigung wegen Verschwendung erfolgt ist. Andererseits schließt die erfolgte Entmündigung die Befugnis des Erblassers zur Pflichtteilsbeschränkung nicht aus (a. M. Schiffner S. 80 Anm. 14; Ende-

mann III § 134 Anm. 36; Frommhold Anm. 3; vgl. jedoch auch Wilke Anm. 1). Denn es ist zunächst sehr wohl möglich, daß die vom Pflichtteilsberechtigten vor der Entmündigung eingegangenen Verbindlichkeiten dessen späteren Erwerb gefährden; es darf aber auch nicht unbeachtet bleiben, daß die einem wegen Verschwendung entmündigten Abkömmling gegenüber vom Erblasser angeordnete Pflichtteilsbeschränkung, dafern nur ihre Voraussetzungen nach § 2338 vorhanden sind, Bedeutung auch für den Fall behält, daß die Entmündigung nach § 6 Abs. 2 wieder aufgehoben wird (vgl. Strohal I § 57 Anm. 20; Dernburg V § 123 Nr. III).

3. Die zwecks Beschränkung des Pflichtteils zulässigen Maßregeln bestehen in der Anordnung einer Nacherbfolge bzw. eines Nachvermächtnisses und in der Ernennung eines verwaltenden Testamentsvollstreckers. Der Erblasser kann eine jede dieser Maßnahmen oder beide vereint treffen (P. II Bd. 5 S. 570; Strohal I § 57 Anm. 23; s. auch Rspr. 6 S. 332; a. A. Schiffner S. 82 Anm. 27, der die Testamentsvollstreckung nur im Anschluß an eine Nacherbeinsetzung zulassen will). Werden beide Maßnahmen mit einander verbunden, so wird dem TV. zweckmäßigerweise die Aufgabe zu übertragen sein, die Rechte des Nacherben auszuüben und ihre Pflichten zu erfüllen (§ 2222). Die Zulässigkeit der bezeichneten und später noch im einzelnen zu besprechenden Anordnungen ist nicht (wie nach E. I) davon abhängig, daß der Abkömmling als Erbe eingesetzt bzw. ihm sein gesetzliches Erbrecht belassen ist. Es ist ferner auch möglich, daß die zulässigen Beschränkungen nicht in Ansehung des ganzen Pflichtteils, sondern nur in Ansehung eines Anteils desselben getroffen werden. Ist dem Abkömmling mehr als der Pflichtteil hinterlassen, so können sich die Beschränkungen selbstverständlich auch auf den Überschuß erstrecken. Im einzelnen ist folgendes zu sagen:

a) Beschränkung durch Nacherbeneinsetzung oder Nachvermächtnis.

α) Dem Abkömmling ist ein Erbteil hinterlassen. Hier kann die Beschränkung in der Anordnung einer Nacherbfolge bestehen. Soweit lediglich die Beurteilung nach § 2338 maßgebend ist (vgl. aber die folgende Erl. bb), kann der Fall der Nacherbfolge nur auf den Tod des Abkömmlings abgestellt, und dürfen als Nacherben nur die gesetzlichen Erben des Abkömmlings (nach den Verhältnissen zur Zeit seines Todes) eingesetzt werden. Unter den gesetzlichen Erben ist der Fiskus nicht mitzuverstehen, wie nicht nur aus der Analogie des § 2104 Satz 2, § 2149 Satz 2, sondern auch aus dem Zwecke des Instituts zu entnehmen ist, nach welchem das Vermögen der Familie erhalten werden soll (Schiffner S. 81 Anm. 22). Sind bei dem Tode des Abkömmlings andere gesetzliche Erben als der Fiskus nicht vorhanden, so ist der Fall der Nacherbfolge nicht eingetreten. Das dem Abkömmling Hinterlassene fällt also als Teil seines Vermögens den von ihm durch Verfügung von Todes wegen eingesetzten Erben zu. Hat der Abkömmling eine Verfügung von Todes wegen nicht getroffen, so tritt nun der Fiskus als Erbe des ganzen Vermögens ein.

Der Erblasser kann nur die gesetzlichen Erben berufen. Er braucht aber nicht die gesetzlichen Erben aller Ordnungen zu berufen, vielmehr kann er die Berufung auf die gesetzlichen Erben der ersten oder der ersten und zweiten Ordnung rc. beschränken (a. M. Wilke Anm. 1 a. E.). Er kann aber nicht gesetzliche Erben einer späteren Ordnung vor denen einer früheren Ordnung berufen; ebensowenig kann er innerhalb einer Ordnung einzelne Personen ausschließen (vgl. Schiffner S. 82 Anm. 26). Hat der Erblasser nur die gesetzlichen Erben der nächsten Ordnung berufen und sind solche bei dem Tode des Abkömmlings nicht vorhanden, so ist der Fall der Nacherbfolge nicht eingetreten, und das dem Abkömmling Hinterlassene fällt als Teil des Vermögens des Abkömmlings an diejenigen, welche nach allgemeinen Grundsätzen Erben des Abkömmlings sind. Hat der Erblasser die von ihm berufenen Personen individuell bezeichnet, so ist eine solche Verfügung nur dann wirksam, wenn diese Personen bei dem Tode des Abkömmlings dessen nächste gesetzliche Erben sind. Nach dem Wortlaute des § 2338 kann es zweifelhaft sein, ob eine solche Verfügung überhaupt zulässig ist; sie läßt sich indessen mit dem Wortlaute vereinigen, wenn man sie in dem eben angegebenen Sinne versteht, und es dürfte der Absicht des Erblassers entsprechen, sie in diesem Sinne zu deuten. Sind bei dem Tode des Abkömmlings die individuell bezeichneten Personen nicht oder nicht ausschließlich die gesetzlichen Erben des Abkömmlings, so ist die Verfügung grundsätzlich unwirksam (wegen verschiedener Einzelheiten vgl. noch Strohal I S. 510 ff.; dazu Dernburg V § 123 Anm. 7). Ist eine der individuell bezeichneten Personen vor dem Tode des Abkömmlings weggefallen, so wird der § 2108 Abs. 2 keine Anwendung finden können (vgl. M. V S. 440; Schiffner S. 84 Anm. 37); denn die Erben des Berufenen sind als solche nicht gesetzliche Erben des Abkömmlings. Man wird indessen unter Umständen, wenn an die Stelle des Berufenen in derselben Ordnung andere

Personen als gesetzliche Erben des Abkömmlings treten, die Verfügung dadurch aufrechterhalten können, daß man diese Personen für den gedachten Fall nach der Absicht des Erblassers als berufen ansieht. Ebenso ist es, wenn der im Pflichtteile beschränkte Abkömmling vor dem Erblasser wegfällt, Frage der Auslegung, ob die Nacherbeinsetzung als Ersatzerbeinsetzung aufrecht zu erhalten ist (§ 2102 Abs. 1). Die Bejahung wird bezüglich derjenigen gesetzlichen Erben des Abkömmlings, die nicht zugleich gesetzliche Erben des Erblassers sind (insbesondere Schwiegersohn oder Schwiegertochter), nicht immer dem Willen des Erblassers entsprechen.

Die Berufung muß *nach dem Verhältnisse der gesetzlichen Erbteile* erfolgen. Dies braucht nicht ausdrücklich gesagt zu werden, die Anordnung eines abweichenden Verteilungsmaßstabs aber würde die Verfügung unwirksam machen. Die Anordnung der Nacherbfolge bleibt gemäß § 2109 Abs. 1 Nr. 1 auch nach dem Ablaufe von dreißig Jahren seit dem Erbfalle wirksam. Die *Wirkungen* der Nacherbeinsetzung hinsichtlich des Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Pflichtteilsberechtigten (Vorerben) ergeben sich aus den §§ 2112 ff.

Die *Möglichkeit der Ausschlagung* des hinterlassenen Erbteils ist dem durch die Anordnung der Nacherbfolge (und eventuell auch durch die Testamentsvollstreckung) beschränkten Abkömmling nicht versagt. Welche Wirkung knüpft sich aber hier an die Ausschlagung? Es muß unterschieden werden:

aa) Ist der dem Abkömmling hinterlassene Erbteil nicht größer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so würde die Anordnung der Nacherbfolge (und auch die der Testamentsvollstreckung), wenn nicht § 2338 eingriffe, nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 ohne weiteres hinfällig werden. In diesem Punkte greift jedoch § 2338 modifizierend ein. Soweit die Beschränkungen nach § 2338 zulässig sind, bleiben sie bestehen und nur insoweit, als sie über das nach § 2338 zulässige Maß hinausgehen, gelten sie als nicht angeordnet. Schlägt der Abkömmling, weil er sich die zulässigen Beschränkungen nicht gefallen lassen will, aus, so *hat er keinen Pflichtteilsanspruch*.

bb) Übersteigt der dem Abkömmling hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so muß sich der Abkömmling, wenn er den Erbteil annimmt, nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 nicht nur die nach § 2338 zulässigen, sondern auch die darüber hinausgehenden Beschränkungen und desgleichen auch Beschwerungen gefallen lassen, und zwar selbst dann, wenn die Voraussetzungen des § 2338 *nicht gegeben sind* (vgl. Strohal I § 57 bei Anm. 26 und jetzt auch RG. v. 11. Februar 1907 in DJZ. 1907 S. 483 = SeuffA. 62 S. 330 = Recht 1907 Nr. 903). Schlägt der Abkömmling, obschon ihm *nur* die nach § 2338 zulässige Beschränkung durch Anordnung einer Nacherbfolge (eventuell auch durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers) auferlegt war, aus, so kann er *den Pflichtteil nicht verlangen*. Anders dann, wenn ihm außer der nach § 2338 zulässigen Beschränkung auch noch eine andere Beschränkung oder eine Beschwerung aufgebürdet war; in diesem Falle bringt er durch die Ausschlagung den Pflichtteilsanspruch für sich zur Entstehung, muß sich aber hinsichtlich desselben die zulässige Beschränkung in Gestalt eines ihm auferlegten Nachvermächtnisses (eventuell auch die Verwaltung des Testamentsvollstreckers) gefallen lassen (vgl. auch P. II Bd. 5 S. 571 f.). Ist die Voraussetzung für eine Beschränkung nach § 2338 überhaupt nicht gegeben, so greift schlechthin § 2306 Abs. 1 Satz 2 durch.

β) Beschränkung durch *Nachvermächtnis*. Was unter *α* bezüglich der Zeit, auf welche die Nacherbfolge gestellt sein muß und bezüglich der zur Nacherbfolge zu berufenden Personen gesagt worden ist, ist entsprechend auch hier anzuwenden (vgl. auch § 2191; §§ 2162, 2163). Nimmt der Abkömmling das Vermächtnis an, so ist, selbst wenn die Voraussetzung für die Pflichtteilsbeschränkung nach § 2338 nicht gegeben ist, schlechthin § 2307 Abs. 1 maßgebend. Im Falle der Ausschlagung kann der Abkömmling immer den Pflichtteilsanspruch erheben, unterliegt er aber, wenn die Beschränkung durch das Nachvermächtnis (eventuell auch durch die Testamentsvollstreckung) mit Recht erfolgt war, derselben Beschränkung auch in Ansehung des Pflichtteilsanspruchs.

γ) Der Abkömmling ist lediglich auf den *gesetzlichen Pflichtteilsanspruch* verwiesen, rücksichtlich dessen ihm aber die hier nach § 2338 zulässige Beschränkung durch Nachvermächtnis (eventuell auch durch die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers) auferlegt ist (vgl. dazu Schiffner S. 16 Anm. 13, S. 82 Anm. 25; Strohal I § 57 S. 505).

b) Die im Abs. 1 Satz 2 zugelassene Übertragung der Verwaltung an einen für die Lebenszeit des Abkömmlings bestellten **Testamentsvollstrecker** enthält eine besondere Verwendung des in §§ 2209, 2210 vorgesehenen Testamentsvollstreckers mit selbständigem Verwaltungsrechte. Sie ist besonders dann von Bedeutung, wenn der Pflichtteilsberechtigte kinderlos ist oder wenn die ihm als Vorerben zustehende Bewegungsfreiheit noch als zu weit erscheint. Die dem TV. zustehenden Befugnisse ergeben sich aus §§ 2205 ff., er ist im Zweifel unbeschränkt in der Ein-

gehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß (§§ 2209 Satz 2, s. dort Erl. 4, 5). Wegen des Rechtes des TV. im Falle des § 2338 zum Antrag auf Auseinandersetzung vgl. RSpr. 10 S. 313. Eine Verpflichtung zur Herausgabe von Nachlaßgegenständen gemäß § 2217 (s. dort Erl. 8) besteht für den TV. nicht, der pflichtteilsberechtigte Abkömmling hat jedoch nach der besonderen Vorschrift des Halbsatz 2 Anspruch auf den jährlichen Reinertrag (vgl. § 2038 Abs. 2 Satz 3, auch § 721 Abs. 2). Auch die Ernennung des TV. behält trotz des Ablaufs von dreißig Jahren seit dem Erbfall ihre Wirksamkeit (§ 2210).

4. Aus der im **Abs. 2 Satz 1** vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des § 2336 Abs. 1—3 ergibt sich, daß die zwecks Beschränkung des Pflichtteils in guter Absicht zulässigen Anordnungen nur durch letztwillige Verfügung, sei es in einem Testamente, sei es in einem Erbvertrage (§ 2299), nicht aber vertragsmäßig getroffen werden können. Der die Beschränkung rechtfertigende Grund muß zur Zeit der Errichtung der Verfügung bestehen und in dieser angegeben werden. Wegen der Besorgnis künftiger Verschwendung oder künftiger Überschuldung kann mithin die Beschränkung nicht wirksam angeordnet werden. Der Beweis des Grundes ist von demjenigen zu führen, welcher die Beschränkung geltend macht.

5. Entsprechend der für die Entziehung des Pflichtteils im § 2336 Abs. 4 getroffenen Vorschrift wird im **Abs. 2 Satz 2** bestimmt, daß die in guter Absicht getroffenen beschränkenden Anordnungen unwirksam sind, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die Überschuldung desselben nicht mehr besteht. Besserung nach dem Eintritte des Erbfalls hat diese Wirkung nicht, wenn nicht der Erblasser auch für diesen Fall den Wegfall der Beschränkung angeordnet hat. Die Unwirksamkeit tritt von Rechts wegen ein, ohne daß es einer Anfechtung bedarf (P. II Bd. 5 S. 577 f., Bd. 6 S. 356 f.). Sie kann daher auch von den Gläubigern des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings geltend gemacht werden, was mit Rücksicht auf die Beschränkung der Zwangsvollstreckung (Erl. 6) von Wichtigkeit ist. Eine Unwirksamkeit durch Verzeihung, entsprechend dem § 2337, kommt bei der in guter Absicht angeordneten Pflichtteilsbeschränkung nicht in Betracht (Schiffner S. 84 Anm. 36; Wilke Anm. 5).

6. Durch die Anordnung einer Nacherbfolge und durch die Ernennung eines verwaltenden TV. werden die auf den pflichtteilsberechtigten Abkömmling übergegangenen Erbschaftsgegenstände nach § 2115 bzw. 2214 (vgl. auch CPO. §§ 748, 773) dem Zugriffe der persönlichen Gläubiger des Abkömmlings entzogen. Dieser Schutz würde sich auf die Nutzungen der Vorerbschaft bzw. auf den dem Abkömmling von dem TV. herauszugebenden jährlichen Reinertrag nicht erstrecken. Um jedoch den Zweck der Pflichtteilsbeschränkung voll zu erreichen, sind in der CPO. § 863 besondere **Beschränkungen der Zwangsvollstreckung** für die persönlichen Gläubiger des Abkömmlings eingeführt. Die Nutzungen der Vorerbschaft und der Anspruch des Abkömmlings auf den jährlichen Reinertrag sind der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der dem Abkömmling seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten oder seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind. Für die Nachlaßgläubiger und für die Verfolgung eines auch dem Nacherben oder dem TV. gegenüber wirksamen Rechtes bestehen diese Beschränkungen nicht. Beschränkungen der Gläubiger ohne gleichzeitige Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten selbst sind nach dem BGB. wie nach bisherigem Rechte nicht möglich (vgl. RG. 1 S. 175, 14 S. 278, s. auch Erl. 1 zu § 2197).

7. Die Vorschriften des § 2338 finden in einigen verwandten Fällen entsprechende Anwendung, nämlich bei der Beschränkung des einem Abkömmling nach Beendigung der fortgesetzten GG. zustehenden Anteils am Gesamtgut (§ 1513 Abs. 2, s. dort Erl. 6) und bei der Beschränkung eines Abkömmlings hinsichtlich der ihm in einem gem. Testament oder einem Erbvertrage gemachten Zuwendungen (§ 2271 Abs. 3, § 2289 Abs. 2).

8. Obschon eine Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht im Sinne des § 2338 nur gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling zulässig ist, so ist doch zu beachten, daß der Erblasser Beschränkungen der im § 2338 bezeichneten Art auch einem anderen Pflichtteilsberechtigten, dem er einen die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigenden Erbteil oder ein Vermächtnis hinterläßt, auferlegen kann. Nimmt dieser Pflichtteilsberechtigte den Erbteil, das Vermächtnis an, so muß er sich die Beschränkungen nach Maßgabe von § 2306 Abs. 1 Satz 2 bzw. von § 2307 gefallen lassen. Schlägt derselbe jedoch die Zuwendung aus, so kann seinem Pflichtteilsanspruch gegenüber die Beschränkung nicht in Betracht kommen. Vgl. Strohal I § 57 Anm. 259.

Sechster Abschnitt.
Erbunwürdigkeit.

Sechster Abschnitt.

1. Die Erbunwürdigkeit wird im gegenwärtigen Abschnitte zunächst mit Rücksicht auf den Erwerb der Erbschaft durch den Gesamtnachfolger geregelt (§§ 2339—2344, Erbunwürdigkeit im engeren Sinne), demnächst aber auch auf den Anspruch des Vermächtnisnehmers und des Pflichtteilsberechtigten erstreckt (§ 2345); sie ist mithin für jede Art des Erwerbes von Todes wegen (§ 1369) von Bedeutung. Das Institut ist im BGB. in einer Weise geregelt, welche unter den bisherigen Rechten der Methode des franz. und des sächs. Rechtes am nächsten kommt (vgl. code civ. art. 727 ff., sächs. GB. §§ 2278, 2280; wegen des gem. Rechtes s. Windscheid-Kipp III § 669 ff.; RG. 43 S. 141; wegen des preuß. Rechtes ALR. I 12 §§ 599 ff.). Die Erbunwürdigkeit erzeugt nicht eine Erb- oder Erwerbsunfähigkeit (Erl. 4 b zu § 1922), sie wirkt auch nicht, wie dies für das gem. Recht angenommen wurde, ohne weiteres kraft Gesetzes, vielmehr bedarf es einer Anfechtung, zu der nur bestimmte Personen befugt sind. Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß eine Wirkung kraft Gesetzes mit dem an der Kundbarkeit der Erbfolge bestehenden öffentlichen Interesse nicht vereinbar ist (M. V S. 520). Eine Folge ist, daß weder der Unwürdige selbst noch Dritte, zur Anfechtung nicht berechtigte Personen sich auf die Unwürdigkeit berufen können, daß auch die Unwürdigkeit von den mit der Erbregulierung befaßten Behörden, insbesondere von dem Nachlaßgerichte bei der Ausstellung des Erbscheins, nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Die Wirkung der durchgeführten Anfechtung ist jedoch eine absolute; der für unwürdig erklärte Erbe verliert nicht nur die Vorteile der Erbschaft, sondern er scheidet, und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit des Erbfalls, aus der rechtlichen Stellung als Erbe aus; der unwürdige Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte geht durch die Anfechtung seines persönlichen Anspruchs verlustig. Bei der Erbfolge tritt an die Stelle des Unwürdigen der nach ihm berufene Erbe; das nach röm. Rechte bestehende Entreißungsrecht des Fiskus ist wie schon von anderen neueren Rechten vom BGB. beseitigt worden. Der Fiskus erhält daher die Erbschaft nur dann, wenn er in Ermangelung jedes anderen Erben nach § 1936 zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist.

2. Die für die Erbunwürdigkeit maßgebenden Gesichtspunkte. Das BGB. unterscheidet hinsichtlich der Erbunwürdigkeit nicht zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge; es ist auch unerheblich, ob der Erbe zu den pflichtteilsberechtigten Personen gehört oder nicht (M. V S. 517, 522 f.). Alle als Erbunwürdigkeitsgründe anerkannten Handlungen sind von der Art, daß sie auf das Verhältnis des Täters zu einem bestimmten Erblasser Bezug haben; es gibt daher keine allgemeine, sondern nur eine relative Erbunwürdigkeit. Für die Bestimmung der einzelnen Erbunwürdigkeitsgründe war im E. I der widerrechtliche Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers bzw. die Hinderung der Feststellung des letzten Willens zum Ausgangspunkte genommen, was sich freilich nur gezwungen durchführen ließ (vgl. M. V S. 517 und dagegen Eck, Beiträge zur Erl. ꝛc. Heft 17 S. 36 ff.; Zftlg. V S. 129 f.). Bei den in das BGB. übergegangenen Vorschriften des E. II kreuzen sich verschiedene Auffassungen. In der zweiten Kommission (P. II, Bd. 5 S. 635) wurden drei Auffassungen als möglich hingestellt, nämlich außer derjenigen des E. I noch der Gesichtspunkt der schweren Verfehlung gegen den Erblasser und die Ansicht, daß es sich bei der Erbunwürdigkeit um eine Ergänzung der Vorschriften über die Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen und die Pflichtteilsentziehung handele. Die letztgedachte Auffassung wurde von der Mehrheit der Kommission als die richtige anerkannt und daher dem ganzen Abschnitte zugrunde gelegt, es haben jedoch auch die beiden anderen Auffassungen nach einzelnen Richtungen ihren Einfluß geäußert. So beruht der Unwürdigkeitsgrund des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 auf dem Gesichtspunkt einer Strafe für die Verfehlung gegen das Leben des Erblassers (vgl. Erl. 2 a zu § 2339) und derselbe Gesichtspunkt tritt auch in der Vorschrift des § 2343 hervor. Andererseits tritt in den Vorschriften

§. 2339. Erbunwürdig ist:

1. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getödtet oder zu tödten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, in Folge dessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben;
2. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben;
3. wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben;
4. wer sich in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen einer nach den Vorschriften der §§. 267 bis 274 des Strafgesetzbuchs strafbaren Handlung schuldig gemacht hat.

Die Erbunwürdigkeit tritt in den Fällen des Abs. 1 Nr. 3, 4 nicht ein, wenn vor dem Eintritte des Erbfalls die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren die strafbare Handlung begangen worden ist, unwirksam geworden ist, oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde.

---

des § 2339 Abs. 2 das Strafmoment gänzlich zurück und ist lediglich die Rücksicht auf den Einfluß maßgebend, den die Handlung des Täters im schließlichen Ergebnis auf den letzten Willen des Erblassers und dessen Feststellung gehabt hat (s. KB. S. 2107; Frommhold Anm. 1 zu § 2339).

3. Die Vorschriften über die Erbunwürdigkeit finden nach § 1506 bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung, insofern die Voraussetzungen und die Wirkungen der Erbunwürdigkeit auch für die Unwürdigkeit eines gemeinschaftlichen Abkömmlinges bezüglich seines Anteils an dem Gesamtgute maßgebend sind (vgl. die Erl. zu § 1506).

§ 2339.

E. I § 2045; II § 2204 verb. § 2313; III § 2312. P. I S. 10575 ff.; M. V S. 517 ff. P. II Bd. 5 S. 634 ff. KB. S. 2106 f.

1. **Erbunwürdigkeitsgründe. Allgemeines.** Der theoretische Ausgangspunkt, der bei der Aufstellung der Erbunwürdigkeitsgründe maßgebend gewesen, ist in der Vorbm. 2 klargestellt worden; über das Verhältnis der Erbunwürdigkeitsgründe zu den Pflichtteilsentziehungsgründen s. Erl. 2 zu § 2333, s. auch M. V S. 517. Für alle Erbunwürdigkeitsgründe gilt der Satz, daß es auf die der Handlung zugrunde liegende Absicht des Täters bzw. auf die Zwecke, die er verfolgt, nicht ankommt; die Unwürdigkeit tritt auch dann ein, wenn der Täter aus einem an sich anerkennenswerten Bestimmungsgrunde handelt, insbesondere, wenn er nur für einen Dritten sorgen will. Soweit die Handlung sich auf eine bestimmte Verfügung des Erblassers von Todes wegen bezieht (Nr. 2—4), ist der Inhalt dieser Verfügung ohne Bedeutung. Der Täter ist auch dann erbunwürdig, wenn die fragliche Verfügung auf seine erbrechtliche Stellung ohne Einfluß ist, z. B. wenn er als Teilerbe ein nur einem anderen Miterben auferlegtes Vermächtnis unterdrückt (M. V S. 519; P. II Bd. 5 S. 639). Bei Beteiligung mehrerer genügt jede Art der strafrechtlichen Teilnahme, also Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe, um den Teilnehmenden erbunwürdig zu machen (vgl. StGB. §§ 47—49; M. V S. 520; Frommhold Anm. 4). Die im § 2339 aufgestellten Erbunwürdigkeitsgründe sind erschöpfend, eine analoge Anwendung ist wie bei den Pflichtteilsentziehungsgründen ausgeschlossen. Abgelehnt ist insbesondere die Erbunwürdigkeit wegen schwerer strafbarer Handlungen gegen den Erblasser außerhalb der Fälle der Nr. 1 sowie wegen Versagung der Hilfe bei Krankheit oder sonstiger Notlage (P. II Bd. 5 S. 637 f.; KB. S. 2106 f.). Wegen sonstiger, vom BGB. nicht aufgenommener Erbunwürdigkeitsgründe des bisherigen Rechtes s. M. V S. 520; Endemann III § 82 Anm. 9.

2. Bezüglich der **einzelnen Erbunwürdigkeitsgründe** ist folgendes zu bemerken:

a) Nach Nr. 1 macht entsprechend allen bisherigen Rechten die vorsätzliche Tötung des Erblassers den Täter erbunwürdig. Die Unwürdigkeit beruht hier nicht sowohl auf der durch den Täter herbeigeführten Unsicherheit des letzten Willens als vielmehr auf dem natürlichen Rechtsgefühle, das es als eine schwere Kränkung empfinden würde, wenn der Tötende ein unentziehbares Recht auf das Vermögen seines Opfers erhielte. Es kommt also der alte Satz zur Anwendung: „Blutige Hand nimmt kein Erbe" (Sachsenspiegel, vgl. Stobbe V § 280). Die Tötung kann sich als Mord oder Totschlag im Sinne des StGB. (§§ 211, 212) darstellen. Auch Tötung im Zweikampfe, wenn sie beabsichtigt war, fällt unter die Vorschrift (vgl. StGB. §§ 206, 207; Cosack II § 419 I 1), nicht dagegen die bloße Körperverletzung mit tötlichem Ausgange (StGB. § 226). Zweifelhaft ist, ob sich derjenige erbunwürdig macht, welcher sich durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmen läßt (StGB. § 216). Die Frage dürfte zu verneinen sein. Das Leben ist zwar ein unveräußerliches Gut und die Einwilligung des Getöteten nimmt der Handlung ebensowenig die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit wie die Strafbarkeit. Auch der § 2343 kann direkt keine Anwendung finden, weil eine Verzeihung im strengen Wortsinne nur nach der Tat möglich ist. Aber der dem § 2343 zugrunde liegende Gedanke dürfte doch in einem Falle der vorliegenden Art dazu führen, die ernste und ausdrückliche Einwilligung als der Verzeihung gleichwertig anzuerkennen (ebenso Strohal I § 60 Anm. 5). Die Gleichstellung des Versuchs mit der vollendeten Tötung ist erst von der zweiten Kommission aufgenommen worden, während sich der weitere Unwürdigkeitsgrund des Versetzens in einen bis zum Tode anhaltenden Zustand der Testierunfähigkeit schon im E. I (s. auch sächs. GB. § 2277) vorfand. Bei dem letztgedachten Grunde ist vorzugsweise an schweres Siechtum oder Geisteskrankheit zu denken. Bei diesem Grunde wie auch bei der Tötung und dem Tötungsversuch ist nicht notwendig, daß die Absicht des Täters gerade gegen die Testierfähigkeit des Erblassers gerichtet oder daß an diese auch nur gedacht war, vielmehr genügt die vorsätzliche Herbeiführung des Todes bzw. des fraglichen Zustandes (M. V S. 518; P. II Bd. 5 S. 639). War bei einer Körperverletzung der Vorsatz auf Herbeiführung eines Zustandes der fraglichen Art gerichtet, tritt aber als Folge der Körperverletzung statt dieses Zustandes der Tod ein, so genügt dies, um die Erbunwürdigkeit zu begründen. Subjektive Zurechnungsfähigkeit des Täters wird natürlich vorausgesetzt. In objektiver Hinsicht wird die Widerrechtlichkeit bei der Tötung durch Notwehr oder durch Handeln im Kriege ꝛc. ausgeschlossen. Ob der Getötete sogleich nach der Tat gestorben ist oder ob er noch hinreichend Zeit und Gelegenheit gehabt hätte, zu testieren, ist unerheblich; ebenso, ob er rechtlich imstande war, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder ob er durch Geisteskrankheit, Entmündigung oder infolge der Bindung durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag an der Errichtung einer solchen Verfügung überhaupt oder doch einer Verfügung gewissen Inhalts gehindert war (M. V S. 517 f.; P. II Bd. 5 S. 636).

Die Vorschrift der Nr. 1 kann nach dem BGB. nicht auf den Fall der Tötung des Vorerben durch den Nacherben übertragen werden. Über die Frage, ob die Erben des Vorerben einen Anspruch auf Schadensersatz haben und auf Grund desselben die Überlassung des Besitzes und Genusses des Nachlasses für die vermutliche Lebensdauer des Vorerben verlangen können s. Bd. II Erl. 2 zu § 844 (a. A. Böhm S. 14 Anm. 1; vgl. Dernburg V § 11 Anm. 7).

b) Zu Nr. 2 handelt es sich um die Verhinderung des Erblassers an der von ihm beabsichtigten Errichtung oder Aufhebung einer bestimmten Verfügung von Todeswegen (Testament oder Erbvertrag). Welchen Inhalt die Verfügung hatte oder haben sollte, ist unerheblich (s. Erl. 1), ebenso auch, ob der Täter diesen Inhalt kannte. Der bloße Versuch einer Hinderung genügt nicht, daher auch nicht eine Hinderung von nur vorübergehender Dauer (M. V S. 525; P. II Bd. 5 S. 565; vgl. Küntzel S. 823; Strohal I § 60 Anm. 8; a. A. Wilke Anm. 3, der den für die Nr. 2 jedenfalls unzutreffenden allgemeinen Satz aufstellt, daß es für alle Fälle der Erbunwürdigkeit gleichgültig sei, ob der Erblasser nach der rechtswidrigen Handlung noch die Möglichkeit gehabt habe, seinen letzten Willen frei zu errichten). Die Verhinderung kann durch physische Gewalt oder durch geistige Beeinflussung (Täuschung oder Drohung) herbeigeführt werden, z. B. bei einem Erbvertrage durch Täuschung über den Aufenthalt oder die Bereitwilligkeit des anderen Teiles zum Vertragschlusse (vgl. §§ 2276, 2290). Zwischen der widerrechtlichen Handlung und dem Nichtzustandekommen der Verfügung von Todes wegen muß ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, die Unwürdigkeit tritt daher nicht ein, wenn

z. B. der vom Erblasser gewollte Erbvertrag schon an dem mangelnden Willen des anderen Teiles gescheitert sein würde. Eine Verhinderung des Erblassers an der Aufhebung eines Testaments liegt auch dann vor, wenn der Täter den Erblasser widerrechtlich von der beabsichtigten Zerstörung der Testamentsurkunde oder der Rücknahme aus der gerichtlichen Verwahrung (§§ 2255, 2256) abhält.

c) Der Tatbestand der Nr. 3 — Bestimmung des Erblassers zur Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung — entspricht dem § 123 Abs. 1 (s. dort Erl. 1—3, vgl. auch § 2078 Abs. 2). Physische Gewalt, sog. vis absoluta, kommt hier nicht in Betracht (Erl. 3 zu § 123; a. A. Böhm S. 14). Die Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen umfaßt auch hier die Tatbestände der §§ 2255, 2256. Der bloße Versuch einer Bestimmung des Erblassers begründet die Erbunwürdigkeit nicht. Neben der Unwürdigkeit des Erben besteht in den Fällen der Nr. 3 die Anfechtbarkeit der Verfügung von Todes wegen gemäß § 2078 Abs. 2 bzw. §§ 2279, 2281, die sich von der Anfechtung des Erbschaftserwerbes nach § 2340 hinsichtlich ihrer materiellen Voraussetzungen, ihrer Durchführung und ihrer Wirkungen in mehrfacher Beziehung unterscheidet (R. II Bd. 5 S. 639; RG. Bd. 59 S. 33). Der Fall der Hypnotisierung gehört nicht hierher. Die in der Hypnose errichtete Verfügung ist nichtig (Dernburg V § 11 Anm. 8). Dauert der hypnotische Zustand bis zum Tode, so kann der in der Erl. 2a bezeichnete Erbunwürdigkeitsgrund vorliegen.

d) Nach Nr. 4 wird die Erbunwürdigkeit durch die daselbst bezeichneten, im Strafgesetzbuch unter dem Abschnitt „Urkundenfälschung" näher bestimmten Handlungen begründet, wenn diese begangen sind in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen. Die Tatbestände im einzelnen sind: Verfälschung oder fälschliche Anfertigung eines Testaments oder Erbvertrags mit Gebrauchmachen zum Zwecke einer Täuschung (StGB. § 267), das wissentliche Gebrauchmachen von einer solchen falschen oder verfälschten Urkunde (§ 270), die sog. intellektuelle Fälschung einer in öffentlicher Form errichteten Testaments- oder Erbvertragsurkunde (§ 271), das wissentliche Gebrauchmachen von einer durch solche Fälschung zustande gekommenen Urkunde (§ 273), endlich die Vernichtung, Beschädigung oder Unterdrückung der eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen enthaltenden Urkunde, wenn sie in der Absicht geschieht, einem anderen Nachteile zuzufügen (§ 274 Nr. 1). Die fraglichen Handlungen können im Gegensatze zu Nr. 1—3 auch nach dem Erbfalle begangen sein. Eine strafgerichtliche Verurteilung des Täters wird nicht vorausgesetzt. Ob die Handlung wirklich zu einer Verdunkelung der Rechtslage führt oder ob sich z. B. die Fälschung ohne weiteres als solche erkennen läßt, ist unerheblich (R. V S. 519). Andererseits ist die Vollendung des strafgesetzlichen Tatbestandes erforderlich; der bloße Versuch genügt nicht, wie aus der Nichtanziehung des § 43 StGB., ferner per arg. e contrario aus Nr. 1 und endlich aus dem Gedanken des Abs. 2 (s. Erl. 3) zu entnehmen ist (a. A. Herzfelder Erl. 4 zu § 2339). Daß aus den Worten „einer Verfügung des Erblassers" nicht gefolgert werden darf, die fälschliche Anfertigung der ganzen Verfügung komme nicht in Betracht, ist von Küntzel S. 822 zutreffend hervorgehoben; vgl. Strohal I § 60 IIb.

3. Die auf die Unwürdigkeitsfälle des Abs. 1 Nr. 3, 4 beschränkte Vorschrift des Abs. 2 ist von der zweiten Kommission aufgenommen und von der RTK. erweitert worden. Der Gedanke ist, daß die begangene Tat auf die schließliche Gestaltung der erbrechtlichen Verhältnisse ohne Einfluß ist, wenn vor dem Eintritte des Erbfalls die Verfügung von Todes wegen, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt ist (Nr. 3) oder in Ansehung deren die strafbare Handlung begangen ist (Nr. 4), unwirksam geworden ist oder wenn die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt ist (Nr. 3), unwirksam geworden sein würde. Es besteht in diesen Fällen nicht infolge jener Handlung eine Ungewißheit über den letzten Willen, die ja in erster Linie der maßgebende Gesichtspunkt für die Erbunwürdigkeit ist (Vorbm. 2); das Strafmoment tritt hier gänzlich zurück. Der Eintritt der Unwirksamkeit der Verfügung kann auf einer Handlung des Erblassers oder auf anderen Umständen, z. B. früheres Versterben des Bedachten, Zeitablauf im Falle des § 2252, Ausfall einer Bedingung ꝛc., beruhen. Der später eintretenden Unwirksamkeit muß übrigens auch die von vornherein, z. B. wegen wesentlichen Formmangels, bestehende gleichgestellt werden. Beispiele, die zu Zweifeln Anlaß geben, s. bei Strohal I § 60 II; Windscheid-Kipp III § 671 Zusatz. Der Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn die ganze Verfügung gefälscht war; denn von einer Verfügung des Erblassers, die überhaupt nicht bestanden hat, kann man nicht sagen, daß sie ihre Wirksamkeit verloren hat (Strohal I § 60 IIb).

§. 2340. Die Erbunwürdigkeit wird durch Anfechtung des Erbschaftserwerbes geltend gemacht.

Die Anfechtung ist erst nach dem Anfalle der Erbschaft zulässig. Einem Nacherben gegenüber kann die Anfechtung erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist.

Die Anfechtung kann nur innerhalb der im §. 2082 bestimmten Fristen erfolgen.

---

§ 2340.

E. I § 2046 Abs. 1, 2, 4–6; II § 2205 rev. § 2314; III § 2313. P. I E. 10576, 10584 ff., 10585, 11395 f., 11420, 12232; M. V E. 520 f. P. II Bd. 5 E. 642 f., 645; Bd. 6 E. 357.

1. **Der Grundsatz des BGB., daß die Erbunwürdigkeit nicht kraft Gesetzes wirkt, sondern durch Anfechtung geltend gemacht werden muß,** und die Gründe, die zu dieser Regelung geführt haben, sind in der Vorbm. 1 dargelegt worden. Der § 2340 spricht im Abs. 1 die Notwendigkeit der Anfechtung aus und bestimmt im Abs. 2 den Zeitpunkt, von dem ab die Anfechtung zulässig ist, im Abs. 3 aber die Fristen, innerhalb deren sie spätestens erfolgen muß. Die Anfechtung richtet sich gegen die rechtliche Tatsache des eingetretenen Erbschaftserwerbes, ihre Wirkung besteht in der Rückgängigmachung dieser Tatsache.

2. **Nach Abs. 2 Satz 1 ist die Anfechtung erst nach dem Anfalle der Erbschaft (§ 1942) zulässig.** Sie kann mithin nie vor dem Erbfall (§ 1922) erfolgen, unter Umständen aber erst später, nämlich dann, wenn die Erbschaft dem Unwürdigen erst vermöge der Ausschlagung oder des sonstigen Wegfalls eines vor ihm Berufenen anfällt. Hieraus folgt, daß, wenn zwei nacheinander berufene Erben, z. B. wegen gemeinschaftlich verübter Ermordung des Erblassers, unwürdig sind, eine gleichzeitig gegen beide gerichtete Klage (§ 2342) unzulässig ist, vielmehr nach rechtskräftigem Urteile gegen den ersten, von neuem gegen den zweiten geklagt werden muß. Es mag freilich zweifelhaft erscheinen, ob dies der Absicht des Gesetzes entspricht, da durch die Vorschrift des Abs. 2 Satz 1 ein unnötiges Prozessieren über die Erbunwürdigkeit vermieden werden soll (P. II Bd. 5 S. 643), während in dem vorliegenden Falle die wortgetreue Auslegung der Vorschrift gerade zu einem doppelten Rechtsstreite führt. Allein es dürfte doch bedenklich sein, in Fällen dieser Art, weil bei ihnen das Motiv der gesetzlichen Bestimmung nicht zutrifft, eine Ausnahme von der klaren Regel des Gesetzes in dieses hineinzutragen, und zwar um so weniger, als der Prozeß gegen den erst in zweiter Linie Berufenen sich möglicherweise, nämlich dann als unnötig herausstellt, wenn dieser, nachdem der zunächst Berufene für erbunwürdig erklärt ist, die Erbschaft ausschlägt.

Durch den Tod des Erbunwürdigen, dem die Erbschaft angefallen ist, wird die Anfechtung nicht ausgeschlossen, geht vielmehr gegen dessen Erben (Herzfelder Erl. 4 zu § 2340).

3. Abweichend von der Regel des Abs. 2 Satz 1 ist im Satz 2 **einem Nacherben gegenüber die Anfechtung zugelassen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist.** Der Nacherbe nimmt schon von diesem Zeitpunkt an eine rechtlich gesicherte Stellung ein (§§ 2116 ff.), aus der er im Falle der Unwürdigkeit muß verdrängt werden können (vgl. auch § 2142 Abs. 1). Der Zeitpunkt, in welchem die Anfechtung zulässig wird, deckt sich nicht notwendig mit dem Erbfalle; war z. B. in erster Linie A als Erbe eingesetzt, und zwar unbeschränkt, als Ersatzerbe B und zwar dieser mit der Beschränkung durch die Nacherbeinsetzung des C, so ist die Anfechtung gegenüber dem unwürdigen C erst zulässig, wenn A weggefallen und damit die Berufung des B wirksam geworden ist. Bei mehrfacher Nacherbeinsetzung (Erl. 1 zu § 2109) genügt jedoch zur Anfechtung gegenüber einem späteren Nacherben, daß die Erbschaft dem ersten Vorerben angefallen ist, weil schon damit auch die späteren Nachberufenen in die rechtlich geschützte Stellung des Nacherben eintreten. In dem vorgenannten Beispielsfalle würde mithin nach dem Anfalle der Erbschaft an B die Anfechtung wegen Unwürdigkeit auch dann schon zulässig sein, wenn sie sich nicht gegen C, sondern gegen den nach diesem als zweiter Nacherbe berufenen D richtet. Da als Nacherbeinsetzung auch die Erbeinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung angesehen wird (§ 2105), ist die Anfechtung gegenüber dem bedingt eingesetzten Erben schon vor der Entscheidung der Bedingung zulässig. Wegen der Anfechtungsfrist im Falle des Abs. 2 Satz 2 s. Erl. 4.

4. **Die Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit wird im Abs. 3 einer zeitlichen Beschränkung unterworfen,** für welche die Vorschriften des § 2082 über die Befristung der Anfechtung letztwilliger Verfügungen maßgebend sind. Die Anfechtung ist daher nur inner-

halb eines Jahres seit dem Zeitpunkte zulässig, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt. Auf den Lauf dieser einjährigen Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 über die Hemmung bzw. Nichtvollendung der Verjährung Anwendung. Sind seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen, so ist die Anfechtung ausgeschlossen. Nach dem E. I (§ 2046 Abs. 5) sollte die dreißigjährige Frist erst von dem Anfalle der Erbschaft an den Unwürdigen laufen; dies kann, nachdem die besondere Vorschrift durch eine Verweisung auf den § 2082 ersetzt worden ist, für das BGB. nicht anerkannt werden (vgl. P. II Bd. 6 S. 357). Hinsichtlich der Anfechtung gegenüber einem unwürdigen Nacherben tritt an die Stelle des Erbfalls der Fall der Nacherbfolge; durch den Abs. 2 Satz 2 wird die Frist für die Anfechtung nicht berührt (Frommhold Anm. 2; Wilke Anm. 2; vgl. M. V S. 521).

5. Es fragt sich, ob in einzelnen Fällen eine Ausnahme von der Regel des § 2340 anzunehmen ist.

a) In Betracht kommt zunächst der Fall, daß derjenige, welcher berechtigt ist, eine Erbeinsetzung auf Grund der §§ 2078ff. anzufechten, erbunwürdig ist. Das fragliche Anfechtungsrecht steht nach § 2080 demjenigen zu, welchem die Aufhebung der Erbeinsetzung unmittelbar zustatten kommen würde, also demjenigen, welcher im Falle der Aufhebung der Erbeinsetzung als Erbe berufen ist. Es mag angenommen werden, daß dies der nächste gesetzliche Erbe ist. Hält man es durch das praktische Bedürfnis für geboten, diesem, wenn er erbunwürdig ist, das Anfechtungsrecht zu entziehen und es dem nach ihm gesetzlich als Erbe Berufenen einzuräumen (s. Erl. 1bα zu § 2080; Strohal I § 60 III), so kommen, um dieses Ziel zu erreichen, zwei Wege in Betracht:

α) Der demnächstige eventuelle Anfall der Erbschaft an den Erbunwürdigen kann von jedem, der nach § 2341 zur Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit berechtigt ist, angefochten werden. Geschieht dies und wird die Erbunwürdigkeit nach § 2342 durch rechtskräftiges Urteil ausgesprochen, so ist nur der in zweiter Linie als gesetzlicher Erbe Berufene derjenige, welchem die Aufhebung der Erbeinsetzung unmittelbar zustatten kommt; er ist also der nach § 2080 zur Anfechtung der Erbeinsetzung Berechtigte. Die Anfechtung erfolgt nach § 2081 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. Gegen diesen Weg, den Strohal I § 60 Anm. 22 vorschlägt, spricht, wie dieser anerkennt, daß er gegen die Vorschrift des § 2340, welcher die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit erst nach dem Erbanfalle zuläßt, verstößt. Dieses Bedenken dürfte sich auch nicht dadurch beseitigen lassen, daß man annimmt, daß der Gegenstand der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit bei diesem Wege nicht der eventuelle Erbschaftserwerb, sondern der bereits erfolgte Erwerb des Anfechtungsrechts des § 2080 sei und daß es sich also nur um eine analoge Ausdehnung der Vorschrift des § 2340 über die Anfechtung des Erbschaftserwerbes auf die Anfechtung des im § 2080 bestimmten Anfechtungsrechts handle. Denn dieses Anfechtungsrecht steht nur demjenigen zu, welcher ev. als Erbe berufen ist. Verbliebe die ev. Erbberechtigung dem Erbunwürdigen, so würde die Entziehung des Anfechtungsrechts zwecklos sein. Die ev. Erbberechtigung ist untrennbar mit dem Anfechtungsrechte des § 2080 verbunden und bildet dessen Grundlage. Mit der Anfechtung des Anfechtungsrechts des § 2080 würde mittelbar also immer auch die ev. Erbberechtigung angefochten werden. Auch diese Auffassung führt also zu einer Abweichung von der Regel des § 2340, daß die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit erst nach dem Anfalle der Erbschaft zulässig sei.

β) Der in zweiter Linie gesetzlich als Erbe Berufene ist ohne weiteres zur Anfechtung der Erbeinsetzung nach § 2080 berechtigt. Er ist zwar zu der Zeit, in welcher seine Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgt (§ 2081) noch nicht derjenige, welchem die Aufhebung der Erbeinsetzung unmittelbar zustatten kommen würde; aber er ist, wenn die Erbeinsetzung aufgehoben wird und infolge davon die Erbschaft dem in erster Linie gesetzlich als Erbe Berufenen anfällt, nach §§ 2340, 2341 befugt, diesen Anfall wegen Erbunwürdigkeit anzufechten. Geschieht dies nach § 2342 durch Erhebung der Anfechtungsklage und wird der Erbe auf Grund derselben für erbunwürdig erklärt, so gilt nun der Anfall nach § 2344 nicht als an ihn, sondern als schon zur Zeit des Erbfalls als an den in zweiter Linie gesetzlich als Erbe Berufenen erfolgt. Vermöge dieser rückwirkenden Kraft des Urteils erscheint dann die im § 2080 bestimmte Voraussetzung des Anfechtungsrechts für den in zweiter Linie gesetzlich als Erbe Berufenen gegeben (vgl. Küntzel bei Gruch. Bd. 41 S. 824). Daß dieser Weg ein recht künstlicher ist, läßt sich nicht verkennen. Die Anfechtung der Erbeinsetzung war zur Zeit als sie erfolgte, wegen mangelnder Berechtigung des Anfechtenden nach § 2080 unbegründet. Trotzdem soll sie die Wirkung haben, daß die Erbschaft nicht als dem eingesetzten Erben, sondern dem in

§. 2341. Anfechtungsberechtigt ist Jeder, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines Anderen, zu Statten kommt.

---

erster Linie gesetzlich zum Erben Berufenen angefallen gilt und dadurch die Möglichkeit begründet wird, den Erbanfall an den gesetzlichen Erben wegen Erbunwürdigkeit anzufechten. Diese ev. Möglichkeit der Anfechtung des Anfalls der Erbschaft an den in erster Linie gesetzlich als Erbe Berufenen als gleichwertig mit der im § 2080 bestimmten Voraussetzung zu betrachten, dürfte doch recht bedenklich sein.

Sowohl gegen den unter α wie gegen den unter β bezeichneten Weg sprechen hiernach erhebliche Bedenken. Eventuell dürfte der unter α bezeichnete Weg vorzuziehen sein. Er bietet den Vorzug, daß die Anfechtung der Erbeinsetzung auf Grund des § 2080 nicht schon erfolgen kann, ehe feststeht, ob das dem in erster Linie gesetzlich als Erbe Berufenen nach § 2080 zustehende Anfechtungsrecht wegen Erbunwürdigkeit mit Erfolg angefochten ist. Die Abweichung von der Vorschrift des § 2340 läßt sich dadurch rechtfertigen, daß man auf den den Vorschriften über Erbunwürdigkeit zugrunde liegenden Gedanken, daß der Erbunwürdige nichts aus der Erbschaft erhalten solle, zurückgreift und diesen Gedanken auch in anderen als den im Gesetze speziell geregelten Fällen zur Durchführung bringt, wenn ein dringendes praktisches Bedürfnis dies erfordert.

b) Handelt es sich um die Anfechtung nicht einer Erbeinsetzung, sondern eines Vermächtnisses auf Grund der §§ 2078 ff., so ist der mit dem Vermächtnisse Beschwerte derjenige, welchem die Aufhebung der Vermächtnisanordnung unmittelbar zustatten kommen würde. Ist der Beschwerte erbunwürdig und will man deshalb das Anfechtungsrecht des § 2080 nicht dem Beschwerten, sondern demjenigen einräumen, welchem der Wegfall der Vermächtnisanordnung bei dem Wegfalle des Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, so würde dies, wenn der Beschwerte der eingesetzte Erbe ist, regelmäßig der gesetzliche Erbe, wenn aber der Beschwerte ein Vermächtnisnehmer ist, der mit dem Vermächtnisse Beschwerte sein. Der Übergang des Anfechtungsrechts auf den gesetzlichen Erben könnte nur dadurch erfolgen, daß die Erbunwürdigkeit des eingesetzten Erben nach Maßgabe der §§ 2340, 2342 geltend gemacht wird. Die Vorschrift des § 2340, daß die Anfechtung erst nach dem Erbanfall erfolgen könne, steht dem nicht entgegen, denn es wird hier ja vorausgesetzt, daß der eingesetzte Erbe Erbe geworden sei. Ist der eingesetzte Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt die Erbschaft nun als dem gesetzlichen Erben angefallen (§ 2344) und er ist es also, dem der Wegfall der Vermächtnisanordnung unmittelbar zustatten kommt; er ist also der Anfechtungsberechtigte. Ähnlich liegt das Verhältnis, wenn ein Vermächtnisnehmer mit einem Untervermächtnisse beschwert ist. Das dem beschwerten Vermächtnisnehmer nach § 2080 zustehende Anfechtungsrecht kann wegen Erbunwürdigkeit nur zugleich mit seinem Vermächtnisrechte selbst angefochten werden. Ist die Anfechtung erfolgt, so kommt nun der Wegfall der Anordnung des Untervermächtnisses demjenigen zustatten, welchem der Wegfall des beschwerten Vermächtnisses zustatten gekommen ist, also je nach Lage der Sache, entweder dem Erben oder demjenigen Vermächtnisnehmer, welcher mit dem beschwerten Vermächtnisse belastet war. Der Unterschied von dem Falle, daß der Erbe mit dem Vermächtnisse beschwert war, besteht nur darin, daß, während in diesem Falle die Anfechtung nach § 2342 durch Erhebung der Anfechtungsklage zu erfolgen hat, sie hier nach § 2345 durch Erklärung gegenüber dem Erbunwürdigen erfolgt. In beiden Fällen kommt also eine Ausnahme von der Vorschrift des § 2340 nicht in Frage.

c) Nach § 2194 steht das Recht, die Vollziehung einer Auflage zu verlangen, dem Erben, jedem Miterben und demjenigen zu, welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Will man auch hier die Erbunwürdigkeit der Berechtigten berücksichtigen, so werden auch hier die unter a und b dargelegten Grundsätze entsprechend anzuwenden sein. Das Gleiche gilt in betreff des Rechtes, welches nach § 2196 in den dort bezeichneten Fällen demjenigen zusteht, welchem der Wegfall des mit der Auflage Beschwerten unmittelbar zustatten kommt (Strohal I § 60 Anm. 23). Es dürfte aber doch recht zweifelhaft sein, ob auch in Fällen dieser Art wirklich ein dringendes praktisches Bedürfnis die entsprechenden Vorschriften über Erbunwürdigkeit fordern.

§ 2341.

E. I § 2046 Abs. 3; II § 2206 rev. § 2315; III § 2314. P. I E. 10584 f., 10591; M. V E. 521. P. II Bd. 5 E. 642 ff.

1. **Anfechtungsberechtigte.** Während nach dem E. I die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit nur demjenigen zustehen sollte, welcher als Erbe unmittelbar an die Stelle des

§. 2342. Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Anfechtungsklage. Die Klage ist darauf zu richten, daß der Erbe für erbunwürdig erklärt wird.

Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urtheils ein.

Unwürdigen tritt, gibt das BGB. das Anfechtungsrecht jedem, dem der Wegfall des Erbunwürdigen auch nur mittelbar, nämlich bei dem Wegfall eines anderen, zustatten kommt. Es werden dann sämtliche möglicherweise an Stelle des Unwürdigen Berufene, insbesondere auch der Fiskus, für anfechtungsberechtigt erklärt. Die Geltendmachung der Erbunwürdigkeit soll nicht daran scheitern, daß der Nächstberechtigte aus Bequemlichkeit oder aus unlauteren Gründen die Anfechtung unterläßt. Die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit unterscheidet sich darin von derjenigen einer letztwilligen Verfügung, welche nach § 2080 Abs. 1 nur dem an der Aufhebung unmittelbar Interessierten zusteht. Mehrere nach § 2341 Berechtigte können die Anfechtungsklage gemeinschaftlich erheben (CPO. §§ 59 ff.; vgl. auch Erl. 4 zu § 2342).

2. **Im einzelnen sind nach § 2341 anfechtungsberechtigt** der entferntere gesetzliche Erbe gegenüber dem näheren, der gesetzliche Erbe gegenüber dem eingesetzten, der Ersatzerbe gegenüber dem zunächst Berufenen, der Anwachsungsberechtigte (§ 2094) und derjenige, dessen gesetzlicher Erbteil sich durch den Wegfall des Unwürdigen erhöht (vgl. § 1935), in der Regel auch der Vorerbe gegenüber dem Nacherben (vgl. Erl. 4 zu § 2344). Endlich steht wegen der Vorschrift des § 2102 Abs. 1 auch dem Nacherben das Anfechtungsrecht gegenüber dem Vorerben zu.

3. Zweifelhaft ist, ob **das Anfechtungsrecht einer Person zusteht, die selbst erbunwürdig ist.** In Ermangelung einer positiven Vorschrift wird die Frage zu bejahen sein, da der Wegfall des ersten Unwürdigen dem zweiten zunächst doch zustatten kommt und es einer neuen Anfechtung bedarf, um diesen aus der Erbenstellung zu verdrängen (vgl. P. II Bd. 5 S. 644; Strohal I § 60 Anm. 21; Erl. 5 zu § 2340).

4. **Stirbt der Anfechtungsberechtigte vor dem Ablaufe der Anfechtungsfrist (§ 2340 Abs. 3), so geht das Anfechtungsrecht auf seine Erben über,** da es nicht die Natur eines höchstpersönlichen Rechtes hat. So mit Recht M. V S. 521, während in der zweiten Kommission die Ansichten geteilt waren und die Frage offen blieb (P. II Bd. 5 S. 645). Für die Vererblichkeit auch Böhm S. 16; Dernburg V § 11 Anm. 11; vgl. auch hier Erl. 1 d zu § 2080. Eine Änderung (Verlängerung oder Verkürzung) der Anfechtungsfrist hat der Übergang des Anfechtungsrechts auf den Erben nicht zur Folge, es ist vielmehr auch für letzteren die Kenntnis des ursprünglich Berechtigten maßgebend. Eine Übertragung des Anfechtungsrechts dürfte nicht zulässig sein, ebensowenig eine Pfändung (Herzfelder Erl. 3 zu § 2341).

5. **Wird das Anfechtungsrecht von einer Person ausgeübt, die nicht unmittelbar, sondern erst hinter anderen an Stelle des Unwürdigen berufen ist,** so fällt die Erbschaft infolge der Anfechtung nicht an den Anfechtenden, sondern an den nach dem Unwürdigen Nächstberufenen (§ 2344 Abs. 2). Es deckt sich mithin das formelle Klagerecht nicht mit dem materiellen Erbrechte, worin ein Gegengewicht gegen die weite Ausdehnung des Kreises der Anfechtungsberechtigten liegt (vgl. Endemann III § 82 Anm. 21, 22).

§ 2342.

E. I § 2047; II § 2207 verb. § 2316; III § 2315. P. I E. 10584 ff., 10593 ff.; M. V E. 521 f. P. II Bd. 5 E. 645.

1. **Die Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit erfolgt nach § 2342 im Wege einer Anfechtungsklage,** wie regelmäßig auch die Anfechtung der Ehe oder der Ehelichkeit eines Kindes (§§ 1341, 1596), nicht durch bloße Anfechtungserklärung wie die Anfechtung in den Fällen der §§ 143, 1342, 1597, 2081. Soweit die Erhebung einer Widerklage prozessualisch zulässig ist (vgl. CPO. §§ 33, 278—280, 506, 509), kann auch die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit durch Widerklage erfolgen, was insbesondere gegenüber der Erbschaftsklage (§§ 2018 ff.) von Bedeutung ist. Dagegen ist die einredeweise Geltendmachung der Unwürdigkeit, soweit es sich um den Erbschaftserwerb handelt, ausgeschlossen; anders gegenüber unwürdigen Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmern (Erl. 1 zu § 2345; vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 383 Anm. 6). Ist die Widerklage nicht zulässig, so kann der Geltendmachung der Erbunwürdigkeit dadurch Raum gegeben werden, daß die Verhandlung über die Klage des andern Teiles nach CPO. § 148 ausgesetzt wird. Ein Recht auf die Aussetzung entsprechend den in den §§ 151 ff.

§. 2343. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat.

---

der CPO. für den Fall des Streites über die Nichtigkeit einer Ehe ꝛc. gegebenen Vorschriften hat der Beklagte nicht (a. A. anscheinend Hellwig). Die Aussetzung ist daher auch nur zulässig, wenn die Erbunwürdigkeitsklage bereits anhängig ist. Der Klagantrag ist dahin zu stellen, daß der Beklagte für erbunwürdig erklärt werde. Die Frage, ob das dem Antrage stattgebende Urteil nur deklaratorischer oder konstitutiver Natur ist, dürfte mit den M. (V S. 522; vgl. auch Frommhold Anm. 1 zu § 2344) gegen Hellwig (Anspruch und Klagrecht S. 469) im ersteren Sinne zu entscheiden, im Hinblick auf die Vorschriften des § 2342 Abs. 2, § 2344 übrigens kaum von praktischer Bedeutung sein.

2. **Passiv legitimiert (Anfechtungsgegner) ist der unwürdige Erbe,** ev. sein Gesamtrechtsnachfolger, nicht dagegen der Erbschaftskäufer oder der Erwerber eines Erbteils (§§ 2033, 2037), auch nicht der Dritte, dem die Handlung des Unwürdigen zustatten kommt.

3. **Ihrem Ziele nach ist die Erbunwürdigkeitsklage vermögensrechtlicher Natur.** Es ist daher sachlich je nach der Höhe der Erbschaft bzw. des dem Unwürdigen angefallenen Erbteils das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, nicht etwa ausschließlich das Landgericht (GVG. § 23 Nr. 1, § 70). Örtlich dürfte neben dem allgemeinen Gerichtsstande des Unwürdigen auch der Gerichtsstand der Erbschaft (CPO. § 27) gegeben sein, da die Anfechtungsklage einer Klage auf „Feststellung des Erbrechts" nahe verwandt ist; so auch Hellwig a. a. O. S. 463 Anm. 18. Die in den M. V S. 524 offen gelassene Frage, ob die Unwürdigkeitsklage mit der Erbschaftsklage (§§ 2018 ff.) verbunden werden kann, muß verneint werden, weil die letztere das Erbrecht des Klägers zur Voraussetzung hat, das erst mit der Rechtskraft des auf die Unwürdigkeitsklage ergehenden Urteils, wenn auch rückwirkend, festgestellt wird (so auch Frommhold Anm. 6).

4. Der Satz, **daß die Wirkung der Anfechtung (§ 2344) erst mit der Rechtskraft des Urteils eintritt,** durch das der Erbe für unwürdig erklärt wird, ist im Abs. 2 ausgesprochen. Hinsichtlich der Frage, wem gegenüber das rechtskräftige Urteil wirkt, muß zwischen dem der Anfechtungsklage stattgebenden und dem klagabweisenden Urteil unterschieden werden. Für das erstere ist aus § 2344 Abs. 2 zu folgern, daß es zwar nicht für und gegen alle, wohl aber zugunsten aller Anfechtungsberechtigten wirkt (Wilke Anm. 2 zu § 2341). Für das abweisende Urteil dagegen ist an dem allgemeinen Grundsatze festzuhalten, nach welchem die Wirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Prozeßparteien beschränkt bleibt. Die Meinung von Wilke, daß das abweisende Urteil allen Anfechtungsberechtigten wenigstens dann entgegenstehe, wenn der Nächstberechtigte geklagt hat, dürfte sich nicht rechtfertigen lassen.

Der rechtskräftigen Feststellung der Erbunwürdigkeit durch Urteil steht nicht gleich die in öffentlicher Urkunde erfolgende Anerkennung der Erbunwürdigkeit von seiten des Erbunwürdigen (Rspr. Bd. 14 S. 310).

§ 2343.

E. I § 2050; II § 2208 rev. § 2317; III § 2316. P. I S. 10601 ff., 11396 f.; M. V S. 524 f. P. II Bd. 5 S. 649.

1. Übereinstimmend mit einem Teile des bisherigen Rechtes, insbesondere dem sächs. GB. § 2279 (vgl. im übrigen M. V S. 524; Endemann III § 82 Anm. 5) **schließt das BGB. die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit aus, wenn der Erblasser dem Unwürdigen verziehen hat.** Die Vorschrift gilt für alle Erbunwürdigkeitsgründe, auch für diejenigen, bei denen der Gesichtspunkt der Strafe im Vordergrunde steht (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1; s. Vorbm. 2). Die Verzeihung ist auch im Falle der Tötung möglich, indem der tödlich Verletzte vor seinem Tode die Verzeihung erklärt (Strohal I § 60 Anm. 10). Die Vorschrift entspricht den Bestimmungen über die Wirkung der Verzeihung hinsichtlich des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undankes, hinsichtlich des Scheidungsrechts und des Rechtes auf Entziehung des Pflichtteils (§§ 532, 1570, 2337). Die Beweislast für die erfolgte Verzeihung trifft den Erbunwürdigen. Wegen der sonstigen in Betracht kommenden Fragen (rechtliche Natur, Form der Verzeihung ꝛc.) kann auf die Erl. zu den eben genannten Paragraphen verwiesen werden.

2. **Der Anfechtungsberechtigte kann durch Vertrag mit dem Erbunwürdigen auf die Anfechtung verzichten,** sofern dieser Vertrag nicht nach den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstößt und daher nach § 138 nichtig ist. Die M. V S. 525 schreiben einem

§. 2344. Ist ein Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt.

Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Eintritte des Erbfalls erfolgt.

---

solchen Vertrage nur obligatorische Wirkung zu, so daß die Anfechtung trotz des Verzichts zur Erbunwürdigkeitserklärung führen, dem Anfechtenden aber bei der demnächstigen Geltendmachung des Erbschaftsanspruchs eine Einwendung aus dem Verzichte soll entgegengesetzt werden können. Es dürfte jedoch richtiger sein, dem Verzichtsvertrage die stärkere Wirkung beizulegen, daß die Anfechtungsklage des Verzichtenden abzuweisen ist. Selbstverständlich steht der mit einem Anfechtungsberechtigten, sei es auch der nächste, geschlossene Verzichtsvertrag dem Anfechtungsrechte der übrigen Berechtigten nicht entgegen (vgl. Böhm S. 17; Frommhold Anm. 7).

§ 2344.

E. I § 1972, § 2048 Abs. 1; II § 2209 rev. § 2318; III § 2317. P. I S. 10595 ff.; M. V S. 376, 522 f. P. II Bd. 5 S. 483, 647 ff.

1. Im § 2344 wird die **Wirkung der Erbunwürdigkeitserklärung** durch entsprechende Sätze geregelt, wie sie nach § 1953 Abs. 1, 2 für den Fall der Ausschlagung gelten. Der Anfall der Erbschaft an den Unwürdigen gilt als nicht erfolgt; die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Unwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Die Wirkung tritt erst mit der Rechtskraft des die Erbunwürdigkeit aussprechenden Urteils ein (§ 2342 Abs. 2), es findet jedoch bei der Ausschlagung eine Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des Erbfalls statt, die der Fiktion des früheren Versterbens des unwürdigen Erben entspricht. Diese Rückbeziehung tritt auch dann ein, wenn die unwürdig machende Handlung (in den Fällen des § 2339 Abs. 1 Nr. 4) erst nach dem Erbfalle begangen ist. Der an die Stelle des Erbunwürdigen Tretende ist je nach Lage des Falles der gesetzliche Erbe, ein neben oder nach dem Unwürdigen berufener anderer gesetzlicher Erbe, ein Ersatzerbe oder ein Anwachsungsberechtigter. Als Ersatzerben kommen unter Umständen auch ohne ausdrückliche Einsetzung die Abkömmlinge des Erbunwürdigen in Betracht (§ 2069). In Ermangelung jedes anderen Erben fällt die Erbschaft nach § 1936 an den Fiskus (vgl. die Vorbm. 1). Für den Anfall der Erbschaft an den nach § 2344 Abs. 2 Berufenen ist es ohne Bedeutung, welcher Anfechtungsberechtigte die Erbunwürdigkeitsklage erhoben hat, ob der nächste oder ein entfernterer und ob von mehreren gleich nahen nur einer oder alle.

2. **Der Satz, daß der Anfall an den Erbunwürdigen als nicht erfolgt gilt,** ist nach jeder Richtung durchzuführen. Ein vermöge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenes Rechtsverhältnis gilt als nicht erloschen (vgl. §§ 1976, 2143, 2175). Der Unwürdige wird ferner von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei, selbst wenn er das Recht auf Beschränkung der Haftung verloren hatte (P. II Bd. 5 S. 648). Auch die in den Fällen der Haftungsbeschränkung bestehende besondere Haftung aus der Verwaltung des Nachlasses bzw. der Besorgung erbschaftlicher Geschäfte (§§ 1978 ff.) fällt weg, da sie zur Voraussetzung hat, daß der Haftende endgültig Erbe bleibt. Dagegen wird anzunehmen sein, daß der wegfallende Erbe wie im Falle der Ausschlagung (§ 1959 Abs. 1) so auch nach erfolgter Erbunwürdigkeitserklärung für die bis dahin vorgenommene Besorgung erbschaftlicher Geschäfte dem an seine Stelle tretenden Erben wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet ist (vgl. Erl. 3 zu § 1959). Eine Besonderheit gegenüber dem Grundsatze des § 2344 Abs. 1 liegt darin, daß der für erbunwürdig Erklärte bei der Berechnung des Pflichtteils anderer Personen mitgezählt wird (§ 2310 Satz 1).

3. **Der an Stelle des Unwürdigen eintretende Erbe kann die Erbschaft auch dann ausschlagen,** wenn er selbst die Anfechtungsklage erhoben hat. Der E. I hatte dem Anfechtenden die Ausschlagungsbefugnis abgesprochen, weil es nicht zulässig sei, an die Stelle eines schwebenden Verhältnisses ein anderes schwebendes Verhältnis zu setzen (M. V S. 523). Der Anfechtung des Erbschaftserwerbes seitens des Unwürdigen sollte daher wie nach § 1957 Abs. 1 der Anfechtung der eigenen Ausschlagungserklärung durch zwingende Vorschrift die Bedeutung einer Annahmeerklärung beigelegt werden. Im E. II ist diese Vorschrift aus praktischen Erwägungen

gestrichen worden (P. II Bd. 5 S. 648). Auch eine pro herede gestio wird man in der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit regelmäßig nicht finden können. Das Verhältnis liegt hier anders wie in dem in Erl. 1 b zu § 2080 erörterten Falle, weil hier auch derjenige zur Anfechtung befugt ist, welchem der Wegfall des Erbunwürdigen nur mittelbar zustatten kommt.

4. **Die Vorschriften des § 2344 gelten auch bei Unwürdigkeit eines Nacherben.** Ist diesem gegenüber die Anfechtung schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge erfolgt (§ 2340 Abs. 2 Satz 2), so wird der Anfall der Erbschaft an den Nacherben (§ 2139) durch das rechtskräftige Urteil verhindert, anderenfalls wird der Anfall rückgängig gemacht. Übrigens wird durch die Erbunwürdigkeitserklärung des Nacherben auch der sog. Voranfall an diesen (Erl. 2 zu § 2108) mit allen seinen Wirkungen aufgehoben. Es treten daher, wenn der für unwürdig erklärte Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge stirbt, nicht gemäß § 2108 Abs. 2 seine Erben ein und es ist auch die Auffassung ausgeschlossen, als ob etwa, wenn der Unwürdige am Leben bleibt, in entsprechender Anwendung des § 2108 Abs. 2 diejenigen Personen an seine Stelle treten könnten, welche im Zeitpunkte des Eintritts der Rechtskraft des die Unwürdigkeit aussprechenden Urteils seine Erben sein würden. Vielmehr fällt der unwürdige Nacherbe gänzlich weg und die Erbschaft verbleibt dem Vorerben, soweit nicht der Erblasser eine abweichende Bestimmung getroffen hat.

5. Zweifelhaft ist, **ob während der Dauer des Anfechtungsprozesses die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft erfolgen kann.** Die Frage wird, obwohl der Wortlaut des § 1960 den in Rede stehenden Fall nicht direkt trifft, grundsätzlich zu bejahen sein. Da durch die Erhebung der Anfechtungsklage in Frage gestellt wird, wem die Erbschaft endgültig anfällt, so wird man sagen können, daß bis zur Erledigung des Anfechtungsstreits unbekannt ist, wer der Erbe ist. (A. A. Herzfelder Erl. 5 zu § 2344.) Es ist daher während dieser Zeit Raum für einen Vertreter desjenigen, „welcher Erbe wird". Die Bestellung eines Nachlaßpflegers ist aber gemäß dem allgemeinen Grundsatze des § 1960 nur zulässig, soweit ein Bedürfnis besteht. Wenn also der mit der Anfechtungsklage belangte Erbe sich des Nachlasses annimmt und durch seine Verwaltung nicht die Interessen des möglicherweise an seine Stelle tretenden Erben verletzt, kann ihm Besitz und Verwaltung des Nachlasses nicht gegen seinen Willen entzogen werden. Kümmert sich dagegen der Beklagte nicht um den Nachlaß oder kann er dies nicht (z. B. wegen gefänglicher Einziehung) oder mißbraucht er in der Voraussicht eines ihm ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits seine Erbenstellung, so hat das Nachlaßgericht von Amts wegen für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen und dazu nötigenfalls einen Nachlaßpfleger zu bestellen. Daneben besteht natürlich die Befugnis des Prozeßgerichts, auf Antrag des Klägers im Wege der einstweiligen Verfügung nach CPO. §§ 935 ff. Sicherungsmaßregeln anzuordnen.

6. **Besondere Vorschriften über den Schutz Dritter, die sich mit dem für unwürdig erklärten Erben in Rechtsgeschäfte eingelassen haben,** sind nicht getroffen worden. Die für den Fall der Ausschlagung geltenden Vorschriften des § 1959 Abs. 2, 3 (vgl. auch § 1344) können wegen ihres positiven Charakters auf die Erbunwürdigkeit nicht übertragen werden. Die M. V S. 602, vgl. auch P. II Bd. 5 S. 728, halten besondere Schutzvorschriften wegen der geringen praktischen Bedeutung der Erbunwürdigkeit für entbehrlich. Der Dritte muß sich also durch das Verlangen der Vorlegung eines Erbscheins oder, wenn er Nachlaßschuldner ist, nach der Erhebung der Anfechtungsklage durch Hinterlegung der Leistung zu sichern suchen. Auch schon vor Erhebung der Anfechtungsklage dürfte der Schuldner unter Umständen für berechtigt zu erachten sein, zu hinterlegen, weil er infolge der Tatsache der Erbunwürdigkeit und der dadurch begründeten Möglichkeit der Anfechtung nicht mit Sicherheit an den Erbunwürdigen leisten kann (§ 372). Hat er an den Erbunwürdigen geleistet, so wird er dadurch, wenn später die Erbunwürdigkeitserklärung erfolgt, dem infolge davon eintretenden Erben gegenüber nicht befreit, weil dieser nach § 2344 als Erbe von Anfang an angesehen wird. Er hat sich an den Erbunwürdigen zu halten und ist von diesem das Geleistete mit der Bereicherungsklage zurückzufordern berechtigt. Der Erbunwürdige haftet nach § 819, da die sämtlichen Erbunwürdigkeitsgründe von der Art sind, daß der Erbunwürdige einen ihn überhaupt treffenden Grund auch schon bei der Leistung an ihn gekannt hat (Windscheid-Kipp III § 674 Zusatz 1; vgl. § 142 Abs. 2). Nach der Erhebung der Erbunwürdigkeitsklage kann die Hinterlegungsbefugnis keinenfalls von einem besonderen gerichtlichen Zahlungsverbot abhängig gemacht werden (a. A. anscheinend Böhm S. 16). Daß der Schutz des Erbscheins (§ 2366) sich auch auf den Fall erstreckt, wenn der in dem Erbschein als Erbe Bezeichnete wirklich Erbe ist, demnächst aber für erbunwürdig erklärt wird, ist nach dem Gedanken jener Vorschrift trotz des engeren Wortlauts nicht zu bezweifeln.

§. 2345. Hat sich ein Vermächtnißnehmer einer der im §. 2339 Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht, so ist der Anspruch aus dem Vermächtniß anfechtbar. Die Vorschriften der §§. 2082, 2083, des §. 2339 Abs. 2 und der §§. 2341, 2343 finden Anwendung.

Das Gleiche gilt für einen Pflichttheilsanspruch, wenn der Pflichttheilsberechtigte sich einer solchen Verfehlung schuldig gemacht hat.

---

§ 2345.

G. I §§ 1874, 2049; II § 2210 rev. § 2319; III § 2318. P. I S. 9499 f., 10595 ff., 10603 f.; M. V S. 189, 523 f. P. II Bd. 5 S. 220, 649; Bd. 6 S. 321.

1. Nach § 2345 **können auch Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte, die nur einen persönlichen erbrechtlichen Anspruch haben, dieses Anspruchs durch Unwürdigkeit verlustig gehen.** Auch bei ihnen wirkt jedoch die Unwürdigkeit nicht kraft Gesetzes, sondern begründet nur für gewisse andere Personen ein Anfechtungsrecht, durch dessen Ausübung der Anspruch des Unwürdigen entkräftet wird. Die Unwürdigkeitsgründe sind dieselben wie bei der Erbunwürdigkeit im engeren Sinne (§ 2339 Abs. 1), und auch sonst gelten hinsichtlich der Voraussetzungen entsprechende Rechtssätze (Abs. 1 Satz 2; s. Erl. 2). Dagegen erfolgt die Durchführung der Anfechtung auf einem anderen Wege als gegenüber dem unwürdigen Erben. Wie sich aus dem Mangel des Zitats des § 2342 ergibt, bedarf es nicht der Erhebung einer Anfechtungsklage, vielmehr erfolgt die Anfechtung entweder mittels einer Anfechtungserklärung nach § 143 oder im Wege der Einrede gegenüber der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs. Die Anfechtungserklärung ist gemäß § 143 Abs. 4 gegenüber dem unwürdigen Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmer abzugeben (Wilke, Frommhold Anm. 2), nicht, wie Endemann (III § 82 Anm. 26) annimmt, gegenüber dem Nachlaßgericht. Ist auf Grund des anfechtbaren Anspruchs bereits eine Leistung erfolgt, so findet die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung statt (M. V S. 523). In betreff der Anwendbarkeit des § 819 gilt das in der Erl. 6 zu § 2344 Gesagte.

Zweifelhaft ist, ob es noch einer besonderen Anfechtung bedarf, wenn der Vermächtnisnehmer oder der Pflichtteilsberechtigte zugleich Erbe ist, was im Falle eines Vorausvermächtnisses oder der actio suppletoria nach § 2305 vorkommen kann (vgl. auch §§ 2316 Abs. 2, 2326, 2329), und die Anfechtung des Erbschaftserwerbes nach §§ 2340, 2342 erfolgt ist. Die Frage wird in der Regel zu verneinen sein, wenn nicht etwa die Anfechtungsberechtigung eine verschiedene oder aus besonderen Gründen anzunehmen ist, daß die Anfechtung sich nach dem Willen des Anfechtenden nur auf den Erbschaftserwerb hat beziehen sollen (a. A. Herzfelder Erl. 5 zu § 2344).

Auch der Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils fällt unter die Vorschrift des § 2345, und zwar nicht nur dann, wenn er sich gegen den Erben, sondern auch dann, wenn er sich gegen den Beschenkten richtet (Herzfelder Erl. 6 zu § 2345).

2. **Die Anwendung der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Vorschriften, die übrigens teilweise nur eine entsprechende sein kann, führt zu folgenden Ergebnissen:**

a) Anfechtungsberechtigt ist jeder, dem der Wegfall des unwürdigen Vermächtnisnehmers oder Pflichtteilsberechtigten, sei es auch nur bei dem Wegfall eines anderen, zustatten kommt (§ 2341). Insbesondere steht hiernach das Anfechtungsrecht dem Beschwerten zu, aber auch ein Ersatzbedachter und ein Anwachsungsberechtigter kommt in Betracht. Auch gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten ist nicht ausschließlich der belastete Erbe anfechtungsberechtigt, sondern z. B. auch ein Vermächtnisnehmer, der nach § 2318 eine Kürzung erleiden würde (vgl. P. II Bd. 6 S. 321, nach welcher Stelle die abweichende frühere Stelle P. II Bd. 5 S. 649 keine Bedeutung mehr hat).

b) In den Fällen des § 2339 Abs. 1 Nr. 3, 4 tritt keine Unwürdigkeit ein, wenn vor dem Erbfalle die Verfügung von Todes wegen, zu deren Errichtung der Erblasser widerrechtlich bestimmt oder in Ansehung deren die Urkundenfälschung ꝛc. begangen worden ist, unwirksam geworden ist, oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde (§ 2339 Abs. 2).

c) Die Anfechtung ist ausgeschlossen bei Verzeihung seitens des Erblassers (§ 2343).

d) Wie für die Anfechtung des Erbanfalls (§ 2340 Abs. 3) gelten auch für die Anfechtung des Anspruchs eines unwürdigen Vermächtnisnehmers oder Pflichtteilsberechtigten die gleichen Fristen wie für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung (§ 2082). Die Anfechtung muß

daher innerhalb eines Jahres seit erlangter Kenntnis von dem Anfechtungsgrund und längstens binnen dreißig Jahren seit dem Erbfall erfolgen. Auf die einjährige Frist sind die für die Hemmung bzw. Nichtvollendung der Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechend anwendbar.

c) Der mit dem Vermächtnis- bzw. Pflichtteilsanspruche Beschwerte hat das Recht, die Leistung zu verweigern, auch wenn die Anfechtung wegen Fristablaufs ausgeschlossen ist (§ 2083).

3. Die Anfechtbarkeit des Vermächtnisses wegen Unwürdigkeit trifft auch die Schenkung von Todes wegen, wenn diese nach § 2301 Abs. 1 als Vermächtnis zu behandeln ist. Nicht minder gilt sie für die sog. gesetzlichen Vermächtnisse, nämlich den Voraus des überlebenden Ehegatten (§ 1932) und den Unterhaltsanspruch der Familienangehörigen (§ 1969). Für den ersteren Fall ist die Anfechtbarkeit allerdings nur von geringer praktischer Bedeutung, weil das Recht auf den Voraus davon abhängt, daß der Ehegatte gesetzlicher Erbe ist, und daher mit dessen Erbunwürdigkeitserklärung (§ 2342) ohne weiteres hinfällig wird. Eine Anfechtung des Rechtes auf den Voraus wird daher nur dann stattfinden, wenn etwa der unwürdige Ehegatte den Erbteil ausschlägt, aber den Voraus geltend machen will oder wenn es den Verwandten des Verstorbenen nicht auf den Erbteil, sondern nur auf die den Voraus bildenden Gegenstände, z. B. sog. Familienerbstücke, ankommt. Vgl. übrigens betreffs der Unwürdigkeit mit Bezug auf den ehelichen Voraus auch Erl. 2d zu § 2311.

Über die Frage, ob der § 2345 auf die Fälle entsprechend anzuwenden ist, in welchen demjenigen, welchen der Wegfall einer Verfügung unmittelbar zustatten kommt, die in den §§ 2080, 2194 bezeichneten Rechte zustehen, s. Erl. 5 zu § 2340.

Siebenter Abschnitt.

Erbverzicht.

Märker, Nachlaßbehandlung, S. 213 f.; Jastrow, Formularbuch II S. 323 ff.; Ofenstätter in Z. d. DNotVer. 28. Jahrg. S. 130 ff.; Cohn, Erlaß und Verzicht nach BGB. in Gruch. Bd. 47 S. 221 ff.

1. Durch den Erbverzicht, den das BGB. nach dem Vorgange des gem. Rechtes und der meisten bisherigen Landesrechte aufgenommen hat, kann zunächst eine Änderung der gesetzlichen Erbfolge herbeigeführt werden (§ 2346 Abs. 1). Der Erbverzicht ist aber auch in Beschränkung auf das Pflichtteilsrecht zugelassen, und endlich ist die Möglichkeit eines Verzichts auf eine letztwillige oder vertragsmäßige Zuwendung anerkannt (§ 2346 Abs. 1, § 2352).

2. Der Erbverzicht erfolgt durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem künftigen Erben bzw. Bedachten. Dieser Vertrag hat keinen obligatorischen, sondern einen erbrechtlichen Charakter; seine Wirkung besteht in der unmittelbaren Änderung der Berufung zur Erbfolge bzw. darin, daß ein Pflichtteils- oder Vermächtnisanspruch bei dem Eintritte des Erbfalls überhaupt nicht zur Entstehung kommt. Der Erbverzicht ist hiernach einerseits von der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses zu unterscheiden, die erst nach dem Erbfalle möglich ist und das zunächst zur Entstehung gelangte Erbrecht oder Vermächtnisrecht mit Rückwirkung aufhebt. Andererseits unterscheidet er sich von dem Vertrage, der bei Lebzeiten des Erblassers unter den künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird (§ 312 Abs. 2). Ein solcher Vertrag hat stets nur obligatorische Wirkung; eine unmittelbare Änderung der Erbfolge kann durch Vertrag unter den künftigen Erben ohne Mitwirkung des Erblassers nicht herbeigeführt werden, auch nicht mittels einer Übertragung des künftigen Erbteils gemäß § 2033 (s. Erl. 6 zu § 312, Erl. 2c zu § 2033; a. A. Strohal I § 59 Anm. 7, der in dem Falle des § 312 Abs. 2 die dingliche Übertragung des künftigen Erbteils für zulässig hält, weil der § 312 Ausnahmerecht enthalte. Die Ausnahme bezieht sich indessen nur auf die Regel des § 312 Abs. 1, nicht auf die allgemeinen Grundsätze über die Übertragung des Erbteils und des Pflichtteils). Auf der anderen Seite enthält der Erbverzicht nicht eine

Verfügung von Todes wegen, er gehört insbesondere nach dem Systeme des BGB. nicht zu den Erbverträgen, denen er in der bisherigen Lehre meist begrifflich untergeordnet wurde (vgl. Erl. 1 zu § 1941). Der E. I wollte allerdings das Wesen des Erbverzichts darin finden, daß der Erblasser unter Zustimmung des Verzichtenden eine Änderung der gesetzlichen Erbfolge herbeiführe, und stellte daher nicht den Verzichtenden, sondern den Erblasser in den Vordergrund (M. V S. 471). Dies entspricht jedoch weder der natürlichen Auffassung, die schon in der Bezeichnung des Instituts als „Erbverzicht" zum Ausdrucke kommt, noch, wie die Motive selbst anerkennen, dem bisherigen Rechte. Die zweite Kommission hat daher diese auch in der Literatur (Gierke, Der Entw. S. 545f.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 633ff.) mißbilligte Auffassung aufgegeben und, ohne ihrerseits zu der Konstruktionsfrage Stellung zu nehmen, insbesondere für den Erblasser die absolute Unzulässigkeit der Vertretung beseitigt, die sich aus der Grundauffassung des E. I notwendig ergab (vgl. P. II Bd. 5 S. 599).

3. **Aus der Vertragsnatur des Erbverzichts folgt, daß die allgemeinen Grundsätze über Verträge darauf Anwendung finden,** soweit sich nicht aus der erbrechtlichen Natur des Erbverzichts und den besonderen Vorschriften dieses Titels Abweichungen ergeben. Solche Abweichungen bestimmen in betreff der Geschäftsfähigkeit der § 2347 und in betreff der Form der § 2348. In betreff der Willensmängel finden aber die Vorschriften der §§ 116ff. Anwendung. Insbesondere ist auch eine Anfechtung wegen Irrtums nur nach Maßgabe des § 119 zulässig. Eine entsprechende Anwendung der für letztwillige Verfügungen und Erbverträge geltenden Vorschriften des § 2078 dürfte sich nicht rechtfertigen lassen. (Über die Frage der Anfechtung eines gegen Abfindung geschlossenen Erbverzichts s. Erl. 4.)

Die Hinzufügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung ist wie bei anderen Verträgen auch bei dem Erbverzichte zulässig. Die Hinzufügung einer Zeitbestimmung hat die Bedeutung, daß der Erbverzicht nur wirksam wird, wenn der Erbfall vor der bestimmten Zeit eintritt, bzw. seine Wirksamkeit verliert, wenn der Erbfall zu der bestimmten Zeit noch nicht eingetreten ist.

4. **Der Erbverzicht ist ein abstraktes Rechtsgeschäft.** Er trägt seine causa in sich selbst; sie besteht in der Änderung der erbrechtlichen Vorschriften über die Erbfolge. Der Erbverzicht ist also ein erbrechtliches Rechtsgeschäft eigener Art. Seine rechtliche Natur wird durch die Veranlassung und durch die Motive, welche zu seinem Abschlusse geführt haben, nicht geändert. Er kann unentgeltlich oder, was regelmäßig der Fall sein wird, gegen eine Abfindung geschlossen werden. Im ersteren Falle liegt keine Schenkung, überhaupt keine unentgeltliche Zuwendung vor. Eine Anfechtung von seiten der Gläubiger oder des Konkursverwalters findet daher nicht statt (Strohal I § 59 V Anm. 34; Dernburg V § 104 Anm. 5).

Zweifelhaft und bestritten ist die Frage, wie das Verhältnis zu beurteilen ist, wenn der Erbverzicht gegen eine Abfindung geschlossen ist. Es liegt nahe, in einem solchen Falle einen einheitlichen gegenseitigen Vertrag anzunehmen. Dies entspricht indessen nicht der Natur des Erbverzichts, wie dieser von dem BGB. aufgefaßt wird, und die Vorschriften der §§ 320ff. können keine Anwendung finden, weil sie sich nur auf obligatorische Verträge beziehen. Auch wenn der Erbverzicht gegen Abfindung erfolgt, liegen zwei nebeneinander bestehende selbständige Verträge vor. Die nach der Absicht der Parteien stattfindende Verbindung beider Verträge kann aber nicht unbeachtet bleiben. Unzweifelhaft können die Parteien jeden der Verträge unter der Bedingung schließen, daß auch der andere Vertrag wirksam sei. Dann hat die Unwirksamkeit des einen Vertrags die Unwirksamkeit des anderen Vertrags wegen Nichteintritts der Bedingung, unter welcher er abgeschlossen wurde, ohne weiteres zur Folge. Die Bedingung braucht nicht ausdrücklich, sie kann auch stillschweigend erklärt sein. Erforderlich ist nur, daß beide Teile mit der Bedingung einverstanden sind. Sollte nur der eine Teil sie gewollt haben, so ist ein Vertrag wegen mangelnder Übereinstimmung überhaupt nicht zustande gekommen. Es fragt sich nun aber, ob und eventuell in welcher Art der Absicht der Parteien Rechnung zu tragen ist, wenn diese an eine eigentliche Bedingung nicht gedacht haben. Zwei Wege werden in Vorschlag gebracht. Nach dem einen soll dem Verzichtenden, wenn der Abfindungsvertrag unwirksam ist, eine condictio auf Aufhebung des Erbverzichts zustehen (Endemann III § 64 a. E.). Abgesehen indessen davon, ob die Voraussetzungen des § 812 vorliegen, ob man also sagen kann, daß der Erblasser durch den Erbverzicht etwas auf Kosten des Verzichtenden ohne rechtlichen Grund erlangt hat, so entstehen schwer lösbare Schwierigkeiten, wenn die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrags erst nach dem Tode des Erblassers geltend gemacht wird. Ein Anspruch auf Aufhebung des Erbverzichts ist dann nicht mehr möglich. An dessen Stelle müßte ein Anspruch des Verzichtenden gegen die Erben treten, der auf Anerkennung seines Erbrechts in demjenigen Umfange gerichtet

wäre, in welchem es ohne den Erbverzicht bestanden hätte. Ein solcher Anspruch als Inhalt der condictio dürfte sich aber schwerlich mit den für diese geltenden allgemeinen Grundsätzen vereinigen lassen. Von anderer Seite wird dem Verzichtenden statt der condictio ein Anfechtungsrecht gegeben (Strohal I § 59 Anm. 6; V 1). Die Anfechtung soll während des Lebens des Erblassers diesem gegenüber, nach seinem Tode in Gemäßheit des § 2081 erfolgen. Die Anfechtungsfrist soll sich während des Lebens des Erblassers nach § 2283 bestimmen, nach dessen Tode aber der § 2082 zur entsprechenden Anwendung kommen. Vielleicht lasse sich auch die Ansicht rechtfertigen, daß während des Lebens des Erblassers überhaupt keine Frist bestehe. Gerechtfertigt wird diese Ansicht dadurch, daß man in Ermangelung einer condictio nur auf diesem Wege der Absicht des Verzichtenden, der für den Fall der Unwirksamkeit des Abfindungsvertrags den Erbverzicht nicht gewollt habe, gerecht werden könne. Ob diese Erwägung genügt, eine neue dem BGB. unbekannte Anfechtung zu rechtfertigen, erscheint doch in hohem Grade zweifelhaft.

Es fragt sich bei den Bedenken, die jedem der fraglichen Wege entgegenstehen, ob es in dem vorausgesetzten Falle überhaupt notwendig ist, dem Verzichtenden eine besondere Hilfe zu gewähren. Ist der Erbverzicht gegen eine Abfindung erfolgt, so bedeutet dies, daß der Verzichtende den Verzicht nur gewollt hat, wenn auch der Abfindungsvertrag wirksam ist. In einem solchen Falle dürfte es sich aber rechtfertigen, immer eine stillschweigende Bedingung anzunehmen. Wenn Dernburg V § 104 Anm. 6 dies nur als Regel anerkennt, daneben aber die Möglichkeit einer anderen Absicht der Parteien annimmt, so dürfte dies mit der Voraussetzung, daß der Erbverzicht gegen Abfindung geschlossen sei, nicht vereinbar sein. Gegen Abfindung ist der Erbverzicht nur geschlossen, wenn die Parteien seinen Bestand von dem Bestande des Abfindungsvertrags haben abhängig machen wollen. Dann liegt, wie gesagt, eine stillschweigende Bedingung vor, und hiermit ist, wie oben hervorgehoben, dem Interesse des Verzichtenden vollständig Genüge geschehen. Besteht aber eine solche Absicht der Parteien nicht, so ist der Verzicht eben nicht gegen Abfindung geschlossen, und jeder der beiden Verträge ist ohne Rücksicht auf den anderen wirksam. Dem Verzichtenden dann doch noch für den Fall der Unwirksamkeit des Abfindungsvertrags eine Hilfe zu gewähren, liegt kein Grund vor.

In dem Bisherigen ist zunächst nur der Fall ins Auge gefaßt, wie dem Verzichtenden zu helfen ist, wenn der Abfindungsvertrag nicht wirksam ist. Prinzipiell aber ebenso zu beurteilen ist der Fall, daß der Abfindungsvertrag zwar an sich wirksam, der Erbverzicht aber unwirksam ist. Dem Verzichtenden ist die Abfindung nur zugesagt für den Fall, daß der Erbverzicht wirksam sei. Tritt diese Bedingung nicht ein, so hat der Verzichtende keinen Anspruch auf die zugesagte Abfindung. Zu beachten ist hierbei, daß der Erbverzicht nicht schon deshalb als unwirksam betrachtet werden kann, weil die durch den Verzicht beabsichtigten Folgen ohne Rücksicht auf den Verzicht aus anderen Gründen eingetreten sind. Ist z. B. von dem einzigen Sohne des Erblassers ein Erbverzicht gegen Abfindung geschlossen, ist der Sohn dann aber vor dem Erblasser gestorben und die Erbschaft an diejenigen gefallen, welche, wenn der Sohn nicht vor dem Erbfalle gestorben wäre, infolge seines Verzichts Erben geworden wären, so ist der Erbverzicht, obwohl er gar nicht in Frage gekommen ist, doch nicht als unwirksam in dem hier fraglichen Sinne zu betrachten. Mit dem Abschlusse des Erbverzichtsvertrags ist die Bedingung, unter welcher die Abfindung zugesagt war, erfüllt und spätere Umstände können daran nichts mehr ändern (Strohal I § 59 V 1).

Die obigen Ausführungen beziehen sich nur auf den Fall, daß der eine oder der andere der beiden Verträge unwirksam ist, nicht aber auf den Fall, daß der an sich wirksame Vertrag nicht erfüllt wird. Bei dem Erbverzichte kommt dies nicht in Frage, weil bei ihm nichts zu erfüllen ist. Anders liegt die Sache bei dem Abfindungsvertrag. Ist hier die Leistung, mit welcher der Verzichtende abgefunden werden soll, nicht unmittelbar erfolgt, sondern nur versprochen und erfolgt dann später nicht, so fragt es sich, ob dies dem Falle gleichzustellen ist, daß der Abfindungsvertrag unwirksam ist. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Man würde, wenn man die Nichterfüllung des Abfindungsvertrags überhaupt berücksichtigen wollte, jedenfalls unterscheiden müssen, ob die Nichterfüllung auf einem Verschulden des Verpflichteten beruht oder nicht, und man würde dann vielleicht die §§ 323 ff. wenigstens teilweise zur entsprechenden Anwendung bringen können. Richtiger aber dürfte es sein, bei dem einfachen Satze stehen zu bleiben, daß mit dem Abschluß eines gültigen Abfindungsvertrags das beabsichtigte Entgelt für den Abfindungsvertrag vollständig geleistet sei und daß die späteren Schicksale des Abfindungsvertrags für die Frage, ob die Bedingung, unter der der Erbverzicht geschlossen wurde, nicht mehr in Betracht kommt.

§. 2346. Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers können durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten. Der Verzichtende ist von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte; er hat kein Pflichttheilsrecht.

Der Verzicht kann auf das Pflichttheilsrecht beschränkt werden.

---

5. Ein dem Erbverzicht analoges Rechtsgeschäft, für das daher auch die entsprechende Anwendung der §§ 2346 ff. vorgeschrieben ist, liegt in dem Vertrage, durch den bei bestehender allgemeiner GG. ein Abkömmling einem der Ehegatten gegenüber für den Fall, daß die Ehe durch dessen Tod aufgelöst wird, auf seinen Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet (vgl. Erl. 3 zu § 1517).

6. Für die Übergangszeit s. Bd. 6 Erl. zu Art. 217.

§ 2346.

E. I §§ 1972, 2019; II § 2211 rev. § 2320; III § 2319. P. I S. 10403 ff., 10422, 10424, 11387, 11434; M. V S. 376, 472 f. P. II Bd. 5 S. 483, 598 f.

Über die rechtliche Natur und die Wirkung des Erbverzichts sowie über sein Verhältnis zu gewissen anderen Rechtsgeschäften ist in der Vorbm. 1 die Rede gewesen.

1. Erbverzicht der gesetzlichen Erben. Die Zulässigkeit des Erbverzichts ist, soweit es sich um das gesetzliche Erbrecht handelt, auf Verwandte und den Ehegatten des Erblassers beschränkt. Dem Fiskus, der in allen Fällen als letzter gesetzlicher Erbe eintreten soll, ist der Erbverzicht ebenso versagt wie die Ausschlagung einer ihm in dieser Eigenschaft angefallenen Erbschaft (§ 1942 Abs. 2, vgl. auch § 1938). Ist der Fiskus durch Verfügung von Todes wegen zum Erben eingesetzt, so kann er nach Maßgabe des § 2352 verzichten. Verwandte können einen Erbverzichtsvertrag auch dann wirksam schließen, wenn sie nicht die nächstberufenen Erben sind (M. V S. 480; vgl. Endemann III § 64 Anm. 11). Es ist auch für zulässig zu erachten, daß ein Erbverzicht mit Rücksicht auf die in Aussicht genommene Eheschließung oder Begründung eines Verwandtschaftsverhältnisses (Annahme an Kindesstatt) schon im voraus von dem künftigen Ehegatten bzw. Verwandten geleistet wird (P. II Bd. 5 S. 599). Erfolgt die Ausschließung des Erbrechts des Kindes in dem Annahmevertrage, so gelten für sie nicht die Vorschriften über den Erbverzicht, sondern über die Annahme an Kindesstatt (vgl. Erl. 1 a. E. zu § 1767; Wilke Anm. 1). Ein nach der Annahme erfolgender Verzicht bestimmt sich nach den Vorschriften dieses Titels.

Der Verzicht kann auch auf einen Bruchteil des Erbrechts beschränkt werden.

2. Verzicht auf den Pflichtteil. Ist der verzichtende gesetzliche Erbe ein Pflichtteilsberechtigter, so beseitigt der Erbverzicht mit der Erbanwartschaft zugleich das Pflichtteilsrecht, das sich als Ausfluß des gesetzlichen Erbrechts darstellt. Dies ist im Abs. 1 besonders ausgesprochen. Daß das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht miteinander stehen und fallen, ist jedoch nur die Regel, die durch gegenteilige Vereinbarungen geändert werden kann.

a) Der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden (Abs. 2). Die gesetzliche Erbfolge bleibt in diesem Falle unberührt, der Erblasser erlangt jedoch durch den Vertrag in Ansehung des Erbteils des Verzichtenden die volle Freiheit der Verfügung von Todes wegen und ist, da der Verzicht den Pflichtteilsergänzungsanspruch mitbetrifft (Erl. 1 zu § 2325), auch in Schenkungen unter Lebenden durch die Rücksicht auf den Verzichtenden nicht beschränkt. Der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht unterliegt als eine besondere Art des Erbverzichts den Vorschriften dieses Abschnitts, insbesondere auch dem § 2349 (s. dort Erl. 2 a. E.); dagegen ist § 2350 nicht auf ihn anwendbar (s. dort Erl. 3; wegen anderer Besonderheiten s. Erl. II 2 zu § 2309, Erl. 2 d zu § 2310). Von dem Verzicht auf das Pflichtteilsrecht nach § 2346 Abs. 2 zu unterscheiden ist einerseits der erst nach dem Erbfalle mögliche Verzicht auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch (Erlaßvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Erben als Pflichtteilsschuldner, s. Erl. 2 b zu § 2317), andererseits der bei Lebzeiten des Erblassers unter den künftigen gesetzlichen Erben geschlossene Vertrag über den Pflichtteil eines von ihnen (§ 312 Abs. 2; s. Vorbm. 1).

b) Zweifelhaft ist, ob auch ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts möglich ist. Die M. V S. 472 halten die Zulässigkeit eines solchen Vertrags für selbstverständlich. Aus der Natur des Pflichtteilsrechts (vgl. besonders Erl. 2 a und Erl. 3.

§. 2347. Zu dem Erbverzicht ist, wenn der Verzichtende unter Vormundschaft steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich; steht er unter elterlicher Gewalt, so gilt das Gleiche, sofern nicht der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird.

Der Erblasser kann den Vertrag nur persönlich schließen; ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Ist der Erblasser geschäftsunfähig, so kann der Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter geschlossen werden; die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist in gleichem Umfange wie nach Abs. 1 erforderlich.

---

zu § 2303) folgt zwar an sich, daß mit dem Wegfalle des Erbrechts auch das Pflichtteilsrecht wegfällt. Es würde aber eine zu formalistische Auffassung des Verhältnisses sein, wenn man aus dieser Natur des Pflichtteilsrechts die Unzulässigkeit der Beschränkung eines Erbverzichts auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts folgern wollte. Das praktische Bedürfnis dürfte die Zulassung eines in dieser Art beschränkten Erbverzichts erfordern und der Wortlaut des § 2346 steht dem nicht entgegen (ebenso Strohal I § 59, IV 3bβ; Böhm S. 243 Anm. 2; a. A. Schiffner, Pflichtteil S. 21 Anm. 3; Endemann III § 64 Anm. 27; Dernburg V § 104 II 2, der dabei aber bemerkt, daß zu prüfen sei, ob nicht vielleicht nur auf die Hälfte des Erbteils habe verzichtet werden sollen; ähnlich Herzfelder Erl. 2 zu § 2346).

3. **Für den Fall, daß der Verzichtende nicht zu den pflichtteilsberechtigten Personen gehört,** ist der Erbverzicht von geringerer praktischer Bedeutung, weil der Erblasser in der Lage ist, durch Ausschließung des betreffenden Erben nach § 1938 oder durch Einsetzung anderer Personen als alleiniger Erben im wesentlichen dasselbe Ergebnis herbeizuführen. Ganz ohne Bedeutung ist der Erbverzicht jedoch auch hier nicht. Denn es ist zunächst für die Berechnung des Pflichtteilsrechts der übrigen Berechtigten von Erheblichkeit, ob der ausscheidende Miterbe durch Erbverzicht oder durch Ausschließung seitens des Erblassers wegfällt; im letzteren Falle wird er mitgezählt, im ersteren nicht (§ 2310 Satz 2, § 2316 Abs. 1 Satz 2). Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß der Erblasser im Falle des § 1938 das gesetzliche Erbrecht durch einseitigen Widerruf seiner letztwilligen Verfügung wiederherstellen kann, nach vorausgegangenem Erbverzichte dagegen nicht (Erl. 1 zu § 2351). Endlich ist auch das ethische Interesse nicht zu übersehen, das der Erblasser daran haben kann, einen Verwandten nicht ohne dessen Zustimmung aus der Zahl seiner Erben zu streichen.

4. **Der Verzicht umfaßt auch die Erhöhung des Erbteils, die auf Grund des § 1935 eintritt,** denn diese Erhöhung kann nur demjenigen zuteil werden, welcher den Erbteil bekommt (Strohal I § 59 Anm. 24; a. A. die frühere Auflage, nach der es sich hier um eine Frage der Auslegung des Vertrags handeln sollte). Ob, wenn mehrere Berufungsgründe bestehen, der Erbverzicht auf sämtliche Gründe zu beziehen ist, also auch auf die in einem Testament oder Erbvertrag enthaltene Erbeinsetzung, ist eine Frage der Auslegung des Erbverzichtsvertrags. Im Zweifel wird man sich für eine engere Auslegung zu entscheiden haben (vgl. M. V S. 473; Cosack II § 418 Nr. I 5; Böhm S. 243 Anm. 1). Ebenso ist auf der anderen Seite auch durch Auslegung des Vertrags zu entscheiden, ob ein gesetzlicher Erbe mit dem Abschluß eines Erbvertrags, in welchem er als Erbe eingesetzt wird, auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet oder ob ein sog. konservativer Erbvertrag vorliegt (s. Erl. 2a zu § 2278).

§ 2347.

E. I § 2020 Abs. 1; II § 2212 verb. § 2321; III § 2320. P. I E. 10407 ff.; M. V S. 474 f. P. II Bd. 5 S. 599 ff. RV. S. 2107.

1. Der § 2347 betrifft **die persönliche Fähigkeit der einen Erbverzichtsvertrag schließenden Parteien und die Zulässigkeit der Vertretung.** Es wird hierin zwischen dem Verzichtenden (Abs. 1) und dem Erblasser (Abs. 2) unterschieden. Hinsichtlich des Ersteren entsprechen die Vorschriften des § 2347 genau denjenigen des § 2290 Abs. 3 über die Anforderungen bei einem Vertrage, durch den ein Erbvertrag aufgehoben wird. Hinsichtlich des Erblassers besteht gegenüber den entsprechenden Vorschriften des § 2290 Abs. 2 insofern eine Abweichung, als die Vertretung nicht wie dort schlechthin ausgeschlossen ist. Die Unterscheidung zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser ist erst von der RTK. durchgeführt worden (RV. S. 2107).

§. 2348. Der Erbverzichtsvertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

---

2. **Der Verzichtende kann bei dem Abschlusse des Erbverzichts durch den gesetzlichen Vertreter oder durch einen Bevollmächtigten vertreten werden.** Schließt er den Vertrag selbst, so bedarf er, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nach dem allgemeinen Grundsatze der §§ 107, 114 der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Dieser ist, wenn er seine Einwilligung erteilt oder den Vertrag an Stelle des Verzichtenden abschließt, an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden, und zwar ausnahmslos, wenn er Vormund ist. Dem Vormunde steht ein dem Verzichtenden, insbesondere gemäß §§ 1909, 1910, bestellter Pfleger gleich (Erl. 1 zu § 1915, Erl. 2 b zu § 2290). Schließt der nach § 1910 unter Pflegschaft Stehende einen Erbverzichtsvertrag ab, so bedarf er weder der Genehmigung des Pflegers noch des Vormundschaftsgerichts (Strohal I § 59 Anm. 16). Steht die gesetzliche Vertretung dem Inhaber der elterlichen Gewalt zu, so bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausnahmsweise nicht, wenn der Erbverzicht unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird. Der Erbverzicht wird hier in der Regel mit einem Ehevertrage verbunden sein, zu welchem in dem vorausgesetzten Falle die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gleichfalls nicht erfordert wird (§ 1437 Abs. 2, vgl. auch § 2275 Abs. 2, § 2290 Abs. 3). Ist die erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterblieben, so kann nach erlangter unbeschränkter Geschäftsfähigkeit der Verzichtende selbst den Erbverzicht formlos bestätigen (§ 108 Abs. 3). Die Möglichkeit ist jedoch auf die Zeit bis zum Tode des Erblassers zu beschränken, nach dem Erbfalle kann die einmal eingetretene Erbfolge durch die Genehmigung des unwirksamen Erbverzichts nicht mehr geändert werden.

3. **Der Erblasser kann den Vertrag in der Regel nur persönlich schließen,** da dieser unmittelbar in seine Beerbung eingreift, wenngleich er eine Verfügung von Todes wegen nicht enthält (vgl. §§ 2064, 2274, § 2290 Abs. 2). Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kann er einen Erbverzicht ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wirksam abschließen, was dem allgemeinen Grundsatze des § 107 sowie den Vorschriften über die Testamentserrichtung und die Aufhebung eines Erbvertrags (§ 2229 Abs. 1, § 2253 Abs. 2, § 2290 Abs. 2) entspricht. Eine untere Altersgrenze ist, abgesehen von dem siebenten Lebensjahre (§ 104 Nr. 1), nicht festgesetzt; der E. I hatte die Vollendung des sechzehnten Lebensjahrs erfordert. Für die Fälle der Geschäftsunfähigkeit ist mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis, insbesondere bei Geisteskrankheit des Erblassers, abweichend von § 2290 ausnahmsweise der Abschluß des Erbverzichtsvertrags durch den gesetzlichen Vertreter zugelassen worden. Dieser bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in demselben Umfange wie nach Abs. 1 der gesetzliche Vertreter des Verzichtenden, also stets, wenn er Vormund ist, und in der Regel auch dann, wenn er die elterliche Gewalt über den Erblasser hat. Wird für den Erbverzicht von dem Erblasser eine Abfindung gewährt, so ist die Frage, ob es hierzu einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, nach der Natur dieses besonderen Geschäfts zu beurteilen (vgl. Vorbm. 2).

4. **Eine Ehefrau** bedarf zu einem Erbverzichte weder als Erblasserin noch als Verzichtende der Genehmigung ihres Mannes. Von einer besonderen Vorschrift ist, auch soweit die Frau verzichtender Teil ist, abgesehen worden, weil eine noch nicht angefallene Erbschaft kein wirkliches Vermögensstück ist und daher niemals zum eingebrachten Gute gehört. Mittelbar ergibt sich der Satz auch daraus, daß die Ehefrau selbst zu der Ausschlagung einer ihr schon angefallenen Erbschaft und zum Verzicht auf einen schon entstandenen Pflichtteilsanspruch nicht der Genehmigung des Mannes bedarf (R. V S. 475; Erl. 3 zu § 1406).

§ 2348.

E. I § 2020 Abs. 1; II § 2213 rev. § 2322; III § 2321. P. I S. 10407 ff.; R. V S. 473 f. P. II Bd. 5 S. 599 ff.

1. **Form des Erbverzichtsvertrags.** Während im gem. und im sächs. Rechte eine besondere Form für den Erbverzicht nicht bestand und im preuß. Rechte über die Notwendigkeit der Beobachtung der Erbvertragsform gestritten wurde, hatte der E. I entsprechend seiner Grundauffassung, daß der Erbverzicht eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen enthalte, den Erbverzicht an die Form des Erbvertrags gebunden. Die zweite Kommission hat dies dahin vereinfacht, daß nur gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordert wird (FGG. §§ 167 ff.; EG. Art. 141). Es bedarf hiernach weder der gleichzeitigen Anwesenheit beider Teile,

§. 2349. Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein Anderes bestimmt wird.

---

noch brauchen die besonderen Förmlichkeiten des Testaments bzw. Erbvertrags beobachtet zu werden, insbesondere braucht der beurkundende Richter oder Notar in der Regel keine sonstigen mitwirkenden Personen zuzuziehen. Die amtliche Beurkundung muß sich auf die Erklärungen beider Teile erstrecken, nicht etwa nur auf die des Verzichtenden. Nach § 128 genügt es jedoch, wenn zunächst der Antrag und sodann dessen Annahme getrennt beurkundet wird, und der Vertrag kommt mit der rechtzeitig erfolgten Annahme zustande ohne Rücksicht darauf, ob und wann letztere dem Antragenden zugeht (§ 152). Ob sich die Erklärung des Verzichtenden als Antrag und diejenige des Erblassers als Annahme darstellt oder umgekehrt, ist gleichgültig (Strohal I § 59 Anm. 2). Geht jedoch der Antrag vom Erblasser aus, so kann der § 153 insofern keine Anwendung finden, als der Erblasser die Annahme und damit das Zustandekommen des Erbverzichtsvertrags erleben muß.

2. **Der Erbverzicht kann, sofern dem Formerfordernisse des § 2348 entsprochen wird, mit anderen Verträgen, insbesondere mit einem Erbvertrage, verbunden werden** (vgl. Jastrow II S. 324, 326). Er kann auch einen Bestandteil eines Prozeßvergleichs bilden (CPO. §§ 296, 510, 794). In diesem Falle genügt als Beurkundung das über die gerichtliche Verhandlung nach den Vorschriften der CPO. aufgenommene Protokoll, und zwar auch dann, wenn nach einer auf Grund des EG. Art. 141 erlassenen landesgesetzlichen Vorschrift für die Beurkundung von Rechtsgeschäften nur die Notare zuständig sind, weil der Vorbehalt des EG. Art. 141 auf die freiw. Gerichtsbarkeit beschränkt ist und daher auf die Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte keine Anwendung findet (Rspr. Bd. 2 S. 213; RG. 48 S. 183).

§ 2349.

E. I § 2023; II § 2214 rev. § 2323; III § 2322. P. I S. 10427 ff., 10479 f., 11465 ff., 11470, 12266 f.; M. V S. 480 ff. P. II Bd. 5 S. 604 ff.; Bd. 6 S. 321.

1. **Erstreckung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden.** Über die praktisch bedeutsame Frage, ob durch einen Erbverzicht auch die Abkömmlinge des Verzichtenden gebunden sind, wenn dieser vor dem Erblasser stirbt, bestanden im bisherigen Rechte verschiedene Auffassungen. Teils wurde der Erbverzicht wegen der Selbständigkeit des den Abkömmlingen zustehenden Erbrechts als für diese unverbindlich angesehen, teils wurde ihm, und zwar auch nach solchen Rechten, denen der Gedanke eines sog. Repräsentationsrechts fremd war, bindende Wirkung zugeschrieben. Einzelne Rechte schlugen einen vermittelnden Weg ein, indem sie dem Erbverzichte dann Wirkung gegen die Abkömmlinge beilegten, wenn diese Erben des Verzichtenden geworden waren (so das preuß. ALR. II 2 § 358 und das sächs. GB. § 2561; vgl. im übrigen Stobbe V § 314 Nr. I 5 und die Zitate in den M. V S. 480). Nach dem E. I sollte das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge unberührt bleiben und nur eine für den Verzicht etwa gewährte Gegenleistung von den Abkömmlingen zur Ausgleichung gebracht bzw. auf deren Pflichtteil angerechnet werden. Der E. II dagegen hat dem Erbverzichte für die Regel bindende Wirkung für die Abkömmlinge beigelegt, weil die Bedürfnisse des Lebens zu einer Durchbrechung der Folgerungen nötigten, die sich aus der Selbständigkeit des Erbrechts der Abkömmlinge an und für sich ergeben würden. Tatsächlich bestehe, so wurde ausgeführt, bei dem Erbverzichtsvertrage meist die Absicht, daß der ganze Stamm des Verzichtenden ausscheiden solle, so namentlich bei der Abfindung einzelner Kinder von einem bäuerlichen Hofe und im Falle der Auswanderung. Das Rechtsverhältnis werde hier von den Beteiligten regelmäßig so aufgefaßt, daß eine antizipierte Erbfolge stattfinde. Der Zweck, das Familienvermögen als Ganzes zu erhalten bzw. die spätere Auseinandersetzung zu erleichtern, lasse sich nur erreichen, wenn die Abkömmlinge des Verzichtenden an den Verzicht gebunden würden; die Gefahr einer Schädigung der Abkömmlinge sei nicht von erheblicher praktischer Bedeutung (P. II Bd. 5 S. 607 f.; s. auch Strohal I § 59 IV 4; Gierke, Der Entwurf ꝛc. S. 546 ff.; Zsftlg. V S. 116 f.).

2. **Was die Voraussetzungen des § 2349 anbetrifft, so scheidet zunächst der Fall aus, daß der Verzicht kraft einer bestehenden Vertretungsbefugnis zugleich im Namen der Abkömmlinge erklärt wird. Hier versteht sich, sofern den Erfordernissen des § 2347 Abs. 1 genügt ist, die**

§. 2350. Verzichtet Jemand zu Gunsten eines Anderen auf das gesetzliche Erbrecht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht nur für den Fall gelten soll, daß der Andere Erbe wird.

Verzichtet ein Abkömmling des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht nur zu Gunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers gelten soll.

---

bindende Wirkung in Ansehung der Abkömmlinge von selbst. Der § 2349 hat mithin nur solche Fälle im Auge, in denen der Verzichtende die Erklärung zunächst nur für sich abgibt. Einem derartigen Verzichte wird, wenn er von einem Abkömmling oder von einem Seitenverwandten des Erblassers ausgeht, durch positive Vorschrift bindende Kraft für die Abkömmlinge des Verzichtenden beigelegt. Die Regel gilt nicht für den Erbverzicht seitens eines Verwandten der aufsteigenden Linie; der Ehegatte kommt für die hier behandelte Frage überhaupt nicht in Betracht, weil die einseitigen Abkömmlinge des verzichtenden Ehegatten dem anderen Teile gegenüber kein gesetzliches Erbrecht haben, die gemeinschaftlichen Abkömmlinge aber mit dem Erblasser direkt, nicht erst durch Vermittelung des Verzichtenden verwandt sind und daher durch eine Handlung des letzteren unmöglich um ihr Erbrecht gebracht werden können. Betroffen wird nur der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, durch den Verzicht auf die Zuwendung aus einer Verfügung von Todes wegen werden die den Abkömmlingen des Verzichtenden etwa zustehenden Rechte nicht berührt (vgl. Erl. 5 zu § 2352). Dagegen gilt § 2349 auch dann, wenn der Erbverzicht nach § 2346 Abs. 2 auf das Pflichtteilsrecht beschränkt ist (Strohal I § 59 Anm. 27). Unerheblich ist, ob der Verzichtende eine Abfindung erhalten hat und ob die in Frage stehenden Abkömmlinge seine Erben geworden sind oder nicht. Die Wirkung des Erbverzichts erstreckt sich auf alle Abkömmlinge des Verzichtenden, auch auf die zur Zeit des Verzichts schon vorhandenen, ohne daß es ihrer Zuziehung bedarf. Ob der Erblasser für die schon vorhandenen Abkömmlinge Vertretungsmacht hatte, ist unerheblich.

3. Die Vorschrift des § 2349 ist ein **Dispositivsatz**, keine Auslegungsregel; ein abweichender Wille der Parteien muß daher in dem Erbverzichtsvertrage zum Ausdrucke gelangen. Die Wirkung des Verzichts kann auch durch einen späteren besonderen Vertrag auf die Person des Verzichtenden beschränkt werden, ein solcher Vertrag muß aber den Anforderungen des § 2351 entsprechen.

§ 2350.

E. I § 2022; II § 2215 rev. § 2324; III § 2323. M. I S. 10422 ff., 11447 f.; M. V S. 477 ff. P. II Bd. 5 S. 603 f.

1. Der § 2350 bezieht sich auf den sog. **relativen Erbverzicht**, der nur zugunsten einer bestimmten anderen Person erfolgt. Der Abs. 1 bestimmt das Wesen bzw. die Wirkung eines solchen Verzichts, der Abs. 2 trifft eine Bestimmung darüber, wann ein Verzicht dieser Art anzunehmen ist. Beide Absätze enthalten nur Auslegungsregeln.

2. Nach Abs. 1 ist **ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, der zugunsten eines anderen erfolgt, im Zweifel dahin auszulegen**, daß er nur gelten soll, wenn der andere Erbe wird.

a) Zur Erfüllung dieser Bedingung ist zunächst erforderlich, daß der Erblasser für die Berufung des Dritten als Erbe Sorge trägt, daß er mithin je nach Lage des Falles es bei der gesetzlichen Erbfolge beläßt oder geradezu den Dritten als Erben einsetzt. Die Berufung muß an die Stelle des Verzichtenden und auf dessen ungeschmälerten Erbteil erfolgen. Hat z. B. eines von drei Kindern zugunsten seiner beiden Geschwister verzichtet und wollte der Vater (Erblasser) von dem freigewordenen Drittel nur ein Sechstel den Geschwistern belassen, das andere Sechstel aber letztwillig einem Fremden zuwenden, so würde der Erbverzicht für die Hälfte des Erbteils des Verzichtenden unwirksam sein. Die Bedingung wird aber auch dann vereitelt, wenn der Dritte aus anderen Gründen vor oder nach dem Erbfall als Erbe wegfällt, mithin wenn er vor dem Erblasser stirbt, wenn er selbst auf das Erbrecht verzichtet, wenn er die Erbschaft ausschlägt oder wenn er für erbunwürdig erklärt wird. Ist der Erbverzicht bei dem Vorhandensein mehrerer gesetzlicher Erben nur zugunsten eines derselben erfolgt, so behält der Verzichtende denjenigen Teil, welcher nicht dem Begünstigten zufällt. Hat z. B. von drei Kindern, A, B, C, A zugunsten des C verzichtet und werden B und C Erben, so erhält C auf Grund des Erbverzichts $^1/_2$, während B auf ein Drittel beschränkt bleibt und A noch ein Sechstel erhält (Strohal I § 59 Anm. 32). Ist der Erbverzicht zugunsten mehrerer Dritter erfolgt, so

§. 2351. Auf einen Vertrag, durch den ein Erbverzicht aufgehoben wird, findet die Vorschrift des §. 2348 und in Ansehung des Erblassers auch die Vorschrift des §. 2347 Abs. 2 Anwendung.

---

wird er erst unwirksam, wenn feststeht, daß keiner von diesen Erbe wird. Der Fall, daß der begünstigte Dritte zwar zur Erbfolge gelangt, aber bis zur teilweisen oder völligen Erschöpfung seines Erbteils mit Vermächtnissen beschwert ist, wird von der gesetzlichen Auslegungsregel nicht getroffen; unter Umständen wird indessen die Auslegung des Vertrags dahinführen können, daß der Verzicht auch für diesen Fall unwirksam sein soll. Der § 2350 Abs. 1 steht dem nicht entgegen; er besagt nur negativ, daß der Erbverzicht nicht gelten soll, wenn der Dritte nicht Erbe wird, läßt mithin für den Fall, daß der Dritte Erbe wird, die Frage nach der Wirksamkeit des Erbverzichts offen (Dernburg V § 106 Anm. 3a; vgl. auch die Fassung des E. I: „so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht unwirksam werden solle, wenn jene Person nicht zur Erbfolge berufen wird ꝛc.").

b) Ob in dem Erbverzichtsvertrage zugunsten eines Dritten zugleich ein Erbvertrag zugunsten eben dieses Dritten, nämlich eine vertragsmäßige Erbeinsetzung desselben auf den freiwerdenden Erbteil, enthalten ist, muß durch Auslegung ermittelt werden (Strohal I § 59 Anm. 30). Im Zweifel ist eine Absicht der Parteien, den Erblasser in der Freiheit der Verfügung von Todes wegen zu beschränken, nicht anzunehmen (M. V S. 477 f.; Endemann III § 64 Anm. 30). Die Frage hat natürlich nur dann praktische Bedeutung, wenn bei dem Abschlusse des Vertrags die strengeren Formen des § 2276 beobachtet worden sind.

3. Der Abs. 2, der von der zweiten Kommission im Anschluß an verwandte Vorschriften des bisherigen Rechtes (preuß. ALR. II 2 §§ 486, 487, sächs. GB. § 2562) aufgenommen worden ist, stellt für den Erbverzicht eines Abkömmlinges die Auslegungsregel auf, daß diesem im Zweifel nur relative Wirksamkeit zugunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers beizulegen ist. Der Erbverzicht des Abkömmlinges wird daher im Zweifel hinfällig, wenn nur Verwandte aufsteigender Linie oder Seitenverwandte des Erblassers oder in Ermangelung jedes anderen Erben der Fiskus zur Erbfolge gelangen würden. In Verbindung mit § 2349 führt der § 2350 Abs. 2 dazu, daß der Erbverzicht eines Kindes in der Regel nur zugunsten seiner Geschwister und Geschwisterkinder sowie des Ehegatten des Erblassers Wirkung äußert, bei dem letzteren übrigens ohne Rücksicht darauf, ob er ein leiblicher oder nur ein Stiefelternteil des Verzichtenden ist. Wie der Abs. 1 hat auch der Abs. 2 nur negative Bedeutung; der Erbverzicht soll im Zweifel nicht zugunsten anderer als der genannten gesetzlichen Erben Geltung haben; ob er tatsächlich zugunsten aller unter die bezeichnete Kategorie fallenden Personen wirkt, bleibt dahingestellt.

4. Der § 2350 ist nur für den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht von Bedeutung, nicht für einen Verzicht, der gemäß § 2346 Abs. 2 auf das Pflichtteilsrecht beschränkt worden ist. Denn ein Verzicht der letzteren Art hat nach § 2310 auf den Umfang des Pflichtteilsrechts der übrigen Berechtigten keinen Einfluß, er kann daher nicht im Sinne des § 2350 zugunsten eines anderen abgegeben werden (Erl. 2c zu § 2310; Strohal I § 59 IV a. E.; Dernburg V § 106 Anm. 5). Geht die Absicht dahin, daß der Pflichtteilsberechtigte auf seinen Pflichtteil verzichten will, wenn eine bestimmte Person Erbe (also Pflichtteilsschuldner wird), so liegt ein gewöhnlicher bedingter Erbverzicht vor (Vorbm. 2). Wegen der Anwendbarkeit des Abs. 1 in den Fällen des § 2352 s. dort Erl. 5.

§ 2351.

E. I § 2020 Abs. 2; II § 2216 rev. § 2325; III § 2324. P. I S. 10414 ff.; M. V S. 476. P. II Bd. 5 S. 599; Bd. 6 S. 322, 329 f. RG. S. 2107.

1. Die Möglichkeit einer **vertragsmäßigen Aufhebung des Erbverzichts** war für das bisherige Recht bestritten (Stobbe V § 314 Anm. 22). Das BGB. geht von der Auffassung aus, daß der Erbverzicht das Erbfolgerecht nicht gänzlich vernichtet, sondern nur ein Hindernis für die Verwirklichung dieses Rechtes ist, das als solches wieder wegfallen kann (M. V S. 476; vgl. übrigens auch § 2257). Der Aufhebungsvertrag hat hiernach zur Folge, daß der frühere Berufungsgrund seine volle Wirksamkeit wiedererlangt. Nach der allgemeinen Fassung des § 2351 und in Ermangelung entgegenstehender innerer Gründe muß angenommen werden, daß nicht nur der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht oder das Pflichtteilsrecht (§ 2346), sondern

§. 2352. Wer durch Testament als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht ist, kann durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendung verzichten. Das Gleiche gilt für eine Zuwendung, die in einem Erbvertrag einem Dritten gemacht ist. Die Vorschriften der §§. 2347, 2348 finden Anwendung.

---

auch der Verzicht auf eine Zuwendung aus einer Verfügung von Todes wegen (§ 2352) durch Vertrag wieder aufgehoben werden kann, wenngleich dies deswegen nicht unzweifelhaft ist, weder § 2351 vor dem § 2352 steht und in letzteren nicht angezogen wird (wie hier Endemann III § 64 Anm. 37; Strohal I § 59 Anm. 40; Dernburg V § 105 IV; Schiffner, Erbvertrag S. 166 Anm. 36, vgl. auch Erl. 4b zu § 2290).

2. **Hinsichtlich der Form** werden an den Aufhebungsvertrag dieselben Anforderungen gestellt wie an den Erbverzichtsvertrag selbst, er bedarf mithin der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2348).

3. **Für die persönliche Fähigkeit** des Verzichtenden, der durch den Aufhebungsvertrag das aufgegebene Recht zurückgewinnt, gelten die allgemeinen Grundsätze (§ 107). Betreffs des Erblassers wird auf die Vorschriften über den Erbverzichtsvertrag (§ 2347 Abs. 2) verwiesen. Der Erblasser kann daher den Aufhebungsvertrag nur persönlich schließen, abgesehen von dem Falle der Geschäftsunfähigkeit, in welchem der Vertrag durch den gesetzlichen Vertreter, und zwar in der Regel nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden kann. Ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erblasser kann auch den Aufhebungsvertrag ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abschließen (Strohal I § 59 VI). Dies ist insofern ungewöhnlich, als sich der Erblasser durch den Vertrag eines rechtlichen Vorteils begibt, allein es wird doch nur derjenige Zustand wiederhergestellt, welcher der gesetzlichen oder der durch frühere Verfügung von Todes wegen geschaffenen Regelung entspricht. Was betreffs der für den Erbverzicht etwa gewährten Abfindung vereinbart wird, ist für die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags und daher für die an die persönliche Fähigkeit der Vertragschließenden zu stellenden Anforderungen ohne Bedeutung (vgl. § 2253 Abs. 2, § 2290 Abs. 2; M. V S. 476; Küntzel S. 821, 912b).

4. Die von Strohal aufgeworfene Frage, ob der Erblasser die Wirkung eines geschlossenen Erbverzichts auch durch eine letztwillige Verfügung beseitigen kann, laut deren bei seiner Beerbung von dem Erbverzicht abgesehen werden soll, dürfte zu verneinen sein. Der Erblasser kann den durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge Ausgeschlossenen durch Testament oder Erbvertrag als Erben einsetzen, er kann aber das gesetzliche Erbrecht und besonders das Pflichtteilsrecht nicht einseitig wiederherstellen (vgl. auch Strohal I § 59 Anm. 42; Herzfelder Erl. 2 zu § 2351). Es ist dabei außer der Natur des Pflichtteilsrechts und der Beteiligung der übrigen Pflichtteilsberechtigten (§ 2310 Satz 2, § 2316 Abs. 1 Satz 2) auch der Umstand zu berücksichtigen, daß der Verzichtende sehr wohl ein eigenes moralisches oder materielles Interesse an der Aufrechterhaltung des Erbverzichts haben kann.

§ 2352.

E. I § 2024; II § 2217 rev. § 2326; III § 2325. P. I S. 10014, 10016, 10031 ff., 10436 f., 11387; M. V S. 483 f. P. II Bd. 5 S. 408, 609 f.; Bd. 6 S. 100.

1. Entsprechend mehreren bisherigen Rechten (vgl. Stobbe V § 314 Anm. 10; Schiffner, Erbvertrag S. 162 Anm. 14) **läßt das BGB. den Erbverzicht auch mit Bezug auf Zuwendungen aus einer Verfügung von Todes wegen zu**, und zwar ohne Unterschied zwischen einer Erbeinsetzung und einem Vermächtnis. Ein solcher Erbverzicht steht, vorbehaltlich der sich aus Satz 2 für den Gegenkontrahenten bei einem Erbvertrag ergebenden Ausnahme (s. Erl. 3) jedem letztwillig oder vertragsmäßig Bedachten offen, mithin abweichend von § 2346 auch dem Fiskus. Im Satz 1 wird dies für testamentarische Zuwendungen ausgesprochen, der Satz 2 regelt die Zulässigkeit des Verzichts auf vertragsmäßige Zuwendungen, Satz 3 trifft Bestimmungen über die Fähigkeit der Vertragschließenden und die Form des Verzichtsvertrags.

2. **Der vertragsmäßige Verzicht auf die testamentarische Erbeinsetzung oder ein letztwillig angeordnetes Vermächtnis** (Satz 1) ist von keiner erheblichen praktischen Bedeutung, weil der Erblasser in der Regel die Zuwendung einseitig aufheben kann. Die Möglichkeit des Erbverzichts ist aber doch einmal dann von Bedeutung, wenn der Erblasser nach der Testamentserrichtung geschäftsunfähig, insbesondere geisteskrank, geworden und daher zu einem Widerrufe des Testaments nicht mehr fähig ist (§ 2064 gegenüber § 2347 Abs. 2 Satz 2, § 2352 Satz 3).

Ferner ist sie bei einem gem. Testamente von Wichtigkeit, da bei diesem die Verhältnisse ähnlich wie bei einem Erbvertrage liegen (s. u. Erl. 3b). Ist der verzichtende Erbe nur auf einen Erbteil eingesetzt, so ist bei der Frage, ob zufolge des Verzichts der freigewordene Erbteil den testamentarischen Miterben anwächst oder den gesetzlichen Erben anfällt, danach zu unterscheiden, ob die mehreren Erben in der Weise eingesetzt sind, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen oder nicht (§ 2094; Endemann § 64 Anm. 15). Wegen der etwaigen Anwachsung im Falle des Verzichts auf ein Vermächtnis s. § 2158.

3. Bei vertragsmäßigen Zuwendungen, d. h. bei den für den Erblasser bindenden Verfügungen eines Erbvertrags im Gegensatze zu den einseitigen Verfügungen nach § 2299 (s. über diese Erl. 4), ist zu unterscheiden, ob die Erbeinsetzung bzw. das Vermächtnis zugunsten des anderen Vertragschließenden oder zugunsten eines Dritten getroffen ist.

a) Für eine vertragsmäßige Zuwendung an den anderen Vertragschließenden ist der Erbverzicht nicht zugelassen. Hier besteht nur die Möglichkeit, daß der Erbvertrag bzw. die betreffende einzelne Verfügung durch einen Aufhebungsvertrag nach § 2290 bzw. unter Ehegatten durch gem. Testament (§ 2292) oder, wenn es sich um ein Vermächtnis handelt, auch durch einfaches Testament des Erblassers mit Zustimmung des anderen Teiles (§ 2291) aufgehoben wird. Nach dem E. I stand dem Beteiligten sowohl der Aufhebungsvertrag wie der Verzichtsvertrag offen. Dies hat die zweite Kommission bei der Revisionslesung geändert, weil inzwischen für den Erbverzicht hinsichtlich der Form und der Zulässigkeit der Vertretung des Erblassers andere Grundsätze angenommen waren als für den Erbvertrag und das Nebeneinanderbestehen der beiden auf dasselbe Ziel gerichteten, in ihren Voraussetzungen aber verschiedenen Verträge nicht angängig erschien. Die praktische Folge ist, daß es unter den Parteien des Erbvertrags zur Aufhebung einer von dem Erblasser dem anderen Teile vertragsmäßig gemachten Zuwendung der strengeren Form nach § 2276, § 2290 Abs. 4 (Testamentsform und gleichzeitige Anwesenheit beider Teile) bedarf und daß die Aufhebung unmöglich wird, sobald Geschäftsunfähigkeit des Erblassers eintritt (Strohal I § 59 II 2; Küntzel S. 610).

b) Die vertragsmäßige Zuwendung an einen Dritten kann auf doppelte Weise beseitigt werden, einmal durch einen zwischen den Parteien des Erbvertrags nach § 2290 zu schließenden Aufhebungsvertrag (bzw. statt dessen nach §§ 2291, 2292), sodann aber auch durch einen Erbverzichtsvertrag zwischen dem Erblasser und dem bedachten Dritten. Zu dem letztgedachten Vertrag ist die Zustimmung des an dem Erbvertrage beteiligten Gegenkontrahenten nicht erforderlich. Die Auffassung von Wilke (Anm. 2), daß bei vertragsmäßigen Verfügungen zugunsten eines Dritten beide Vertragschließende als Erblasser anzusehen seien und daß daher eine solche Verfügung nur durch einen Verzichtsvertrag zwischen den Parteien des Erbvertrags auf der einen Seite und dem Dritten auf der anderen Seite aufgehoben werden könne, ist dem BGB. fremd (s. Vorbm. 2, 3). Der Verzicht des bedachten Dritten nach § 2352 hebt nicht wie der Vertrag unter den Parteien nach § 2290 oder der Rücktritt des Erblassers nach §§ 2293 ff. die vertragsmäßige Verfügung selbst auf, sondern vereitelt nur trotz ihres Fortbestandes ihre Wirkung. Es hat deswegen auch nicht wie nach § 2298 der Rücktritt des Erblassers die Aufhebung des ganzen Erbvertrags zur Folge. Ebenso unterscheidet sich bei einem gem. Testamente der Verzicht des Bedachten auf eine ihm in dem Testamente gemachte Zuwendung von dem Widerrufe durch den Erblasser; während dieser nach § 2270 die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügungen des anderen Ehegatten nach sich zieht, läßt der Verzicht des Bedachten die übrigen Verfügungen des gem. Testaments unberührt (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 633 ff.; Endemann III § 64 Anm. 17; Jastrow II S. 325 Anm. 21). Der Verzichtsvertrag mit dem Dritten wird daher vorzugsweise dann Anwendung finden, wenn die weitergehenden Wirkungen des Rücktritts bzw. Widerrufs vermieden werden sollen, ferner aber dann, wenn die vertragsmäßige oder korrespektive Verfügung durch den Tod des anderen Teiles unabänderlich geworden ist (§ 2290 Abs. 1 Satz 2, § 2271 Abs. 2). Hat die vertragsmäßige Verfügung nur ein Vermächtnis zum Inhalte, so fragt es sich, ob nicht auch für den Verzicht des bedachten Dritten die Form des § 2291 (Testament mit förmlicher Zustimmung des anderen) für ausreichend zu erachten ist. Die Frage dürfte mit Strohal I § 59 Anm. 13 zu bejahen sein (a. A. Herzfelder Erl. 4 zu § 2352).

4. Eine Zuwendung, die zwar in einem Erbvertrag, aber durch einseitige Verfügung angeordnet ist (§ 2299), steht einer testamentarischen gleich. Der Bedachte kann daher auf sie gemäß § 2352 verzichten ohne Unterschied, ob er der andere Vertragschließende oder ein Dritter ist. Die Vorschrift des Satz 2 bezieht sich ausschließlich auf vertragsmäßige Verfügungen, was

Achter Abschnitt.
Erbschein.

zwar nach ihrem Wortlaute zweifelhaft erscheinen kann, aus der Entstehungsgeschichte aber sich unzweideutig ergibt und im § 2299 Abs. 2 auch einen genügenden Ausdruck findet.

5. Aus Satz 3 ergibt sich, **daß auch der Verzichtsvertrag nach § 2352 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf.** Der Erblasser kann den Vertrag, abgesehen von dem Falle der Geschäftsunfähigkeit, nur persönlich schließen; auf seiten des Verzichtenden ist die Vertretung unbeschränkt zulässig. Die Notwendigkeit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts richtet sich für den Verzichtenden nach § 2347 Abs. 1, für den Erblasser nach § 2347 Abs. 2. Was die nicht angezogenen §§ 2349—2351 betrifft, so ist der § 2349 nicht zu übertragen. Von dem § 2350 dürfte der Abs. 1 zu übertragen sein, insofern dem Verzichte „zugunsten eines anderen" bei dem Erbrecht aus einer Verfügung von Todes wegen dieselbe Bedeutung beizulegen ist, wie wenn er sich auf ein gesetzliches Erbrecht bezieht (a. A. Herzfelder Erl. 4 zu § 2352). Der Abs. 2 ist nicht übertragbar. Die Möglichkeit der Wiederaufhebung nach § 2351 ist auch für den Verzicht gemäß § 2352 anzuerkennen (Erl. 1 zu § 2351).

Achter Abschnitt.

Voß in Gruch. 43 S. 655; Eichhorn das. 45 S. 224; Du Chesne das. 45 S. 49; Boschan das. 46 S. 294; Eichhorn in DJZ. 1901 S. 201; Krafft in Bl. f. RA. 64 S. 269, 288; Weißler in Z. d. DNotVer. 1901 S. 428; Eichhorn das. 1902 S. 2; 1904 S. 187; Eßlinger, Der Erbschein (1902); Münchmeyer, Der deutsche Erbnachweis (1904); Weiner, Der Erbschein (1904); Binder, Rechtsstellung des Erben II S. 2ff.; Hellwig, Rechtskraft S. 458ff.; Strohal, Erbrecht §§ 67ff.; Kretzschmar in CBl. f. FG. 8 S. 589; Weißler, Nachlaßverfahren S. 206ff.; Müller, Erbscheinverfahren (1903); Peters in Gruch. 50 S. 144ff.

1. **Entstehungsgeschichte.** Die Erteilung eines gerichtlichen Zeugnisses über das einer bestimmten Person zustehende Erbrecht war dem gem. Rechte fremd, dagegen waren in einer Anzahl von Landesrechten derartige Zeugnisse unter dem Namen Erbenzeugnis, Erbbescheinigung, Erbeslegitimationsattest ꝛc. ausgebildet. In Preußen hatte das zunächst in der Praxis, und zwar vorzugsweise aus Anlaß des Hypothekenbuchs, entwickelte Institut, in dem Ges., betr. die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen, v. 12. März 1869 gesetzliche Regelung erhalten. Dieses Gesetz diente den in anderen Bundesstaaten, insbesondere in Elsaß-Lothringen und Baden, erlassenen zum Vorbilde. Der E. I hatte das Erbenzeugnis unter dem Namen „Erbschein" aufgenommen, aber es auf die gesetzliche Erbfolge beschränkt; nur nach zwei bestimmten Richtungen, als Negativattest und als Ergänzungsattest, sollte es neben einer Verfügung von Todes wegen zulässig sein (E. I §§ 2068, 2078). Die zweite Kommission hat den Erbschein auch für die Erbfolge aus Testament oder Erbvertrag unbeschränkt zugelassen, um die Möglichkeit zu schaffen, daß durch eine einmalige gerichtliche Prüfung den Schwierigkeiten begegnet wird, die sich sonst für den Verkehr aus der in jedem einzelnen Falle von neuem vorzunehmenden Prüfung einer Verfügung von Todes wegen auf ihre Gültigkeit und Bedeutung regelmäßig ergeben. Der Erbschein wird aber nur dem Erben erteilt; ein Zeugnis für andere von Todes wegen Bedachte (vgl. das preuß. Ges. v. 12. März 1869 § 9) ist nicht zugelassen, weil das Vermächtnis nach dem BGB. nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben erzeugt, der Vermächtnisnehmer daher eines Ausweises gegenüber Dritten nicht bedarf. Ein Vorschlag anstelle des Erbscheins ein von dem Nachlaßgerichte zu führendes öffentliches Erbschaftsregister zu schaffen, dessen Einsicht jedermann freistehen und aus welchem den Beteiligten Auszüge erteilt werden sollten, ist von der zweiten Kommission abgelehnt worden (P. II Bd. 5 S. 672ff.).

2. **Der Zweck des Erbscheins** ist, dem Erben den Beweis seines Erbrechts zu erleichtern und ihn dadurch im Verkehre mit Privatpersonen wie mit Behörden zu unterstützen. Die Notwendigkeit eines solchen Zeugnisses ergibt sich besonders aus der Einrichtung der öffentlichen Bücher und Register, bei denen die Erbfolge nach einem eingetragenen Berechtigten durch einen

alle weiteren Zweifel und Nachforschungen abschneidenden urkundlichen Nachweis darzutun ist, nicht minder aus den Formen, in denen sich der Geschäftsverkehr vieler Behörden und öffentlichen Institute, z. B. der Hinterlegungsstellen, Banken ꝛc. zu bewegen pflegt. Aber auch im privaten Geschäftsleben würde der Erbe bei der Abwickelung schwebender und dem Abschlusse neuer Geschäfte manchen Schwierigkeiten begegnen, wenn er sich nicht durch ein Zeugnis auszuweisen imstande wäre, auf das sich ein Dritter unbedingt verlassen kann. Aus diesen Gründen des praktischen Bedürfnisses ergeben sich die Anforderungen, die an den Erbschein zu stellen sind, und die ihm demgemäß beigelegte **rechtliche Wirkung**. Der Erbschein erzeugt ähnlich wie das Grundbuch eine Rechtsvermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit seines Inhalts (§ 2365) und gewährt vermöge des ihm beigelegten öffentlichen Glaubens gutgläubigen Dritten Schutz, wenn sie mit dem im Erbschein als Erbe Bezeichneten in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten, insbesondere von ihm durch Rechtsgeschäft erwerben oder eine Leistung an ihn bewirken (§§ 2366, 2367). Die Kehrseite dieser Vorzüge ist der Nachteil, der dem wirklichen Erben aus der Erteilung eines unrichtigen Erbscheins erwachsen kann. Dieser Gefahr wird durch strenge Vorschriften über die Voraussetzungen begegnet, von denen die Erteilung des Erbscheins abhängig ist. Beschränkungen, denen der Erbe in seinem Erbrecht unterliegt, sind, soweit ihnen dingliche Wirkung zukommt, in den Erbschein aufzunehmen und erlangen damit unbedingte Wirksamkeit gegen Dritte (§§ 2363, 2364).

3. Die Legitimation des Erben kann nicht nur durch den Erbschein geführt werden. Gegenüber dem Grundbuchamt ist zwar nach § 36 GBO. der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu erbringen, für die Erbfolge auf Grund einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen genügt indessen die Vorlegung der Verfügung und des Eröffnungsprotokolls und das Grundbuchamt kann nur, wenn Zweifel vorliegen, den Erbschein verlangen (Rspr. 7 S. 336); vgl. Erl. 5 zu § 2365. Gleiches gilt für das Schiffsregister (§ 107 FGG.). Im übrigen Rechtsverkehre kann die Vorlegung des Erbscheins nicht gefordert werden, insbesondere kann der Schuldner des Erblassers nicht die Leistung an den Erben verweigern, solange dieser sich nicht durch den Erbschein ausgewiesen hat (s. Erl. 3 zu § 2367).

4. **Verfahren.** Die Erteilung des Erbscheins erfolgt durch das Nachlaßgericht. Sie hat einen Antrag sowie die Erstattung bestimmter Angaben und die Beibringung bestimmter Nachweise zur Voraussetzung (§§ 2353—2357). Als Beweismittel kommen in erster Linie öffentliche Urkunden und eidesstattliche Versicherung in Betracht. Das Nachlaßgericht ist jedoch auf die ihm unterbreiteten Beweismittel nicht beschränkt, vielmehr kann und muß es nötigenfalls nach der das Verfahren in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit beherrschenden Offizialmaxime von Amts wegen weitere Ermittelungen veranstalten und Beweise erheben (§ 2358). Es darf den Erbschein nur erteilen, wenn es das Erbrecht des Antragstellers für erwiesen erachtet (§ 2359). In einzelnen Fällen sollen vor der Erteilung der Sicherheit wegen gewisse Beteiligte gehört werden (§ 2360). Auch nach der Erteilung ist das Nachlaßgericht befugt und eventuell verpflichtet, sich mit dem Erbscheine zu befassen; es kann von Amts wegen Ermittelungen über seine Richtigkeit veranstalten und es muß ihn, wenn sich seine Unrichtigkeit herausstellt, einziehen oder für kraftlos erklären (§ 2361). Bei schuldhafter Verletzung der ihm hiernach obliegenden Amtspflichten haftet der Nachlaßrichter allen Beteiligten nach Maßgabe des § 839 Abs. 1, 3 für den ihnen erwachsenden Schaden. Eine Haftung des Staates wie nach GBO. § 12 in Grundbuchsachen besteht reichsgesetzlich nicht (vgl. jedoch EG. Art. 77).

5. **Beschränkter Erbschein.** Der Erbschein erstreckt sich seiner Geltung und Wirkung nach in der Regel auf die Erbfolge in den ganzen Nachlaß. Der § 2369 läßt daneben einen gegenständlich beschränkten Erbschein zu, der die Erbfolge nur für bestimmte Nachlaßgegenstände bezeugt, nämlich für die im Inlande befindlichen Vermögensstücke eines ausländischen Erblassers, für den kein deutsches Gericht zur Erteilung des ordentlichen Erbscheins zuständig ist. Zweifelhaft ist, ob außer dem Falle des § 2369 die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins zulässig ist. Für die Unzulässigkeit läßt sich nicht geltend machen, daß der § 2369 die Erteilung eines solchen Erbscheins von den dort bestimmten besonderen Voraussetzungen abhängig mache und daraus gefolgert werden müsse, daß die Erteilung in anderen Fällen unzulässig sei; denn der § 2369 würde, auch wenn der beschränkte Erbschein unbedingt zulässig ist, erforderlich sein, um den darin bestimmten Fall, daß ein für die Erbschaft zuständiges deutsches Nachlaßgericht nicht besteht, zu decken. Die Entscheidung der Frage hängt also davon ab, ob aus dem Wesen und Zwecke des Erbscheins zu folgern ist, daß er, sofern das Gesetz nicht besondere Ausnahmen zuläßt, nur gegenständlich unbeschränkt erteilt werden kann. Dafür, daß dies nicht der

§. 2353. Das Nachlaßgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugniß über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Theile der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbtheils zu ertheilen (Erbschein).

Fall ist, läßt sich insbesondere geltend machen, daß das Reichsrecht auch in anderen Fällen mit öffentlichem Glauben versehene Zeugnisse über die Erbfolge in bestimmte Gegenstände, z. B. das über die Erbfolge in Reichsschuldbuchforderungen zuläßt (s. Vorbm. 6 unten), diese Zeugnisse aber sachlich nichts anderes sind als beschränkte Erbscheine. In der Bek. des bayer. Justizministeriums vom 31. Dezember 1899/20. März 1903 wird die Zulässigkeit beschränkter Erbscheine anerkannt, ebenso vom bayer. ObLG. 2 S. 191, 532. Das preuß. Gerichtskostengesetz § 81 Abs. 5 geht von der entgegengesetzten Auffassung aus (Rspr. 4 S. 397; 6 S. 315; 7 S. 446. In der Begründung zum Gerichtskostengesetz für Elsaß-Lothringen v. 8. Juni 1903 ist die Frage offen gelassen. Für die Zulässigkeit auch Brachvogel im Recht 1904 S. 6; dagegen Schmidt ZBl. f. FG. 5 S. 350; Pfäfflin das. 2 S. 513; Herzfelder zu § 2353; Eßlinger S. 29; Weiner S. 14. Hält man einen gegenständlich beschränkten Erbschein für zulässig, so muß man auf ihn, was Voraussetzung seiner Erteilung und was seine rechtliche Bedeutung und Wirkung anlangt, alles das anwenden, was in dieser Beziehung zu § 2369 ausgeführt ist. Die Besonderheit des gegenständlich beschränkten Erbscheins gegenüber dem gewöhnlichen liegt nicht darin, daß ersterer die Zugehörigkeit des Gegenstandes zum Nachlaß oder gar das Verfügungsrecht des als Erbe Bezeichneten über den Gegenstand bezeugt, sondern nur darin, daß der gegenständlich beschränkte Erbschein nur in Ansehung der in ihm angegebenen Gegenstände, der gewöhnliche Erbschein aber in Ansehung der ganzen Erbschaft Wirksamkeit (§§ 2365—2368) hat.

6. **Dem Erbscheine verwandte Zeugnisse:**

a) das Zeugnis, das nach § 1507 dem überlebenden Ehegatten über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, und

b) das Zeugnis, das nach § 2368 dem Testamentsvollstrecker über seine Ernennung zu erteilen ist. Beide sind auf Antrag von dem Nachlaßgericht auszustellen, auf beide finden die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung (vgl. die Erl. zu den §§ 1507, 2368 und über das Verhältnis des Zeugnisses nach § 1507 zu dem Erbscheine Conrades Recht 1900 S. 528 ff.).

c) Ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Rechtsnachfolge an einzelnen Gegenständen, das mit dem Erbschein eine gewisse Ähnlichkeit hat und speziell für den Gebrauch des Grundbuchamts dient, ist in der GBO. §§ 37, 38, 99 vorgesehen bzw. der Landesgesetzgebung vorbehalten (Überweisung von Nachlaßhypotheken ꝛc. bzw. von Nachlaßgrundstücken an einen Miterben im Wege der Erbauseinandersetzung).

d) Ferner ist nach § 11 des Ges., betr. das Reichsschuldbuch, v. 31. Mai 1891 (in der Fassung des FGG. § 188) das Nachlaßgericht zur Ausstellung einer Bescheinigung berufen, durch die der Rechtsnachfolger seine Verfügungsbefugnis über eine Buchforderung nachweist.

e) Wegen der nach Landesrecht von den Lehns- und Fideikommißbehörden auszustellenden Zeugnisse über die Rechtsnachfolge in diese Güterarten s. z. B. Art. 16, 18, 19 preuß. AG. z. GBO., Art. 16 bayr. AG. z. GBO.

f) Wegen der für altrechtliche Ehen bezüglich des Güterstandes auszustellenden Zeugnisse s. z. B. Art. 29, 66 preuß. AG. z. BGB., Art. 28, 67 bayer. ÜG. z. BGB. (§ 62 bayer. Nachlaßordnung).

7. Für die **Übergangszeit** entscheidet auch hinsichtlich des Erbscheins der Grundsatz des EG. Art. 213, nach welchem für die erbrechtlichen Verhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist. Vgl. hierüber Erl. 21 zu EG. Art. 213; Du Chesne in Gruch. 45 S. 49; Josef das. 47 S. 346, Rspr. 2 S. 33, 486; 3 S. 112; 5 S. 236; 6 S. 319; KG. 24 S. A 225; bayer. ObLG. 2 S. 87.

8. Wegen des **internationalen Privatrechts** s. § 2369 und Erl. zu Art. 24 ff. EG.

§ 2353.

E. I §§ 2063, 2073; II § 2213 rev. § 2327; III § 2326. P. I S. 10617 ff., 10625, 11403 f.; M. V S. 558 f., 574. P. II Bd. 5 S. 670 ff., 691. D. S. 742.

1. **Zuständiges Gericht.** Die Erteilung des Erbscheins liegt dem Nachlaßgerichte, mithin in der Regel dem Amtsgericht ob (FGG. § 72). Auf Grund des Vorbehalts im Art. 147 EG. können auch andere Behörden zuständig sein (so in Württemberg und Mecklenburg). Wegen

der Konsulargerichtsbezirke s. § 7 Nr. 2 des Ges. v. 7. April 1900, wegen der Schutzgebiete § 2 des Schutzgebietsges. in der Fassung v. 10. September 1900).

Die örtliche Zuständigkeit ist in dem FGG. geregelt (§§ 73, 4, 5, 199 a. E.; vgl. oben S. 42. Sie richtet sich nach der Person des Erblassers, kann daher bei mehrfachem Erbgange für jeden der mehreren Erbscheine eine verschiedene sein, so daß mit der Zuständigkeit für das über den ersten Erbgang auszustellende Zeugnis noch keineswegs die Zuständigkeit für das dem Erbeserben zu erteilende gegeben ist und umgekehrt. Die Wirksamkeit des Erbscheins wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß er von dem örtlich unzuständigen Gericht erteilt ist (§ 7 FGG.).

Die Erteilung im Wege der Rechtshilfe ist ausgeschlossen, nur einzelne nach § 2358 Abs. 1, § 2360, § 2368 Abs. 2 erforderliche vorbereitende Handlungen können einem ersuchten Richter übertragen werden (Rspr. 1 S. 194).

2. Der Erbschein kann bei gesetzlicher Erbfolge und bei der Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) **erteilt werden** (s. Vorbm. 1). Die Erteilung im Falle einer Verfügung von Todes wegen wird insbesondere in den Fällen der §§ 2066ff. sowie bei den häufigen Verfügungen vorkommen, die zugunsten des überlebenden Ehegatten, der vorhandenen Kinder und der Kinder, die etwa noch geboren werden, getroffen sind. Ob die Verfügung vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. errichtet worden ist, begründet keinen Unterschied. Dies gilt bei einem nach dem 31. Dezember 1899 gestorbenen Ehegatten auch dann, wenn er unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes ein gemeinschaftliches Testament errichtet hat und der andere Ehegatte vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist (vgl. Erl. zu Art. 213, 214, Rspr. 2 S. 378).

Der Erbschein muß stets das Erbrecht selbst bezeugen; ein nur die Identität des Antragstellers mit einer in der Verfügung von Todes wegen bezeichneten Person bezeugendes Ergänzungsattest im Sinne des bisherigen preußischen Rechtes ist unzulässig (KG. 22 S. A 56 = RJA. 2 S. 163, Peters in Gruch. 50 S. 145; a. M. Dernburg 5 § 158 Anm. 4).

3. Besonderer und gemeinschaftlicher Erbschein. Sind mehrere Erben vorhanden, so kann der Erbschein in zweifacher Gestalt erteilt werden, als besonderer Erbschein über den Erbteil eines einzelnen Miterben (§ 2353) und als gemeinschaftlicher Erbschein (2357). Der besondere Erbschein ist von Bedeutung, wenn die Erteilung eines gem. Erbscheins nicht zu erreichen ist, weil die Miterben ihre Erbteile noch nicht angenommen haben bzw. der Beweis der Annahme nicht zu erbringen ist oder weil der Antragsteller irgend welche anderen auf die Miterben bezüglichen Angaben nicht machen oder nicht erweisen kann (§ 2357 Abs. 3). Er reicht ferner dann aus, wenn der Antragsteller nur gemäß § 2033 über seinen Erbteil verfügen will, und kann endlich von Wert sein mit Rücksicht auf die gemäß §§ 2060, 2061 nach der Teilung des Nachlasses unter Umständen eintretende geteilte Haftung der Miterben.

a) Wegen des gemeinschaftlichen Erbscheins s. § 2357.

b) Der besondere Erbschein muß die Größe des Erbteils ergeben. Es muß mithin stets ein Bruchteil der Erbschaft angegeben sein, nicht der rechnerische Wert des Anteilrechts des Miterben oder das Ergebnis der Auseinandersetzung, also weder eine Summe noch bestimmte Nachlaßgegenstände (vgl. Erl. 3a zu § 2357). Dies gilt auch dann, wenn den einzelnen Miterben bestimmte Gegenstände zugewiesen sind und diese den Nachlaß erschöpfen. Die Angabe der Größe des Erbteils ist ein notwendiger Bestandteil des besonderen Erbscheins; sie ist nicht nur ohne einen auf sie gerichteten Antrag aufzunehmen, sondern darf überhaupt nicht unterbleiben. Ist daher die Größe des dem Antragsteller gebührenden Erbteils wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben oder aus einem der im § 2043 Abs. 2 aufgeführten gleichartigen Gründe noch unbestimmt, so ist der besondere Erbschein bis zur Hebung der Unbestimmtheit überhaupt nicht zu erteilen (M. V S. 559, RJA. 2 S. 160 = KG. 22 S. A 61 vgl. Erl. 7 zu § 2357; a. A. Frommhold, der den „zurzeit sicher zu ermittelnden Mindestbetrag" des Erbteils angegeben wissen will). Wegen der Möglichkeit, daß sich der Erbteil des Antragstellers durch den Wegfall eines Miterben, insbesondere zufolge einer Ausschlagung noch vergrößert, darf die Erteilung des besonderen Erbscheins nicht verweigert oder ausgesetzt werden, da der Erbteil angegeben werden soll, zu welchem der Antragsteller berufen ist (RJA. 7 S. 100). Dies gilt z. B. von dem Falle, daß ein Miterbe verschollen ist (Rspr. 12 S. 398).

Die Namen der Miterben brauchen in dem besonderen Erbscheine nicht angegeben zu werden, weil ihre Angabe leicht zu der irrigen Annahme führen könnte, daß ein gemeinschaftlicher Erbschein vorliege (P. II Bd. 5 S. 678). Hat der Antragsteller ein Interesse daran, auch über die Person seiner Miterben ein amtliches Zeugnis zu besitzen, so ist der Antrag auf Erteilung

eines gem. Erbscheins der gewiesene Weg. Die Erteilung eines besonderen Erbscheins kann übrigens nicht deswegen abgelehnt werden, weil ein gem. Erbschein bereits erteilt ist oder gleichzeitig beantragt wird.

4. Antragsberechtigt ist

a) zunächst **der Erbe.** Ligitimiert ist nur der nächstberufene Erbe, ein Ersatzberufener oder ein entfernterer gesetzlicher Erbe erst nach dem Wegfall aller ihm vorgehenden Personen, also noch nicht auf Grund der schon mit dem Erbfall an ihn ergehenden eventuellen Berufung (Erl. 3 zu § 1930). Der Fiskus als gesetzlicher Erbe kann die Erteilung des Erbscheins erst beantragen, nachdem das Nachlaßgericht gemäß §§ 1964—1966 festgestellt hat, daß ein anderer Erbe nicht vorhanden ist (vgl. P. II Bd. 6 S. 358). Sind mehrere Erben vorhanden, so kann jeder den Antrag auf Erteilung eines gem. Erbscheins stellen (§ 2357). Der Erbe kann den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins jeder Zeit stellen; insbesondere kann er, wenn eine Testamentsvollstreckung angeordnet ist, einen Erbschein schon vor der Erledigung der Testamentsvollstreckung beantragen (vgl. RJA. 8 S. 32).

b) Der **Nacherbe** ist erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge (§§ 2100, 2139) berechtigt. Vorher kann er auch nicht die Erteilung eines Erbscheins an den Vorerben beantragen (KG. 33 S. A 99, RJA. 8 S. 27, bayr. ObLG. 2 S. 726).

Der mit einem **Nießbrauch am Nachlasse Bedachte** hat, da er nur Vermächtnisnehmer ist, kein Recht auf Erteilung des Erbscheins (bayr. ObLG. 5 S. 560).

c) Ist ein mehrfacher Erbgang nachzuweisen, so ist an Stelle des verstorbenen Erben der **Erbeserbe** antragsberechtigt (s. unten Erl. 9 und Kreß in bayr. Z. f. Rpfl. 1 S. 137).

d) Der **Erwerber eines Erbteils** (§ 2033) ist nicht befugt, die Erteilung eines auf seinen Namen lautenden Erbscheins zu beantragen (RG. 64 S. 173 = RJA. 8 S. 16, bayr. ObLG. 6 S. 91, 194 = RJA. 5 S. 236, KG. 30 S. A 101 = RJA. 6 S. 113 a. A. die frühere Auflage, RJA. 3 S. 229, Marcus in ZBl. f. FG. 4 S. 611); dagegen ist er berechtigt, einen auf den Namen des Erben lautenden Erbschein zu beantragen. Auch der Gläubiger, der den Erbteil eines Miterben hat pfänden und sich überweisen lassen (ZPO. § 859 Abs. 2), hat nur auf Grund des § 792 ZPO. (s. unten zu e) das Recht, die Erteilung eines auf den Namen seines Schuldners lautenden Erbscheins zu beantragen (Rspr. 1 S. 298); er tritt nicht vollständig an die Stelle des Erben, weil die Überweisung des Erbteils nur zur Einziehung, nicht an Zahlungs Statt zulässig ist (ZPO. §§ 835, 849).

Dem **Erbschaftskäufer** (§§ 2371 ff. im Gegensatze zu § 2033) steht das Antragsrecht nicht zu, er kann nur von dem Verkäufer verlangen, daß dieser sich einen Erbschein erteilen läßt, wenn er eines solchen zur Erfüllung seiner persönlichen Verpflichtungen gegenüber dem Käufer bedarf (§§ 2374, 2376; Rspr. 11 S. 274; SeuffA. 60 S. 232; a. A. Wilke, Eichhorn S. 227). Hat der Erbschaftskäufer einen vollstreckbaren Titel gegen den Erben auf Übertragung der Erbschaftsgegenstände erlangt, so ist er berechtigt, den Anspruch des Erben auf Erteilung eines Erbscheins geltend zu machen.

e) Der **mit einem vollstreckbaren Titel ausgestattete Gläubiger des Erben** kann, sofern er zum Zwecke der Zwangsvollstreckung oder der Ausführung eines Urteils, das eine Willenserklärung des Schuldners ersetzt und eine Eintragung in ein öffentliches Buch oder Register zum Gegenstande hat, eines Erbscheins bedarf, die Erteilung anstelle des Schuldners verlangen (ZPO. §§ 792, 896, vgl. §§ 727, 830, 837, 866, 867, GBO. §§ 14, 40, vgl. RJA. 1 S. 102; 5 S. 234 = KG. 29 S. A 74, Rspr. 6 S. 400; Josef in Z. d. DNotVer. 1906 S. 422; Münchmeyer S. 49 ff.).

f) Da der Antrag auf Erteilung des Erbscheins, insbesondere mit Rücksicht auf GBO. § 36 und verwandte Vorschriften, als **ein Akt der Verwaltung des Nachlasses** anzusehen ist, muß das Antragsrecht jedem zugesprochen werden, dem kraft Gesetzes die Verwaltung des Nachlasses zusteht, sofern er zu seinen sonstigen Verwaltungshandlungen des Erbscheins bedarf. Diese Voraussetzung trifft zu für den **Ehemann der Erbin,** sofern nicht die Erbschaft zum Vorbehaltsgute gehört; er ist daher berechtigt, die Erteilung eines auf den Namen der Frau lautenden Erbscheins zu beantragen (a. A. Weißler S. 209; Herzfelder, Dernburg 5 S. 442; Josef in DJZ. 1906 S. 1021). Auf den eigenen Namen kann er den Erbschein auch dann nicht erteilt verlangen, wenn Gütergemeinschaft besteht und der Nachlaß zum Gesamtgute gehört. Ob man ein eigenes Antragsrecht des Ehemanns oder nur eine selbständige Ausübung des Antragsrechts der Frau annehmen will, dürfte ohne Bedeutung sein; jedenfalls wird durch das Recht des Mannes die eigene Befugnis der Frau, als Erbin die Erteilung des Erbscheins zu

beantragen, nicht ausgeschlossen und kann, wenn der eine Ehegatte sich den Erbschein hat erteilen lassen, der andere nicht einen neuen, sondern nur eine Ausfertigung des erteilten verlangen.

Solche Personen, die kraft ihrer eigenen Stellung zu dem Nachlaß ein von der Person des Erben unabhängiges Verwaltungsrecht haben, insbesondere der Nachlaßverwalter und der Nachlaßkonkursverwalter, leiten zwar ihr Verwaltungs- und Verfügungsrecht aus ihrem Amte her und bedürfen deshalb gegenüber Dritten keines authentischen Ausweises über die Person des Erben. Gleichwohl gibt es Akte der Verwaltung des Nachlasses, zu denen auch für sie ein Ausweis über die Person des Erben zweckdienlich ist. Die Antragsberechtigung ist daher auch ihnen zuzubilligen (Strohal § 67 Note 9).

g) Zweifelhaft liegt die Frage, in betreff des **Testamentsvollstreckers**. Seine Befugnis zur Verwaltung des Nachlasses wird durch das ihm nach § 2368 zu erteilende Zeugnis genügend festgestellt. Der TV. bedarf indessen zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses unter Umständen des Nachweises, wer der wirkliche Erbe ist; so ist er insbesondere nach § 2206 in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß beschränkt und bedarf dazu unter Umständen der Mitwirkung des Erben. Er würde in solchen Fällen darauf angewiesen sein, von dem Erben zu verlangen, daß dieser sich einen Erbschein ausstellen lasse. Ob ihm ein solches Recht dem Erben gegenüber zusteht, ist zweifelhaft. Jedenfalls ist es einfacher und entspricht es der Rechtsstellung des TV. mehr, ihm auf Grund seines Verwaltungsrechts das Recht einzuräumen, selbst die Erteilung des Erbscheins zu beantragen. Ebenso KG. 22 S. A S. 56 = RJA. 2 S. 163 a. A. v. Jacubezky im Recht 1901 S. 575, Herzfelder, Goslich in CBl. f. FG. 3 S. 385.

h) Auf den der **Landesgesetzgebung unterliegenden Rechtsgebieten** kann das Recht, die Erteilung eines Erbscheins zu beantragen, auch anderen Personen sowie Behörden beigelegt werden z. B. Auseinandersetzungsbehörden. In Preußen sind jedoch die letzteren nicht antragsberechtigt.

i) Andere Personen als der Erbe und die nach dem Vorstehenden ihm Gleichzustellenden haben das Antragsrecht grundsätzlich nicht, mögen sie auch an dem Nachweise der Erbfolge ein rechtliches Interesse haben, insbesondere wegen der Passivlegitimation für einen gegen den Nachlaß gerichteten Anspruch (M. V S. 558). Solche Beteiligte sind im allgemeinen darauf beschränkt, sich von einem bereits ausgestellten Erbschein eine Ausfertigung erteilen oder Einsicht und (beglaubigte) Abschrift gewähren zu lassen (s. unten 14).

5. Eine **Form** ist für **den Antrag** nicht vorgeschrieben. Der gesetzliche Vertreter eines Antragsberechtigten hat natürlich für diesen den Antrag zu stellen. Der Antrag kann auch durch einen Bevollmächtigten gestellt werden.

Der Notar, welcher die eidesstattlichen Versicherungen (§ 2356) beurkundet hat, ist nicht befugt, den Antrag namens der Antragsteller ohne Vollmacht derselben zu stellen (KG. in Rspr. 12 S. 398); die Vorschriften der §§ 71, 100, 124, 129 FGG. dürfen nicht analog angewendet werden (vgl. RJA. 4 S. 136).

6. **Inhalt des Antrags.** Welche **Voraussetzungen** der Antrag erfüllen muß, ist im § 2354 für den Fall der gesetzlichen Erbfolge und im § 2355 für den der Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen vorgeschrieben. Abgesehen von den hiernach erforderlichen Angaben muß der Antrag einen bestimmten Vorschlag enthalten. Im Antrage muß bestimmt angegeben werden, welches Erbrecht (ob auf Grund des Gesetzes, Testaments oder Vertrags) und welcher Erbteil in Anspruch genommen wird (RJA. 3 S. 181, Rspr. 7 S. 144), es darf nicht dem Nachlaßgericht anheimgegeben werden, ob es den Antragsteller als gesetzlichen oder Testaments- bzw. Vertragserben ansehen will (KG. 30 S. A 98).

7. **Keine Voraussetzung** für die Erteilung des Erbscheins ist das Vorhandensein eines Nachlasses. Es kann daher ein Erbschein auch dann erteilt werden, wenn der Erblasser mit seinem Ehegatten in allg. Gütergemeinschaft lebte und anderes Vermögen als das Gesamtgut der fortgesetzten GG. nicht vorhanden ist (Rspr. 7 S. 364; 11 S. 270 a. A. Rspr. 11 S. 266).

Wegen mangelnden Bedürfnisses darf die Erteilung eines Erbscheins nicht abgelehnt werden (bayer. ObLG. 3 S. 664).

8. Die **Form des Erbscheins** ist reichsgesetzlich nur insofern bestimmt, als sie sich aus seiner Natur als amtliches Zeugnis notwendig ergibt. Im einzelnen, insbesondere hinsichtlich der Datierung, der Unterschrift, des Siegels oder Stempels und der Form der Ausfertigung, sind die Landesgesetze maßgebend (s. für Preußen FGG. Art. 18, 53 ff., für Bayern Bek. v. 20. März 1903 §§ 49 ff.; für Württemberg JMV. v. 14. Sept. 1899 § 43 und 6. Nov. 1899 § 6); die Vor-

schriften des Reichsges. über die Freiw. G. §§ 168ff. finden keine Anwendung, weil sie nur für die Beurkundung von Rechtsgeschäften gelten. Wo die Vorlegung eines Erbscheins gesetzlich erfordert wird, namentlich im Grundbuchverkehre, muß in der Regel die Urschrift oder die dem Antragsteller erteilte Ausfertigung beigebracht werden; die Vorlegung einer beglaubigten Abschrift wird schon mit Rücksicht auf § 2361 nur ausnahmsweise genügen (Rspr. 3 S. 389; Achilles-Strecker GBO. S. 232, 256).

9. Der **Inhalt des Erbscheins** ergibt sich aus den §§ 2353, 2357, 2363, 2364. Es sind danach anzugeben:

a) Das Erbrecht. Hierzu bedarf es

α) der möglichst genauen Angabe des Namens, Berufs und Wohnorts des Erblassers. Statt des Namens genügt im Notfalle wie nach § 2241 Nr. 2 im Testament eine anderweite deutliche Bezeichnung der Person. Der Vorname des Erblassers ist so anzugeben, wie er in der standesamtlichen Urkunde lautet; dies schließt nicht aus, daß, wenn der Erblasser im rechtsgeschäftlichen Verkehre sich auch eines anderen Namens zu bedienen pflegte, auch dieser Name angegeben wird (KG. 29 S. A 76 = RJA. 5 S. 156, Rspr. 10 S. 314).

β) der Angabe der Todeszeit des Erblassers,

γ) der Angabe des Namens, Berufs und Wohnorts des Erben.

Die Namen des Erblassers und des Erben müssen jedenfalls so deutlich angegeben sein, daß ein Zweifel über die Identität möglichst ausgeschlossen ist (RJA. 5 S. 156). Übrigens hat nicht jede Unrichtigkeit im Namen des Erblassers oder des Erben die Unwirksamkeit des Erbscheins zur Folge.

b) Bei mehreren Erben die Größe des Erbteils bzw. in einem gemeinschaftlichen Erbschein aller Erbteile. Vgl. oben Erl. 3.

c) Etwaige vom Erblasser angeordnete dingliche Beschränkung des Erbrechts. Dazu gehören die Anordnung einer Nacherbfolge (§ 2363) und einer Testamentsvollstreckung (§ 2364) sowie landesrechtlich bei altrechtlichen Ehen gewisse Beschränkungen wie der Beisitz (bayer. ÜG. z. BGB. Art. 28).

d) Die Angabe des Berufungsgrundes (Gesetz, Testament, Erbvertrag) ist nicht notwendig, aber zweckmäßig. Es empfiehlt sich dabei die Verfügung von Todes wegen mit ihrem Datum zu bezeichnen.

In allen Fällen muß jedoch in dem Erbscheine das Rechtsverhältnis bezeugt werden, er darf sich nicht auf eine bloße Bescheinigung von Tatsachen oder auf die Anführung bzw. Wiedergabe einer Verfügung von Todes wegen beschränken (s. Erl. 3 zu § 2359). Ein bedingter Erbschein würde die Zwecke eines solchen nicht erfüllen, er ist daher für unzulässig zu erachten (vgl. wegen eines Rechtsstreits über das Erbrecht Erl. 2 zu § 2360, wegen eines Falles nach § 2043 oben Erl. 3 und Erl. 7 zu § 2357).

Bei mehrfachem Erbgange dürfen nicht unter Überspringung der Zwischenglieder unmittelbar die Erbeserben als Erben genannt werden, vielmehr sind mehrere besondere Erbscheine zu erteilen, deren äußere Zusammenfassung allerdings unter Umständen möglich sein wird (vgl. Recht 1901 S. 234).

10. Eine Begründung des erteilten Zeugnisses ist in den Erbschein nicht aufzunehmen (M. V S. 565, RJA. 5 S. 163 = KG. 29 S. A 65).

Angaben, die nicht zum gesetzlichen Inhalte des Erbscheins gehören, haben nicht die dem Erbscheine nach den §§ 2365—2367 zukommende rechtliche Bedeutung (vgl. auch Erl. 3 zu § 2365) und dürfen daher nicht in den Erbschein aufgenommen werden. Hierher gehören z. B. Angaben über Vermächtnisse (RJA. 1 S. 100), Auflagen, über die Belastung mit anderweiten Nachlaßverbindlichkeiten z. B. mit Pflichtteilsrechten (Rspr. 7 S. 144), Teilungsanordnungen (§ 2048), über Vorempfänge, über einen z. B. der Witwe des Erblassers zustehenden Nießbrauch am Nachlasse (KG. 31 S. A 120), über die elterliche Nutznießung an den Erbteilen der Kinder (vgl. bayer. ObLG. 2 S. 219, 869; 3 S. 475; 5 S. 561; Rspr. 11 S. 267).

11. Die **Erteilung des Erbscheins vollzieht sich** durch die Aushändigung an den Antragsteller. Dieser erhält die Urschrift des Erbscheins, bei den Akten bleibt nur der Entwurf oder eine Abschrift zurück (so bayer. Bek. v. 20. März 1903 § 57, a. A. Güthe GBO. zu § 36, die Praxis ist schwankend). Eine Bekanntmachung oder Zustellung der Verfügung, daß der Erbschein erteilt werde, findet nicht statt (a. A. Güthe a. a. O.); denn der Erbschein ist ein Zeugnis, nicht eine Verfügung und fällt deshalb nicht unter § 16 FGG. A. M. Rspr. 9 S. 228 (der Erbschein ist schon erteilt, wenn er nur fertiggestellt und zur Aushändigung an den Antragsteller bereit

§. 2354. Wer die Ertheilung des Erbscheins als gesetzlicher Erbe beantragt, hat anzugeben:

1. die Zeit des Todes des Erblassers;
2. das Verhältniß, auf dem sein Erbrecht beruht;
3. ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbtheil gemindert werden würde;
4. ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todeswegen vorhanden sind;
5. ob ein Rechtsstreit über sein Erbrecht anhängig ist.

Ist eine Person weggefallen, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbtheil gemindert werden würde, so hat der Antragsteller anzugeben, in welcher Weise die Person weggefallen ist.

---

gehalten wird), und Herzfelder, welcher unter Erteilung des Erbscheins den Beschluß auf Erteilung versteht. Ein nicht vom Nachlaßgericht ausgehändigter, sondern auf andere Weise in den Verkehr gelangter Erbschein ist unwirksam. Wird dem von dem Nachlaßgericht abgelehnten Antrag auf Erteilung des Erbscheins vom Beschwerdegericht stattgegeben, so hat dieses sich darauf zu beschränken, das Nachlaßgericht zur Erteilung anzuweisen, es kann den Erbschein nicht selbst erteilen.

12. **Die Kosten des Erbscheins** treffen den Antragsteller, sie begründen keine Nachlaßverbindlichkeit.

13. Wegen des **Beschwerderechts** gegen Erteilung des Erbscheins oder Ablehnung des Antrags auf Erteilung s. Erl. 6 zu § 2359.

14. Eine **Ausfertigung des einmal erteilten Erbscheins** kann nach § 85 FGG. jeder verlangen, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. Nach § 78 das. ist Einsicht und beglaubigte Abschrift (vgl. Rspr. 6 S. 479) des Erbscheins zu gewähren, wenn nur ein berechtigtes Interesse hieran glaubhaft gemacht wird. Um im Falle der Unrichtigkeit des Erbscheins auch die Ausfertigungen desselben einziehen zu können (s. Erl. 5 zu § 2361), empfiehlt es sich in den Akten zu vermerken, wann und an wen eine Ausfertigung erteilt worden ist (vorgeschrieben ist dies in § 57 Abs. 2 der bayer. Bek. v. 20. März 1903).

§ 2354.

E. I § 2069; II § 2219 rev. § 2328; III § 2327. P. I S. 10625 ff., 11456, 12273; M. V S. 559. P. II Bd. 5 S. 679; Bd. 6 S. 357.

Eichhorn DJZ. 1901 S. 201 ff. und Z. d. DNotVer. 1902 S. 2 ff.; Matthießen CBl. f. FG. 6 S. 387 ff.; Metzges das. 2 S. 603 (über das Erbscheinverfahren, wenn dem überlebenden Ehegatten vor dem Inkrafttreten des BGB. ein Bruchteil des Nachlasses vermacht ist und ihm nach damaligem Rechte kein gesetzliches Erbrecht zusteht).

1. **Erfordernisse des Antrags bei gesetzlicher Erbfolge.** Im § 2354 werden die Angaben aufgezählt, welche der Antrag des gesetzlichen Erben auf Erteilung des Erbscheins enthalten muß. Nach Lage des Falles können weitere Angaben geboten sein, z. B. zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts. Die Angaben zu Abs. 1 Nr. 2, 3 braucht der Antragsteller nur bezüglich seiner Person zu machen, bezüglich seiner Miterben nur dann, wenn er einen gemeinschaftlichen Erbschein, nicht wenn er einen solchen nur über seinen Erbteil begehrt.

Nicht erforderlich ist eine Angabe darüber, daß und wie der Antragsteller die Erbschaft bzw. seinen Erbteil angenommen hat. Einer solchen Angabe bedarf es nur bei der Erwirkung eines gemeinschaftlichen Erbscheins hinsichtlich der Miterben des Antragstellers (§ 2357 Abs. 3 Satz 1). Betreffs des letzteren selbst wird in dem Antrag auf Erteilung des Erbscheins wohl stets die Annahme der Erbschaft, wenn diese noch nicht erfolgt sein sollte, zu erblicken sein. Zuzugeben ist allerdings, daß der Antrag eine Annahmeerklärung nicht begrifflich notwendig enthält, da er auch zu dem Zwecke gestellt sein kann, um unaufschiebbare Verwaltungshandlungen bezüglich des Nachlasses zu ermöglichen (s. auch Erl. 4 zu § 1943). Liegt ein solcher Fall vor, behält sich z. B. der Antragsteller die Ausschlagung der Erbschaft im Antrag auf Erteilung des Erbscheins vor, so ist der Antrag abzulehnen (Strohal § 67 Note 10). Wenn der Antragsteller nicht selbst Erbe ist (z. B. wenn der Mann für die Frau oder der Gläubiger für den Schuldner den Erbschein beantragt), muß er natürlich die Annahme der Erbschaft durch den Erben nachweisen.

2. Zu den **einzelnen Erfordernissen** ist folgendes zu bemerken:

a) Die Angabe der Todeszeit (Nr. 1) dient zur näheren Kennzeichnung des Erblassers, hauptsächlich aber zur Bestimmung der erbberechtigten Personen (Vorbm. 2d S. 9, Erl. 3 zu § 1930). Mit Rücksicht auf diesen Zweck braucht der Zeitpunkt des Todes nach Tag und Stunde nur dann angegeben zu werden, wenn Tag und Stunde des Todes für die Erbfolge (z. B. bei mehrfachem Erbgange) von Bedeutung sind; für die Regel genügt eine nach gewissen Zeitgrenzen bestimmte Angabe (R. V S. 559). Im Falle der Todeserklärung ist der in dem Urteile festgestellte Zeitpunkt des Todes anzugeben (§ 18, CPO. § 970 Abs. 2; vgl. auch die Rechtsvermutung des § 20).

b) Das Verhältnis, auf dem das gesetzliche Erbrecht des Antragstellers beruht (Nr. 2), kann nach den in den §§ 1924—1936 aufgestellten Gründen der gesetzlichen Berufung Verwandtschaft, Ehe oder die Staats- bzw. Reichsangehörigkeit des Erblassers sein. Neben der Blutsverwandtschaft kommt die Annahme an Kindesstatt in Betracht, bei einer altrechtlichen Ehe (EG. Art. 200) oder einer Ehe, für deren Güterstand ausländisches Recht maßgebend ist, kann auch der eheliche Güterstand in Betracht kommen (Rspr. 11 S. 270). Das Verhältnis ist nicht mit seinem abstrakten Namen zu bezeichnen, sondern durch bestimmte Angaben, insbesondere bei entfernterer Verwandtschaft durch genaue Benennung aller Zwischenglieder, klarzustellen.

c) Die Angabe der vorhanden gewesenen oder noch vorhandenen Personen, die den Antragsteller von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen oder sein Erbteil mindern würden (Nr. 3), ist notwendig zu der Feststellung, ob der Antragsteller der nächste gesetzliche Erbe ist und in welchem Maße etwaige gleich nahe Berufene mit ihm konkurrieren. Es sind hiernach alle Personen namentlich aufzuführen, die als Erben bzw. Miterben berufen sein würden, wenn sie nicht vor dem Erbfalle gestorben oder auf Grund der für die Fälle der Ausschließung, des Erbverzichts, der Ausschlagung und der Erbunwürdigkeit (§§ 1933, 1938, 2346, 1953, 2344) geltenden gesetzlichen Fiktion als vor diesem Zeitpunkte gestorben anzusehen wären. Eine Beschränkung der Angabe auf die zur Zeit des Erbfalls lebenden Personen (Wilke Anm. 3; Auerbach Z. d. DNotVer. 1904 S. 427) läßt sich nicht rechtfertigen, vielmehr sind alle nach Vorstehendem in Betracht kommenden Personen, die zu irgendeiner Zeit gelebt haben, aufzuführen, auch wenn sie, wie z. B. ältere Geschwister, oder der Vater eines postumus, selbst die Geburt des Erblassers nicht mehr erlebt haben (RJA. 4 S. 87 = KG. 27 S. A 44, Rspr. 8 S. 293, de Witt in Z. d. DNotVer. 4 S. 482). Daß die Zahl der hiernach anzugebenden Personen nicht ins Ungemessene wächst, folgt schon aus der Konstruktion der gesetzlichen Verwandtenerbfolge; von selbst versteht sich auch, daß bei mehrfacher Ehe des Erblassers nur der letzte Ehegatte angegeben zu werden braucht.

Der Nachweis der Nichtschwangerschaft der Witwe des Erblassers ist nur erforderlich, wenn dazu besondere Umstände Veranlassung geben (KG. 29 S. A 71).

d) Verfügungen des Erblassers von Todes wegen (Nr. 4) sind ohne Rücksicht auf ihren Inhalt anzugeben und nach § 2356 vorzulegen. Die Prüfung, ob in einer Verfügung eine Erbeinsetzung enthalten ist, soll nicht dem Antragsteller, sondern dem Nachlaßgerichte zustehen (KG. 25 S. A 64). Auch die offenbare Ungültigkeit einer Verfügung entbindet den Antragsteller nicht von der Angabepflicht, dagegen wird diese bezüglich solcher Verfügungen zu verneinen sein, die zweifellos vom Erblasser durch Vernichtung der Urkunde oder durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung (§§ 2255, 2256) widerrufen sind, da in diesen Fällen eine Verfügung nicht mehr „vorhanden" ist (vgl. Erl. 2 zu § 2259; a. A. Voß S. 668). Die Angabe, daß der Erblasser kein Testament hinterlassen hat, genügt nicht, da sie vertragsmäßige Verfügungen nicht umfaßt (KG. 31 S. A 115).

e) Die nach Nr. 5 erforderliche Angabe, **ob ein Rechtsstreit** über das Erbrecht des Antragstellers **anhängig** ist, soll eine größere Gewähr gegen die Erteilung eines unrichtigen Erbscheins schaffen. Der Rechtsstreit schließt die Erteilung des Erbscheins nicht aus, das Nachlaßgericht soll jedoch nach § 2360 den Gegner hören und es wird naturgemäß in einem solchen Falle mit besonderer Vorsicht verfahren. Nur außergerichtliches Bestreiten des Erbrechts braucht nicht angegeben zu werden. Vgl. im übrigen Erl. 1, 2 zu § 2360.

3. Der Abs. 2 steht mit der Nr. 3 des Abs. 1 im Zusammenhang. Er bezieht sich übrigens wie jene Vorschrift nicht nur auf vorgehende oder gleichberechtigte gesetzliche Erben, sondern auch auf Personen, die in einer Verfügung von Todes wegen als Erben eingesetzt waren; vgl. oben Erl. 2c und Erl. II 2c zu § 2356.

§. 2355. Wer die Ertheilung des Erbscheins auf Grund einer Verfügung von Todeswegen beantragt, hat die Verfügung zu bezeichnen, auf der sein Erbrecht beruht, anzugeben, ob und welche sonstigen Verfügungen des Erblassers von Todeswegen vorhanden sind, und die im §. 2354 Abs. 1 Nr. 1, 5, Abs. 2 vorgeschriebenen Angaben zu machen.

§. 2356. Der Antragsteller hat die Richtigkeit der in Gemäßheit des §. 2354 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 gemachten Angaben durch öffentliche Urkunden nachzuweisen und im Falle des §. 2355 die Urkunde vorzulegen, auf der sein Erbrecht beruht. Sind die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt die Angabe anderer Beweismittel.

In Ansehung der übrigen nach den §§. 2354, 2355 erforderlichen Angaben hat der Antragsteller vor Gericht oder vor einem Notar an Eidesstatt zu versichern, daß ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht. Das Nachlaßgericht kann die Versicherung erlassen, wenn es sie für nicht erforderlich erachtet.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit die Thatsachen bei dem Nachlaßgericht offenkundig sind.

---

§ 2355.

E. I § 2078; II § 2220 rev. § 2329; III § 2328. P. I S. 10617 ff., 10667 ff., 11404, 11435; M. V S. 558, 573 f. P. II Bd. 5 S. 671, 681, 691.

1. Erfordernisse des Antrags im Falle der Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen. Anzugeben sind:

a) Die Todeszeit des Erblassers (§ 2354 Abs. 1 Nr. 1); s. Erl. 2a zu § 2354.

b) Die Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag), auf welcher das Erbrecht beruht. Die Verfügung ist nach § 2356 urkundlich vorzulegen (s. Erl. II 3 zu § 2356); über die Prüfung der Gültigkeit und die Auslegung der Verfügung s. Erl. 2 zu § 2358.

c) Ob und welche sonstige Verfügungen von Todes wegen vorhanden sind; hierzu s. Erl. 2d zu § 2354.

d) Ob ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist (§ 2354 Abs. 1 Nr. 5); s. Erl. 2e zu § 2354.

e) Die Art und Weise, in welcher Personen weggefallen sind, die den Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert haben würden (§ 2354 Abs. 2); s. Erl. 3 zu § 2354.

2. Auf die Verhältnisse der Miterben haben sich die bezeichneten Angaben nicht zu erstrecken, sofern nicht ein gemeinschaftlicher Erbschein beantragt wird.

3. Wegen des Nachweises der Annahme der Erbschaft s. Erl. 1 zu § 2354.

4. Die Erteilung des Erbscheins ist erst **nach der Eröffnung der Verfügung von Todes wegen** zulässig, auf Grund deren sie beantragt wird (a. A. wie es scheint Goslich ZBl. f. FG. 2 S. 93). Insbesondere muß also auch bei einem offen im Nachlasse vorgefundenen eigenhändigen Testamente den Vorschriften der §§ 2259, 2260 genügt sein, ehe dem Antrag entsprochen werden kann (Rspr. 2 S. 373; 6 S. 184; KG. 22 S. A 52; vgl. Erl. 2 zu § 2259).

5. Der Antragsteller muß bestimmt erklären, ob er den Erbschein auf Grund einer Verfügung von Todes wegen und, wenn mehrere solche Verfügungen vorliegen, auf Grund welcher oder als gesetzlicher Erbe beantragt (s. Erl. 6 zu § 2353).

§ 2356.

E. I §§ 2070, 2078; II § 2221 rev. § 2330; III § 2329. P. I S. 10626, 10630 ff., 12273; M. V S. 560 ff. P. II Bd. 5 S. 679, 682, 691.

I. Der § 2356 handelt von den **Beweismitteln**, die der Antragsteller zum Belege der Richtigkeit seiner Angaben beizubringen hat.

II. Soweit sich ein positiver Beweis erbringen läßt, soll dieser mit Rücksicht auf die weittragenden Wirkungen des Erbscheins in der Regel durch **öffentliche Urkunden** geführt werden.

1. Der **Begriff der öffentlichen Urkunde** ist aus CPO. § 415 zu entnehmen. In erster Linie kommen standesamtliche Urkunden in Betracht, d. h. die Standesregister bzw. die aus dem Haupt- oder Nebenregister des Standesamts erteilten „Auszüge" (beglaubigte Abschriften) über Geburten, Heiraten und Sterbefälle (§ 15 Abs. 2 PersGes. v. 6. Februar 1875). Für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Reichs-Personenstandsges. (1. Januar 1876) sind nach § 73 dieses Gesetzes die Zeugnisse maßgebend, die von den nach dem früheren Landesrechte berufenen Behörden bzw. Beamten erteilt sind bzw. noch jetzt erteilt werden, also die Kirchenbücher, Standesregister (z. B. code civ. art. 34 ff., preuß. Ges. v. 9. März 1874, in Kraft seit 1. Oktober 1874) oder gerichtlichen Register (z. B. für Juden und Dissidenten preuß. V. v. 30. März 1847, Ges. v. 23. Juli 1847, bayer. Ges. v. 2. Mai 1868). Diese Urkunden haben nur nach Maßgabe der für sie geltenden besonderen Vorschriften Beweiskraft. Der Taufschein eines unter der Herrschaft des PersGes. geborenen Kindes beweist z. B. nicht die Ehelichkeit desselben (RG. in Gruch. 48 S. 1133). Wegen der sog. Stammbücher s. Metzges in DJZ. 1904 S. 1176.

2. **Durch öffentliche Urkunden sind nachzuweisen:**

a) der Tod und die Todeszeit des Erblassers. Neben der standesamtlichen Sterbeurkunde kommt hier das Todeserklärungsurteil (§ 18, CPO. § 970) in Betracht;

b) das Verhältnis des Antragstellers zum Erblasser, auf dem das Erbrecht beruht (s. Erl. 2b zu § 2354). Bei entfernterer Verwandtschaft muß jeder die Verwandtschaft vermittelnde Geburtsfall urkundlich nachgewiesen werden, bei Verwandtschaft durch den Mannesstamm ist auch die Ehelichkeit der Geburt darzutun.

Zweifelhaft ist, ob zum Beweise der ehelichen Abstammung außer der Geburtsurkunde auch die Heiratsurkunde der Eltern vorgelegt werden muß. Die Standesregister beweisen nach § 15 PersGes. nur die Tatsachen, zu deren Beurkundung sie bestimmt sind, und es kann daher der Beweis einer zwischen den Eltern bestehenden Ehe aus dem Umstande, daß die Mutter in der Geburtsurkunde als Ehefrau eines bestimmten Mannes bezeichnet ist, mit allgemeiner Gültigkeit nicht gefolgert werden. Hier steht aber nur die eheliche Abstammung des Kindes in Frage; daß die Geburtsregister auch zum Nachweise der Abstammung bestimmt sind, ist unbestritten und zwar sprechen überwiegende Gründe dafür, daß sie nicht nur die Abstammung als solche, sondern auch ob diese ehelich oder unehelich ist, angeben (so auch RG. i. St. 2 S. 303; 13 S. 129; 16 S. 348 a. A. Sartorius PersGes. S. 160). Verlangt man neben der Geburtsurkunde trotz des Vermerks in ihr die Heiratsurkunde, so kann man eigentlich nicht hierbei stehen bleiben; denn vom Standpunkte dieser Ansicht aus würde die Geburtsurkunde für sich allein auch nicht genügen, die Berechtigung des Kindes zur Führung des Namens seines Vaters zu beweisen. Mit Rücksicht hierauf wird man die Heiratsurkunde der Eltern nicht fordern dürfen. Wie hier KG. in Z. d. DNotVer. 1908 S. 107, ferner die bayerische Praxis und nach RJA. 7 S. 95 wohl auch die in Elsaß-Lothr. (Freudenthal im Recht 1906 S. 494). Die preußische Praxis scheint mehr dazu zu neigen, die Heiratsurkunde zu verlangen. Daß es zur Erwirkung des Erbscheins nach der Mutter oder deren Verwandten nicht der Heiratsurkunde der Mutter bedarf, folgt schon aus § 1705 (KG. 27 S. A 48, Rspr. 9 S. 432); auch für den Erbschein nach dem Bruder oder der Schwester bedarf es nicht der Heiratsurkunde der Eltern (KG. in CBl. f. FG. 8 S. 61).

c) der Wegfall einer Person, die nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung oder nach einer Verfügung von Todes wegen den Antragsteller ausschließen oder seinen Erbteil mindern würde. Hier können sehr verschiedenartige Urkunden beizubringen sein: die Sterbeurkunde oder das Todeserklärungsurteil, ein Erbverzichtsvertrag (§ 2348), eine mit dem Rechtskraftszeugnisse versehene Ausfertigung des auf Erbunwürdigkeit lautenden Urteils (§ 2342) oder eines Scheidungsurteils (§§ 1564, 1931), ferner auch ein Erbvertrag oder ein in öffentlicher Form errichtetes Testament, wenn in diesem der betreffende Berechtigte von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen oder seines auf Verfügung von Todes wegen beruhenden Erbrechts verlustig erklärt ist (§§ 1998, 2254, 2258, 2289, 2290, 2292). Ist die Ausschließung oder der Widerruf in einem eigenhändigen Testament ausgesprochen, so muß nach Abs. 1 Satz 2 (unten 4) von dem Nachweise durch eine öffentliche Urkunde abgesehen werden. Das gleiche wird wohl stets dann zutreffen, wenn das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nach § 1933 ausgeschlossen ist. Wegen der Ausschlagung eines vorgehenden oder gleichberechtigten Erben s. unten IV. Der Beweis des Wegfalls solcher Personen ist in demselben Umfange zu führen, in welchem die Angaben nach § 2354 Abs. 2 zu machen sind (s. dort Erl. 2c), also nicht etwa nur bezüglich der zur Zeit des Erbfalls lebenden Personen. Die Beibringung von Geburtsurkunden weggefallener Personen ist entbehrlich,

sofern es sich nicht um die Zwischenglieder zwischen dem Erblasser und dem Antragsteller handelt und daher die Nr. 2 des § 2354 Abs. 1 zutrifft.

8. Vorlegung der Verfügung von Todes wegen. Wird der Erbschein auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt, so soll der Antragsteller nach Abs. 1 Satz 1 die Urkunde vorlegen, auf der sein Erbrecht beruht. Da übrigens die Erteilung des Erbscheins die vorgängige Eröffnung der Verfügung voraussetzt (Erl. 4 zu § 2355), nach der Eröffnung aber die Urschrift des Testaments oder Erbvertrags in der Verwahrung des Nachlaßgerichts bleibt (Erl. 4 zu § 2264, Erl. 2c zu § 2273, Erl. 2 zu § 2300), kann der Antragsteller nur eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift vorlegen, was entbehrlich ist, wenn sich das angegangene Gericht im Besitze der Urschrift befindet. Es wird also, von Ausnahmefällen abgesehen, an Stelle der Vorlegung nur eine Bezugnahme auf die in der Verwahrung des Nachlaßgerichts befindliche Verfügung erfolgen.

Die Echtheit der die Verfügung enthaltenden Urkunde bedarf, wenn diese in öffentlicher Form errichtet ist (§ 2231 Nr. 1, § 2249), keines Beweises (Ges., betr. die Beglaubigung öffentlicher Urkunden, v. 1. Mai 1878 § 1). Dagegen kann eine Urkunde, die sich äußerlich als ein eigenhändiges oder nach §§ 2250, 2251 vor drei Zeugen errichtetes Testament darstellt, nicht ohne weiteres als echt angesehen werden, vielmehr ist hinsichtlich ihrer ein gewisser Beweis der Echtheit auch dann zu erfordern, wenn besondere Gründe zum Mißtrauen nicht vorliegen (a. A. Eichhorn S. 248 Anm. 14). Bei Dorftestamenten (§ 2249) und den in den §§ 2250, 2251 bezeichneten Testamenten ist auch zu prüfen, ob nicht die im § 2252 bestimmte zeitliche Schranke für ihre Gültigkeit abgelaufen ist.

4. Sind die (öffentlichen) Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt nach Abs. 1 Satz 2 die **Angabe anderer Beweismittel.** Der Grund kann in der Natur der zu beweisenden Tatsachen oder in irgend welchen äußeren Umständen liegen. Einige Beispielsfälle sind bereits oben zu 2c angeführt. Übrigens bezieht sich die Vorschrift, wie die Fassung ergibt, auch auf den Fall, daß die (öffentliche oder private) Urkunde nicht vorgelegt werden kann, auf der das Erbrecht des Antragstellers beruht (§ 2355). Als geeignete Beweismittel kommen Privataufzeichnungen, Familienstammbücher sowie formlose Auskünfte von Behörden in Betracht. Der Antragsteller kann auch Zeugen, insbesondere sog. Notorietätszeugen benennen, welche letzteren bekunden sollen, daß eine Tatsache in einem gewissen Kreise stets als wahr angenommen worden ist. An Stelle eines verloren gegangenen Testaments kann unter Umständen ein Urteil genügen, in welchem das Vorhandensein und der Inhalt des Testaments festgestellt ist (vgl. Rspr. 2 S. 117). Auch die Bezugnahme auf einen von demselben oder einem anderen Nachlaßgericht erteilten Erbschein nach einem anderen Erblasser ist zulässig, wenn sich aus diesem ergibt, daß ein bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis damals als festgestellt angesehen worden ist. Im Notfalle kann der Antragsteller, wenn sein Wissen für die festzustellende Tatsache von Bedeutung ist, zur eidesstattlichen Versicherung zugelassen werden (Eichhorn, DJZ. 1901 S. 202).

5. Die **überreichten Urkunden sind,** nachdem von ihnen, soweit erforderlich, zu den Nachlaßakten beglaubigte Abschriften genommen sind, dem Antragsteller auf Verlangen **zurückzugeben** (RJA. 3 S. 227, Rspr. 7 S. 143, Ritter im Recht 1902 S. 139, Freudenthal das. 1903 S. 139).

III. Für die **Angaben, welche** ganz oder doch in bestimmter Beziehung **negativer Natur sind** (§ 2354 Abs. 1 Nr. 3—5 und in § 2355 die Angabe bezüglich der sonstigen Verfügungen), kann ein eigentlicher Beweis von dem Antragsteller nicht erfordert werden. Auch durch die von Amts wegen anzustellenden Ermittelungen (§ 2358) würde sich hinsichtlich dieser Punkte nicht immer volle Sicherheit gewinnen lassen. Das BGB. bedient sich daher des Aushilfsmittels einer von dem Antragsteller abzugebenden **eidesstattlichen Versicherung,** die außer der sittlichen auch eine strafrechtliche Gewähr für die Richtigkeit des Versicherten in sich trägt (vgl. StGB. § 156 und dazu RG. i. St. 17 S. 342; 18 S. 255; 21 S. 220, wegen der zivilrechtlichen Haftung aus unrichtiger eidesstattlicher Versicherung Rspr. 11 S. 272).

1. Die Versicherung ist von dem Antragsteller, in der Regel also von dem Erben selbst abzugeben. Für einen geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben erklärt sie der gesetzliche Vertreter. Das Nachlaßgericht kann jedoch, wenn der Erbe das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat oder nur wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder wenn er unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, anordnen, daß der Erbe selbst die Versicherung abzugeben hat. So entsprechend CPO. § 473 Abs. 2, 3 die herrschende Ansicht;

a. A. Rspr. 16 S. 65; Freudenthal im Recht 1907 S. 1506; Bollenbeck Z. d. DNotVer. 3 S. 266. Die Streitfrage ist praktisch besonders in dem Falle, daß der überlebende Elternteil und das Kind den verstorbenen Elternteil beerben und ein gemeinschaftlicher Erbschein beantragt wird.

Die Abgabe durch einen Bevollmächtigten ist ausgeschlossen (a. A. Böhm S. 305; Josef in Z. d. DNotVer. 3 S. 460). Eine Ausnahme ist nur für die Mitglieder der landesherrlichen Familien anzuerkennen, für die nach CPO. §§ 479, 482 in Verbindung mit FGG. § 15 auch eine besondere Form besteht, wenn sie die Versicherung persönlich abgeben.

Wird die Erteilung des Erbscheins nicht von dem Erben, sondern einem anderen Antragsberechtigten, z. B. dem Testamentsvollstrecker (s. Erl. 4 zu § 2353) beantragt, so hat der Antragsteller die eidesstattliche Versicherung abzugeben. Insbesondere hat, wenn der Antrag von einem Gläubiger des Erben gestellt ist, der Gläubiger, nicht der Schuldner, die eidesstattliche Versicherung abzugeben. So entsprechend der D. z. CPO. S. 125 die allgemeine Meinung, vgl. auch RJA. 1 S. 102. In den bezeichneten Fällen kann auch nicht neben der eidesstattlichen Versicherung des Antragstellers eine eidesstattliche Versicherung des Erben selbst gefordert werden, doch steht nichts im Wege, daß das Nachlaßgericht nach § 2358 und FGG. §§ 12, 15 den Erben als Zeugen vernimmt. Beantragt der Vorerbe den Erbschein, so kann nicht vom Nacherben eine eidesstattliche Versicherung verlangt werden (RJA. 8 S. 27). Wenn die Erteilung eines besonderen Erbscheins von einem Miterben beantragt ist, kann nicht von einem anderen Miterben, der nicht Antragsteller ist, eine eidesstattliche Versicherung verlangt werden.

2. Die Abgabe der Versicherung erfolgt vor Gericht oder vor einem Notar. Diese Zuständigkeit besteht im ganzen Reichsgebiete; die Landesgesetzgebung ist nicht befugt, die Gerichte oder die Notare auszuschließen, weil der Vorbehalt des EG. Art. 141 sich auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften beschränkt (Erl. 1 zu EG. Art. 141; vgl. Z. d. DNotVer. 8 S. 183). Bei Gericht gehört die Aufnahme der Versicherung nicht zu den Obliegenheiten des Nachlaßgerichts als solchen, sondern zu den Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit im engeren Sinne. Die Zuständigkeit richtet sich nach den Landesgesetzen (s. preuß. FGG. Art. 31), da das Reichsgesetz über die FGG. § 167 nur die Zuständigkeit für die Beurkundung von Rechtsgeschäften regelt. In Preußen sind die Auseinandersetzungsbehörden zur Abnahme der Versicherung nicht zuständig (KG. 28 S. A 23). In den Konsulargerichtsbezirken tritt an die Stelle des Gerichts der Konsul (Ges. v. 7. April 1900 § 7 Nr. 2), in den Schutzgebieten der richterliche Beamte (Ges. in der Fassung v. 10. September 1900 § 2, vgl. Kaiserl. V. v. 9. November 1900 § 11, nach welcher Notare in den Schutzgebieten zur Aufnahme der Versicherung nicht zuständig sind).

3. Auch die Beurkundung der Versicherung (Aufnahme eines Protokolls, Vorlesung, Unterschrift, Form der Ausfertigung ꝛc.) richtet sich nach den Landesgesetzen (s. preuß. FGG. Art. 53 ff.; vgl. auch den Bericht d. RTK. z. FGG. S. 64). Das Verfahren bei Tauben, Stummen ꝛc. richtet sich daher in Preußen nicht nach §§ 169, 178, 179 FGG., sondern nach den §§ 8, 9 das. Ebenso in Bayern (AG. Art. 129) und Sachsen (AG. v. 15. Juni 1900 § 4) im Falle der Abgabe der Versicherung vor Gericht. Die Beurkundung der Versicherung braucht die nach §§ 2354, 2355 zu machenden Angaben nicht notwendig zu umfassen, vielmehr ist es zulässig, letztere nur privatschriftlich aufzusetzen und in der Versicherung auf sie zu verweisen. Zweckmäßiger ist es jedoch, jene Angaben mit der eidesstattlichen Versicherung in einem Akte zu verbinden, sie also zu einem Bestandteile des gerichtlichen oder notariellen Protokolls über die Abgabe der Versicherung zu machen; für Preußen wird die Aufnahme in das Protokoll für notwendig erachtet vom KG. 25 S. A 60; in Bayern ist gleiches im § 49 der Nachlaßordnung vorgeschrieben.

4. Nach der im § 2356 Abs. 2 vorgeschriebenen Fassung enthält die Versicherung kein Urteil, auch keine positive Bestätigung der Richtigkeit der gemachten Angaben, sondern nur die Erklärung, daß dem Antragsteller nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegenstände. Es ist schlechthin das Nichtwissen zu beteuern, nicht etwa wie bei dem Glaubhaftigkeitseide nach CPO. § 459 zugleich auch, daß der Versichernde nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung eine entsprechende Überzeugung erlangt habe. Das Nachlaßgericht kann, wie aus §§ 2358, 2359 zu folgern, die Fassung den tatsächlichen Verhältnissen anpassen, insbesondere auch „eine mehr oder weniger konkrete Ableugnung von Tatsachen, die dem Rechte des Antragstellers entgegenstehen würden", erfordern (M. V S. 562).

5. Das Nachlaßgericht kann gemäß Abs. 2 Satz 2 die eidesstattliche Versicherung nach seinem Ermessen erlassen. Es kommen hierfür hauptsächlich Fälle in Betracht, in denen das Vorhanden-

§. 2357. Sind mehrere Erben vorhanden, so ist auf Antrag ein gemeinschaftlicher Erbschein zu ertheilen. Der Antrag kann von jedem der Erben gestellt werden.

In dem Antrage sind die Erben und ihre Erbtheile anzugeben.

Wird der Antrag nicht von allen Erben gestellt, so hat er die Angabe zu enthalten, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Die Vorschriften des §. 2356 gelten auch für die sich auf die übrigen Erben beziehenden Angaben des Antragstellers.

Die Versicherung an Eidesstatt ist von allen Erben abzugeben, sofern nicht das Nachlaßgericht die Versicherung eines oder einiger von ihnen für ausreichend erachtet.

---

sein näherer oder anderer gleich naher gesetzlicher Erben nicht möglich und eine Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen ist, z. B. wenn der Erblasser im Kindesalter gestorben ist und beide Eltern am Leben sind.

IV. **Offenkundige Tatsachen.** Die eidesstattliche Versicherung sowie die Beibringung der im Abs. 1 bezeichneten Urkunden oder sonstigen Beweismittel ist nicht erforderlich, soweit die für die Erteilung des Erbscheins wesentlichen Tatsachen bei dem Nachlaßgericht offenkundig sind (Abs. 3). Letzteres ist wie in ZPO. § 291 dahin zu verstehen, daß es nicht nur die allgemeinkundigen Dinge, sondern auch solche Tatsachen umfaßt, von denen das Gericht vermöge seiner sonstigen amtlichen Tätigkeit Kenntnis hat. Als offenkundig ist daher z. B. eine gegenüber dem Nachlaßgericht erklärte Ausschlagung oder Anfechtung anzusehen (§§ 1945, 2081). Ein anderes Beispiel bietet der Fall, daß der Erblasser noch nicht 16 Jahre alt ist; es ist offenkundig, daß er keine gültige Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat (Marcus im ZBl. f. FG. 8 S. 242). Insbesondere aber darf der Tod von Personen, die vor oder neben dem Antragsteller berufen sein würden, nach menschlichen Verhältnissen aber nicht mehr am Leben sein können, als offenkundig erachtet werden.

§ 2357.

E. II § 2222 rev. § 2331; III § 2330. P. II Bd. 5 S. 678.

1. Der § 2357 behandelt den **gemeinschaftlichen Erbschein**, der bei dem Vorhandensein mehrerer Erben neben dem besonderen Erbschein über den Erbteil eines Miterben ausgestellt werden kann (s. Erl. 3 zu § 2353). Die Besonderheit dieses Zeugnisses besteht darin, daß es sich auf die Erbfolge in den gesamten Nachlaß erstreckt, aber auch einem einzelnen Miterben auf seinen Antrag erteilt wird. Eine Mitwirkung, ja sogar die bloße Anhörung der übrigen Erben ist in dem letzigedachten Falle nicht erforderlich. Die Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil bereits jedem Miterben ein besonderer Erbschein erteilt ist. Der gemeinschaftliche Erbschein kann nur über die Erbfolge in den ganzen Nachlaß, nicht auch für die Erben eines Stammes über die Erbfolge dieses Stammes ausgestellt werden (a. A. Dernburg V § 159; Münchmeyer S. 44).

2. Der **Inhalt des gemeinschaftlichen Erbscheins** ist der gleiche wie der des besonderen (Erl. 9 zu § 2353); nur muß der gem. Erbschein sämtliche Miterben und die Größe des jedem einzelnen von ihnen zustehenden Erbteils angeben. Berufene, die nach dem Erbfalle durch Ausschlagung oder Unwürdigkeitserklärung weggefallen sind, sind nicht aufzuführen, vielmehr statt ihrer die an ihre Stelle getretenen Personen. Es folgt dies aus den Fiktionen der §§ 1953, 2344. Hat ein Miterbe seinen Anteil nach § 2033 einem anderen Miterben oder einem Dritten übertragen, so ist nicht der Erwerber, sondern der übertragende Miterbe anzugeben (s. Erl. 4d zu § 2353). Nicht zu erwähnen oder zu berücksichtigen sind Vorausempfänge, die ein Miterbe zur Ausgleichung bringen muß, mithin auch nicht Abfindungen, sofern nicht etwa in Verbindung mit letzteren ein Erbverzicht erfolgt oder der Abgefundene durch Verfügung des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen ist (vgl. Rspr. 1 S. 397, KG. 20 S. A. 265).

3. Die **Voraussetzungen** der Erteilung des gem. Erbscheins sind zunächst die gleichen wie bei dem besonderen Erbscheine (§§ 2354, 2355). Überdies ist seine Erteilung von folgenden besonderen Voraussetzungen abhängig:

a) In dem Antrage sind sämtliche Erben und ihre Erbteile anzugeben (Abs. 2). Die Angabe muß sich als Erklärung des bzw. der antragstellenden Erben selbst darstellen, es genügt nicht, wenn sie nur in das Begleitschreiben des beurkundenden Notars aufgenommen ist (Rspr. 3 S. 256). Unter dem Erbteil ist hier wie überall ein Bruchteil der Erbschaft, nicht das ziffermäßige Ergebnis der bereits vorgenommenen oder noch vorzunehmenden Auseinandersetzung zu verstehen (KG. 20 S. A 265, Rspr. 1 S. 397). Im Falle der gesetzlichen Erbfolge genügt übrigens die Angabe, daß die Erbteile die gesetzlichen seien; doch ist das Nachlaßgericht befugt, die Angabe der Bruchteile zu verlangen, z. B. wenn zweifelhaft ist, ob der Antragsteller sich der Höhe der einzelnen Erbteile bewußt ist (KG. 34 S. A 117 = RJA. 9 S. 6). Anführung einer noch unbekannten Deszendenz als Miterbin ist zulässig (Rspr. 10 S. 19).

b) Wird der Antrag nur von einem oder einigen Miterben gestellt, so muß angegeben werden, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben (Abs. 3 Satz 1). Falls eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, welche Erben einsetzt, die ohne die Verfügung als gesetzliche Erben berufen wären, muß der Antrag auch angeben, ob die Erben die Erbschaft als gesetzliche oder als eingesetzte Erben angenommen haben (KG. 30 S. A 100). Betreffs des Grundes, weshalb die Annahme seitens des Antragstellers selbst nicht angegeben zu werden braucht, s. Erl. 1 zu § 2354. Die in Rede stehende Vorschrift wird vielfach dahin ausgelegt, daß die seitens der Miterben erfolgte Erbschaftsannahme nur angegeben, nicht aber bewiesen zu werden brauche (Eichhorn S. 236 und DJZ. 1901 S. 202). Dies dürfte jedoch dem Zwecke und der Stellung der Vorschrift nicht entsprechen. Durch dieselbe soll verhütet werden, daß in dem Erbscheine Personen als Erben aufgeführt werden, welche die Erbschaft noch nicht endgültig erworben haben und daher durch ihre Ausschlagung den Erbschein alsbald unrichtig machen könnten. Zur Sicherheit dafür bedarf es eines Beweises (KG. 27 S. A 189 = RJA. 4 S. 89). Dies findet auch im Gesetze seinen Ausdruck in der Vorschrift des folgenden Satzes 2, die nach ihrer Stellung kaum anders verstanden werden kann, als daß sie außer den in den §§ 2354, 2355 enthaltenen auch die unmittelbar vorher bezeichnete „Angabe" hinsichtlich der übrigen Erben betrifft. Der Beweis der Erbschaftsannahme ist auch keineswegs so schwer, wie von den Gegnern angenommen wird, jedenfalls ist er hier nicht schwerer als z. B. in den Fällen des § 1958 und des § 239 Abs. 5, § 778 CPO. Dem Antragsteller stehen alle im § 2356 bezeichneten Beweismittel zu Gebote, also außer öffentlichen Urkunden und der eidesstattlichen Versicherung eventuell auch jedes andere Beweismittel (KG. 30 S. A 98). Gründet sich die Erbschaftsannahme lediglich auf die Versäumung der Ausschlagungsfrist, so kann freilich der Umstand zu Schwierigkeiten führen, daß bezüglich jedes einzelnen Miterben der Zeitpunkt nachgewiesen werden muß, in welchem er von dem Anfalle der Erbschaft und dem Grunde seiner Berufung Kenntnis erlangt hat. Bei dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung (Erl. 2 zu § 2359) werden jedoch diese Schwierigkeiten nicht unüberwindlich sein. Schlimmsten Falles haben der Antragsteller und das Nachlaßgericht es in der Hand, die Ausschlagungsfrist dadurch in Lauf zu setzen, daß sie in formell beglaubigter Weise den Miterben von den maßgebenden Tatsachen Kenntnis geben.

Wenn einer der als Miterben Berufenen verschollen ist, muß der Antrag die Angabe enthalten, daß der Verschollene den Erbfall erlebt hat (KG. 32 S. A 108). Denn nach § 1923 kann Erbe nur werden, wer den Erbfall erlebt hat; es genügt nicht, daß für den Verschollenen der für ihn bestellte Abwesenheitspfleger die Annahme der Erbschaft erklärte, da auch die Annahme durch den Pfleger voraussetzt, daß der Abwesende den Anfall erlebte.

c) Da der gemeinschaftliche Erbschein die gesamte Erbfolge an dem Nachlasse bezeugt, hat der Antragsteller die Angaben, welche ihn als Alleinerben oder bei der Erwirkung eines nur über seinen Erbteil lautenden Scheines nach §§ 2354 f. nur betreffs seiner Person obliegen würden, auch hinsichtlich der übrigen Erben zu machen.

4. Der Beweis der Richtigkeit liegt dem Antragsteller bezüglich sämtlicher Angaben ob, die er in dem Antrage nach der Erl. 3 zu machen hat (Abs. 3 Satz 2). Daß dieser Satz auch für die Angabe gilt, welche dem Antragsteller nach Satz 1 lediglich bezüglich der Miterben obliegt, ist vorstehend zu 3b dargelegt worden.

5. Auch bezüglich der Beweismittel gelten die gleichen Vorschriften wie bei dem besonderen Erbschein (§ 2356). Eine Besonderheit gilt nach dem Abs. 4 nur hinsichtlich der gemäß § 2356 Abs. 2 abzugebenden eidesstattlichen Versicherung, insofern es dem Ermessen des Nachlaßgerichts überlassen ist, sie von einem Miterben, von einigen Miterben oder von allen Miterben zu erfordern. Dies gilt ohne Unterschied, ob der Antrag von allen Erben gestellt ist oder nicht. Das Gericht kann also die Abgabe der Versicherung auch seitens solcher Miterben erfordern, die

§. 2358. Das Nachlaßgericht hat unter Benutzung der von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

Das Nachlaßgericht kann eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen zustehenden Erbrechte erlassen; die Art der Bekanntmachung und die Dauer der Anmeldungsfrist bestimmen sich nach den für das Aufgebotsverfahren geltenden Vorschriften.

---

den Antrag nicht gestellt haben. Weigert sich ein solcher Miterbe, die Versicherung abzugeben, und kann er auch nicht im Klagewege dazu angehalten werden (Erl. 6), so wird das Nachlaßgericht, je nachdem es annimmt, daß die Weigerung nur auf Chikane oder auf berechtigten Gründen beruht, entweder seine Forderung fallen lassen oder die Erteilung des Erbscheins ablehnen.

6. Die eben berührte Frage, ob, wenn der Antrag nicht von allen Erben gestellt wird, die nichtbeteiligten Erben zu irgendwelcher Mitwirkung, insbesondere zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verpflichtet sind, ist in der zweiten Kommission von einer Seite verneint worden, ohne daß Widerspruch erfolgte (P. II Bd. 5 S. 679). Dieser Ansicht steht zwar der § 2042 nicht entgegen, da der einzelne Miterbe die Erbauseinandersetzung auch ohne Erbschein oder mittels eines nur über sein Erbteil lautenden Erbscheins herbeiführen kann. Dagegen wird sich aus der den Miterben im § 2038 Abs. 1 Satz 2 auferlegten Mitwirkungspflicht zur Verwaltung des Nachlasses unter Umständen die Rechtspflicht ableiten lassen, zur Erlangung eines gemeinschaftlichen Erbscheins auch durch Abgabe der eidesstattlichen Versicherung behilflich zu sein (a. A. Strohal § 67 Note 24). Die Verpflichtung fällt weg, wenn der Miterbe erklärt und glaubhaft macht, daß er wegen bestimmter ihm bekannter Tatsachen die Versicherung nicht abgeben könne.

7. Aus dem Erfordernisse, daß die Größe der Erbteile anzugeben ist, ergibt sich für den gemeinschaftlichen Erbschein eine **zeitweilige Unzulässigkeit der Erteilung**, wenn die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben oder aus einem der im § 2043 Abs. 2 bezeichneten sonstigen Gründe noch unbestimmt sind. Die Erteilung des Erbscheins ist in einem solchen Falle wie nach § 2043 die Erbauseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen, jedoch nur soweit die Erbteile durch das Hinzutreten des eventuellen weiteren Erben berührt würden. Hinterläßt z. B. der Erblasser fünf Kinder und eine schwangere Witwe, so ist der Erbschein bei gesetzlicher Erbfolge dahin zu erteilen, daß der Witwe $^1/_4$ und den fünf (namentlich aufzuführenden) Kindern, deren Zahl sich durch die zu erwartende Geburt voraussichtlich um eines vermehren werde, zusammen $^3/_4$ des Nachlasses zustehen (a. A. Weißler S. 223, der einen Erbschein alternativ bedingten Inhalts erteilen will). In KG. 22 S. A 61 = RJA. 2 S. 160 wird die Erteilung des Erbscheins im Falle des § 2043 für überhaupt unzulässig erklärt und als Auskunftsmittel die Bestellung eines Nachlaßpflegers empfohlen.

8. Die Vorschriften des § 2357 gelten auch dann, wenn nicht ein Miterbe, sondern ein anderer (s. Erl. 4 zu § 2353) z. B. der Testamentsvollstrecker (Rspr. 4 S. 124) einen gem. Erbschein beantragt; die eidesstattliche Versicherung (Abs. 4) ist vom Antragsteller abzugeben.

§ 2358.

E. I § 2071 Abs. 1 Satz 2, §§ 2072, 2073; II § 2223 verb. § 2332; III § 2331. P. I S. 10633 ff., 10668 ff.; M. V S. 562, 574. P. II Bd. 5 S. 679 ff.

Matthiessen in CBl. f. FG. 6 S. 389; Boschan in Gruch. 46 S. 294.

1. Die dem Nachlaßgerichte obliegende **Prüfung der Voraussetzungen der Erteilung des Erbscheins** wird von der Offizialmaxime beherrscht, die nach dem FGG. § 12 grundsätzlich für das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmend ist. Das Nachlaßgericht ist hiernach nicht auf die vom Antragsteller angegebenen Beweismittel beschränkt, vielmehr berechtigt und verpflichtet, soweit dies zur Feststellung wesentlicher Tatsachen notwendig erscheint, auch sonstige Ermittelungen zu veranstalten und Beweise zu erheben, wie es umgekehrt auch von beantragten Erhebungen absehen kann, wenn es den Sachverhalt für genügend geklärt erachtet (bayr. ObLG. 8 S. 366). Es kann die Beweisaufnahme selbst erledigen oder, wenn die Voraussetzungen der Rechtshilfe gegeben sind, ein anderes Gericht darum ersuchen. An ein

förmliches Beweisverfahren ist es nur insoweit gebunden, als in dem FGG. § 15 bestimmte Vorschriften der CPO. für entsprechend anwendbar erklärt sind.

2. Das Recht und die Pflicht des Nachlaßgerichts, Ermittelungen zu veranstalten, erstreckt sich insbesondere auf die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen. Es ist daher einerseits befugt, auch gegenüber einem äußerlich fehlerfreien Testamente Nachforschungen darüber anzustellen, ob bei der Errichtung alle wesentlichen Formvorschriften beobachtet sind (KG. 23 S. A 66, RJA. 2 S. 217), und es muß sich andererseits dieser Prüfung unterziehen, wenn der gesetzliche Erbe unter der Behauptung, daß das Testament wegen eines solchen Formfehlers nichtig sei, die Erteilung des Erbscheins an ihn beantragt (Rspr. 2 S. 466; vgl. Erl. 3 zu § 2359). Gleiches gilt von der Prüfung der Wirksamkeit einer in Mitte liegenden Ausschlagungserklärung (RJA. 5 S. 143) und in dem Falle, daß der Erblasser während des Scheidungsprozesses gestorben ist und Ausschluß des überlebenden Ehegatten gemäß § 1933 behauptet wird. Die Befugnis der Landesjustizverwaltung, den Nachlaßgerichten Ermittelungen nach bestimmter Richtung und in bestimmter Art, insbesondere hinsichtlich des Vorhandenseins einer Verfügung von Todes wegen, zur Pflicht zu machen, ist in der zweiten Kommission ohne Widerspruch festgestellt worden (P. II Bd. 5 S. 681; vgl. bayer. Bek. v. 20. März 1903 § 41; NotGeschO. §§ 45 ff., 242 ff.; sächs. AV. v. 6. Juli 1899 § 51).

3. Über das Ergebnis der Ermittelungen müssen die Beteiligten vor der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung des Erbscheins nicht gehört werden.

4. Durch die Offizialmaxime wird nicht ausgeschlossen, daß das Nachlaßgericht dem Antragsteller die Beibringung des Materials, welches es zur Begründung des Erbrechts des Antragstellers für erforderlich erachtet, auferlegt (Rspr. 8 S. 298).

5. Gegen den Beschluß des Nachlaßgerichts, durch den Ermittelungen veranlaßt oder die Erhebung von Beweisen angeordnet wird, findet keine Beschwerde statt, weil er sich nicht als eine sachliche Verfügung im Sinne des FGG. §§ 19, 20 darstellt (RJA. 1 S. 177 a. A. das. 7 S. 75).

6. Als besonderes Hilfsmittel gewährt Abs. 2 dem Nachlaßgerichte die Befugnis, eine **öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen zustehenden Erbrechte** zu erlassen (vgl. § 1965). Es handelt sich dabei nicht um ein Aufgebotsverfahren, weil keine Androhung von Rechtsnachteilen für den Fall der Nichtmeldung stattfindet und kein Ausschlußurteil ergeht. Vielmehr dient die Aufforderung nur zur Ermittelung des wirklichen Rechtszustandes, weshalb auch eine verspätete Anmeldung zu berücksichtigen ist. Selbstverständliche Voraussetzung der Aufforderung ist, daß überhaupt ein den gesetzlichen Erfordernissen entsprechender Antrag auf Erteilung eines Erbscheins vorliegt (RJA. 3 S. 181 — KG. 26 S. A 62).

7. Betreffs der Art der Bekanntmachung und der Dauer der Anmeldungsfrist sind die Vorschriften über das gerichtliche Aufgebot (CPO. §§ 948—950) für maßgebend erklärt. Die Bekanntmachung der Aufforderung erfolgt danach durch Anheftung an die Gerichtstafel sowie durch einmalige Einrückung in den Reichsanzeiger und zweimalige Einrückung in das für die Veröffentlichungen des Nachlaßgerichts bestimmte Lokalblatt, nach dem Ermessen des Gerichts auch noch durch Einrückung in andere Blätter und zu mehreren Malen (CPO. §§ 948, 204). Die Anmeldungsfrist ist auf mindestens sechs Wochen seit der (ersten) Einrückung in den Reichsanzeiger zu bemessen (CPO. § 950).

8. Die öffentliche Aufforderung ist stets nur fakultativ. Sie ist vorzugsweise dann am Platze, wenn für den Fall, daß eine bestimmte Tatsache nicht richtig oder eine vorliegende Verfügung von Todes wegen nicht rechtsbeständig sein sollte, die Berechtigten ihrer Person nach nicht bekannt sind. Steht dagegen fest, daß eine bestimmte (dem Antragsteller vorgehende) Person gelebt hat, und ist nur zweifelhaft, ob sie noch lebt, so ist nicht die Aufforderung nach Abs. 2 zu erlassen, sondern dem Antragsteller aufzugeben, das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung zu beantragen. A. A. die M. V S. 563, nach denen die Aufforderung auch ein geeignetes Mittel bietet, den Kreis der in Betracht kommenden Erbprätendenten zu begrenzen und die Erteilung des Erbscheins auf Grund dieser Begrenzung zu ermöglichen. Den M. folgt RJA. 9 S. 84, dagegen Matthiessen. Die Todeserklärung führt nur zum Ziele, wenn feststeht, daß eine bestimmte dem Antragsteller vorgehende Person gelebt hat und nur ihr Wegfall ungewiß ist. Sie ist dagegen weder in dem Falle anwendbar, wenn nicht sicher, sondern nur wahrscheinlich ist, daß besser Berechtigte vorhanden gewesen sind, noch in dem Falle, daß eine bestimmte dem Antragsteller vorgehende Person vorhanden ist oder war, im übrigen aber über deren Persönlichkeit nichts feststeht, z. B. wenn bekannt ist, daß eine dem Antragsteller vor-

§. 2359. Der Erbschein ist nur zu ertheilen, wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Thatsachen für festgestellt erachtet.

---

gehende Person, deren Tod gewiß ist, sich im Auslande verheiratet hat und der Ehe ein Kind entsprossen ist, das, wenn es noch lebt, dem Antragsteller gleichfalls vorgeht, über die Person des Kindes aber weitere Nachrichten fehlen. Matthiessen hält in solchen Fällen die Erteilung des Erbscheins für ausgeschlossen. Der Umstand jedoch, daß nur möglicherweise noch nähere Erben vorhanden sein können, deren Individualität aber nicht feststellbar ist, steht der Erteilung des Erbscheins an die Person nicht entgegen, die abgesehen von der individuell nicht feststellbaren Person als nächster Erbe ermittelt worden ist. Vgl. auch Erl. 6 zu § 1965.

§ 2359.

E. I § 2071 Abs. 1 Satz 1; § 2078; II § 2224 rev. § 2333; III § 2332. P. I S. 10617, 10638, 10668 ff.; M. V S. 562, 574. P. II Bd. 5 S. 679, 682, 691.

1. Feststellung der Tatsachen. Die Erteilung des Erbscheins ist davon abhängig, daß das Nachlaßgericht die Überzeugung von der Wahrheit der Tatsachen gewinnt, die zur Begründung des von dem Antragsteller behaupteten Erbrechts erforderlich sind. Welche Tatsachen dies sind, ergibt sich aus den §§ 2354, 2355, 2357 und bezüglich der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts aus § 73 FGG.

2. Die Entscheidung ist von dem Nachlaßgerichte nach freier Überzeugung, insbesondere nach dem Grundsatze der **freien Beweiswürdigung** zu treffen. Die gesetzlichen Beweisregeln der CPO. über den Beweis durch Urkunden, insbesondere auch öffentliche Urkunden, und durch Eid finden keine Anwendung (FGG. §§ 12, 15). Maßgebend sind jedoch die Vorschriften des Personenstandsgef. (§ 15) über die Beweiskraft der Standesregister, nach denen aber der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen ist. Auch dadurch, daß im § 2356 in erster Linie bestimmte Beweismittel vorgeschrieben werden, soll nicht die richterliche Beweiswürdigung eingeengt, sondern nur eine Förmlichkeit des Antrags festgesetzt werden. An zivilrechtliche Vermutungen, z. B. des § 20, ist das Gericht gebunden. An ein rechtskräftiges Urteil, das über die Beerbung des Erblassers ergangen ist, ist das Nachlaßgericht nicht gebunden (a. A. Dernburg 5 § 162 Ziff. III; gegen ihn Josef in BuchsZ. 35 S. 561; Jastrow das. 34 S. 514; Matthiessen CBl. f. FG. 6 S. 395); dies gilt selbst dann, wenn der Antragsteller Prozeßpartei war, z. B. wenn das Erbrecht des Fiskus festgestellt worden und der Antragsteller mit der Erbschaftsklage gegen den Fiskus unterlegen ist. Das Urteil hat für das Nachlaßgericht nur die Bedeutung eines Beweismittels.

3. Zweifel über das Erbrecht des Antragstellers. Das Nachlaßgericht hat die ihm nach §§ 2358, 2359 obliegende Prüfung selbständig vorzunehmen. Es darf sich dieser Aufgabe nicht dadurch entziehen, daß es den Antragsteller auf den Prozeßweg verweist (Rspr. 2 S. 258, 467; 3 S. 380; RJA. 2 S. 217; bayer. ObLG. 8 S. 366). Ebensowenig darf es unter Verzicht auf ein juristisches Urteil sich auf die bloße Feststellung von Tatsachen oder gar auf die bloße Wiedergabe testamentarischer Bestimmungen beschränken. Die wörtliche Anführung einer zweifelhaften Stelle aus einer Verfügung von Todes wegen neben der vom Nachlaßgerichte getroffenen Entscheidung ist zwar nicht für unzulässig zu erachten, wird aber doch in der Regel unterbleiben müssen, weil eine Begründung nicht in den Erbschein gehört und in einem Falle der fraglichen Art leicht zur Abschwächung desselben beitragen kann.

Zweifel über Tatsachen und über sonstige für die Erteilung des Erbscheins in Betracht kommende Gesichtspunkte, z. B. über Rechtsnormen, über die Auslegung des Testaments, muß das Gericht selbständig entscheiden (bayer. ObLG. 3 S. 932, KG. 32 S. A 94), weder ist die Anerkennung des Erbrechts des Antragstellers seitens aller Beteiligten erforderlich, noch ist das Gericht an die übereinstimmende Meinung der Beteiligten gebunden (bayer. ObLG. 8 S. 202). Hieraus folgt, daß, wenn der Testaments- und der gesetzliche Erbe sich über die Nichtigkeit des Testaments einigen, während das Nachlaßgericht das Testament für gültig hält, der Erbschein nicht dem gesetzlichen Erben erteilt werden kann (KG. 34 S. A 112; Rspr. 16 S. 62).

Ist das Ergebnis der Ermittlungen nicht ausreichend, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit einer für das Erbrecht des Antragstellers wesentlichen Tatsache zu begründen, so ist der Antrag auf Erteilung des Erbscheins abzulehnen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn die Gültigkeit oder der Sinn einer Verfügung von Todes wegen zweifelhaft bleibt (M. V S. 560; P. II Bd. 5 S. 681). Andererseits hat das Nachlaßgericht auch die Tatsachen selbständig

zu prüfen, welche seitens eines Dritten geltend gemacht werden, der der Erteilung des Erbscheins widerspricht; auch die Verweisung des Gegners auf den Prozeßweg unter Aussetzung des eigenen Ermittelungsverfahrens ist nicht zulässig.

Wegen der Frage, wie sich das Nachlaßgericht zu verhalten hat, wenn bereits ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist, s. Erl. 1, 2 zu § 2360.

4. Tatsachen, die erst bei dem Hinzutritte weiterer Umstände das Erbrecht des Antragstellers entkräften würden, stehen der Erteilung des Erbscheins nicht entgegen und sind auch in diesem nicht zu erwähnen. Dies gilt besonders von der Erbunwürdigkeit (und zwar mit Rücksicht auf § 2342 Abs. 2 auch dann, wenn sie schon im Wege der Klage nach § 2342 geltend gemacht ist) sowie von der Anfechtbarkeit einer Verfügung von Todes wegen, solange nicht die Anfechtung erfolgt ist (RJA. 7 S. 185; Rspr. 8 S. 263; Sächs. Annalen 22 S. 204). Bei der Anfechtbarkeit gilt dies selbst dann, wenn wie im Falle der Anfechtbarkeit wegen nachträglicher Geburt eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079) der Anfechtungsgrund unzweifelhaft ist. A. M. Strohal § 67 Anm. 17, der die Erteilung des Erbscheins solange für unzulässig hält, als mit der naheliegenden Möglichkeit gerechnet werden müsse, daß der Anfechtungsberechtigte von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen werde. Ist die Anfechtung erfolgt, so hat der Nachlaßrichter zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit gegeben sind (s. oben 3); er darf auch in diesem Falle nicht die Parteien auf den Weg des Rechtsstreits verweisen (KG. in Rspr. 16 S. 277). Eine andere Frage ist, ob nicht das Nachlaßgericht, wenn auf Grund der Anfechtung oder infolge der Geltendmachung der Erbunwürdigkeit ein Rechtsstreit anhängig ist, die Befugnis hat, die Entscheidung über den Erbschein bis zur Beendigung des Rechtsstreits auszusetzen; s. Erl. 2 zu § 2360.

5. **Der Erbschein kann nur so erteilt werden, wie er beantragt ist.** Es ist also nur das Erbrecht zu bezeugen, das der Antragsteller in Anspruch nimmt und über das er den Erbschein begehrt (Rspr. 8 S. 297; 9 S. 435; RJA. 3 S. 181; bayer. ObLG. 4 S. 637). Hat z. B. jemand, der auch gesetzlicher Erbe sein würde, den Erbschein auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt, so ist bei Ungültigkeit der Verfügung der Antrag abzulehnen, nicht etwa der Erbschein auf Grund des gesetzlichen Erbrechts zu erteilen. Auch dann, wenn nur die behauptete Höhe des Erbteils sich als unrichtig erweist, ist der Erbschein nicht abweichend von dem Antrag auszustellen, vielmehr muß das Gericht den Antragsteller hören und, wenn er sich nicht zu einer Änderung des Antrags versteht, letzteren ablehnen.

6. **Beschwerde.** Gegen die Verfügung, durch die das Nachlaßgericht die Erteilung des Erbscheins ablehnt, steht dem Antragsteller die gewöhnliche, an keine Frist gebundene Beschwerde zu (FGG. §§ 19, 20). War der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins (§ 2357) von mehreren Erben gestellt, so hat jeder von ihnen ein selbständiges Beschwerderecht. Die Beschwerde unterliegt auch dann, wenn der Erbschein gemäß CPO. § 792 von einem Gläubiger des Erben beantragt wird, den Vorschriften des FGG., nicht denjenigen der CPO. (RJA. 1 S. 102). Das Nachlaßgericht kann, wenn es die Ablehnung nachträglich für ungerechtfertigt erachtet, auch ohne Beschwerde, aber nur auf Antrag, seine Entscheidung ändern, also den Erbschein nachträglich erteilen (FGG. § 18 Abs. 1). Beschwerde ist auch dann zulässig, wenn das Nachlaßgericht sich nur zur Erteilung eines dem Antrage nicht völlig entsprechenden Erbscheins bereit erklärt (bayer. ObLG. 4 S. 634).

Gegen die Erteilung des Erbscheins findet keine Beschwerde statt bzw. es kann von dem vermeintlich Beeinträchtigten (vorbehaltlich seines Klagerechts aus § 2362 Abs. 1) nur die Einziehung bzw. Kraftloserklärung des unrichtigen Erbscheins beantragt und nötigenfalls im Beschwerdewege durchgesetzt werden (bayer. ObLG. 2 S. 545; 3 S. 475); dieser Antrag kann auch noch im Wege der weiteren Beschwerde verfolgt werden (RG. 61 S. 274 = RJA. 6 S. 102). Hieraus folgt auch, daß das Beschwerdegericht nicht das Nachlaßgericht anweisen kann, einen Erbschein anderen Inhalts als den erteilten zu erteilen (Rspr. 16 S. 191). Gegen eine Entscheidung, die das Untergericht nur anweist, den Erbschein zu erteilen, ist Beschwerde zulässig; wird inzwischen der Erbschein erteilt, so ist die weitere Beschwerde als Antrag auf Einziehung aufzufassen (Rspr. 4 S. 128; 9 S. 436; KG. 28 S. A 20).

Gegen eine Verfügung, durch die zur Vorbereitung über den Antrag auf Erteilung des Erbscheins gewisse Anordnungen getroffen werden, z. B. die Vorlegung einer Urkunde verlangt wird, findet Beschwerde nicht statt (a. A. RJA. 7 S. 75).

7. Wegen der Haftbarkeit des Nachlaßrichters für die Erteilung oder Ablehnung des Erbscheins s. die Vorbm. 4.

§. 2360. Ist ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig, so soll vor der Ertheilung des Erbscheins der Gegner des Antragstellers gehört werden.

Ist die Verfügung, auf der das Erbrecht beruht, nicht in einer dem Nachlaßgerichte vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten, so soll vor der Ertheilung des Erbscheins derjenige über die Gültigkeit der Verfügung gehört werden, welcher im Falle der Unwirksamkeit der Verfügung Erbe sein würde.

Die Anhörung ist nicht erforderlich, wenn sie unthunlich ist.

---

§ 2360.

E. I § 2071 Abs. 2, § 2078; II § 2225 rev. § 2334; III § 2333. M. I E. 10617 ff., 10668 ff.; M. V E. 562, 574. P. II Bd. 5 E. 679 ff., 691.

1. Einfluß eines Rechtsstreits über das Erbrecht auf die Erteilung des Erbscheins. Während eines Rechtsstreits über das Erbrecht sollte nach dem E. I die Erteilung eines Erbscheins ausgeschlossen sein, weil eine Ordnung des Zwischenzustandes nicht vom Nachlaßgerichte, sondern erforderlichenfalls vom Prozeßgericht im Wege der einstweiligen Verfügung zu treffen sei. Die zweite Kommission ist hiervon in der Erwägung abgegangen, daß die völlige Versagung des Erbscheins während der ganzen Dauer eines über das Erbrecht anhängigen Prozesses den wahren Erben leicht einer böswilligen Behandlung und erheblichen Beeinträchtigung seiner Rechte aussetzen würde. Das BGB. läßt hiernach auch während des Rechtsstreits die Erteilung eines Erbscheins zu und überträgt sie nicht dem Prozeßgerichte, vielmehr wie sonst dem Nachlaßgerichte, das unabhängig vom Prozeßgerichte zu entscheiden hat. Die Erteilung ist selbst dann zulässig, wenn dem Antragsteller bereits durch ein noch nicht rechtskräftig gewordenes Urteil das Erbrecht abgesprochen ist. Auch die Annahme, daß das Prozeßgericht im Wege der einstweiligen Verfügung die Aushändigung des Erbscheins an den Antragsteller untersagen könne (Voß S. 666; Weißler S. 222; Frommhold Anm. 1), kann nicht für zutreffend erachtet werden (s. jedoch Erl. 3 a. E.).

Zwecks größerer Gewähr für eine richtige Entscheidung des Nachlaßgerichts ist im § 2360 Abs. 1 die Ordnungsvorschrift gegeben, daß dieses vor der Erteilung des Erbscheins den Gegner des Antragstellers hören, d. h. ihm Gelegenheit zu (mündlicher oder schriftlicher) Äußerung geben soll. Natürlich kann das Nachlaßgericht gemäß § 2358 Abs. 1 noch weitere Schritte tun, insbesondere die Akten des Prozeßgerichts zur Einsicht erbitten. Dafür, daß das Nachlaßgericht von dem anhängigen Rechtsstreite Kenntnis erhält, ist durch die Vorschriften des § 2354 Abs. 1 Nr. 5, § 2359 Abs. 1 Sorge getragen.

Ob in dem anhängigen Prozesse nur auf Feststellung des Erbrechts oder auf Herausgabe der Erbschaft geklagt ist, begründet keinen Unterschied. Als Rechtsstreit über das Erbrecht ist auch die Erhebung der Erbunwürdigkeitsklage (§ 2342) anzusehen. Die Fälle, in denen nur eine einzelne Voraussetzung des Erbrechts streitig ist (z. B. Statusklagen), werden von dem Wortlaute des Abs. 1 nicht getroffen, es wird aber oft zweckmäßig sein, die Vorschrift auch in solchen Fällen zur Anwendung zu bringen.

2. Aus der Befugnis des Nachlaßgerichts, den Erbschein trotz des anhängigen Rechtsstreits zu erteilen, kann nicht eine unbedingte Verpflichtung desselben abgeleitet werden, die Frage nach dem Erbrechte des Antragstellers ohne Rücksicht auf den Prozeß zum Gegenstand eines besonderen Ermittelungsverfahrens zu machen. Die Sachlage ist, wenn ein Prozeß bereits schwebt, eine andere, als wenn zuerst das Nachlaßgericht angegangen wird (Erl. 3, 4 zu § 2359). Es muß daher dem Nachlaßgerichte nach Lage der Verhältnisse die Befugnis zugestanden werden, seine Ermittelungen und seine Entscheidung bis zur Beendigung des Rechtsstreits auszusetzen (KG. in RJA. 9 S. 75).

Trifft das Nachlaßgericht vor Beendigung des Prozesses eine sachliche Entscheidung, so kann diese nur auf unbedingte Erteilung oder auf Ablehnung des Erbscheins gerichtet sein. Ein Erbschein unter Vorbehalt des Rechtes eines anderen ist unzulässig (vgl. Erl. 5 zu den §§ 1964, 1965), desgleichen ein bedingter Erbschein, in welchem etwa nur bescheinigt würde, daß je nach dem Ausgang eines über die Gültigkeit eines Testaments schwebenden Prozesses diese oder jene Personen die Erben seien (a. M. Böhm S. 307). Die Anhängigkeit des Rechtsstreits im Erbscheine zu erwähnen, ist zulässig.

3. Auf die Lage des Rechtsstreits ist die Erteilung des Erbscheins an sich ohne Einfluß (Erl. 4c zu § 2365). Unter Umständen wird jedoch der Gegner der Partei, welcher der Erb-

§. 2361. Ergiebt sich, daß der ertheilte Erbschein unrichtig ist, so hat ihn das Nachlaßgericht einzuziehen. Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos.

Kann der Erbschein nicht sofort erlangt werden, so hat ihn das Nachlaßgericht durch Beschluß für kraftlos zu erklären. Der Beschluß ist nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Civilprozeßordnung bekannt zu machen. Mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung des Beschlusses in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam.

Das Nachlaßgericht kann von Amtswegen über die Richtigkeit eines ertheilten Erbscheins Ermittelungen veranstalten.

---

schein erteilt ist, durch Erweiterung des Klagantrags bzw. durch Erhebung einer Widerklage noch in demselben Prozesse den ihm nach § 2362 Abs. 1 eventuell zustehenden Anspruch auf Herausgabe des (unrichtigen) Erbscheins an das Nachlaßgericht geltend machen können. Diese Rückgabe des Scheines an das Nachlaßgericht kann natürlich auch im Wege einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden (s. o. Erl. 1).

4. **Nachlaßverwaltung** und **Nachlaßkonkurs** schließen die Erteilung des Erbscheins nicht aus. Denn durch diese Maßregeln wird zwar das Verfügungsrecht des Erben zeitweilig aufgehoben, das Erbrecht selbst aber nicht berührt. Überdies bedarf der Erbe unter Umständen eines Erbscheins zur Wahrnehmung seiner Rechte gegenüber dem Nachlaß- oder Konkursverwalter und zur Ausübung solcher Befugnisse, die auf den Verwalter nicht übergehen. So auch Strohal § 67 Note 22; a. A. Voß S. 664.

5. **Erbschein auf Grund einer nicht dem Nachlaßgerichte vorliegenden Verfügung von Todes wegen.** Eine dem Abs. 1 entsprechende Ordnungsvorschrift wird im Abs. 2 für den Fall gegeben, daß der Erbschein auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt und diese Verfügung nicht in einer dem Nachlaßgerichte vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten ist. Das Nachlaßgericht soll alsdann über die Gültigkeit der Verfügung denjenigen hören, welcher im Falle ihrer Unwirksamkeit Erbe sein würde. Die fragliche Voraussetzung trifft einmal dann zu, wenn die (öffentliche oder private) Urkunde zerstört oder sonst abhanden gekommen ist, ferner aber, wenn die Testamentsurkunde nur eine Privaturkunde ist, also ein eigenhändiges oder ein nach §§ 2250, 2251 vor drei Zeugen errichtetes Testament.

6. **Zu Abs. 3.** Die Vorschriften der Abs. 1, 2, die schon ihrer Fassung nach nur Ordnungsvorschriften sind, werden im Abs. 3 noch weiter dahin eingeschränkt, daß die Anhörung unterbleiben darf, wenn sie untunlich ist. Dies trifft nicht nur dann zu, wenn die Anhörung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, sondern auch schon, wenn sie nicht ohne erhebliche Verzögerung oder unverhältnismäßige Kosten auszuführen sein würde (vgl. § 2200 Abs. 2, § 2216 Abs. 2 Satz 3). Das Nachlaßgericht hat jedoch in jedem Falle pflichtmäßig zu erwägen, ob es auf die Anhörung der betreffenden Personen verzichten kann.

§ 2361.

E. I § 2073, § 2077 Abs. 1, § 2078; II § 2226 rev. § 2335; III § 2334. P. I S. 10638, 10643; M. V S. 563. P. II Bd. 5 S. 683.

1. **Beseitigung eines unrichtigen Erbscheins.** Mit Rücksicht auf die Gefahr, die dem wahren Erben aus der Erteilung eines unrichtigen Erbscheins erwächst, ist dem Nachlaßgerichte die Verpflichtung auferlegt, sobald es zu der Erkenntnis kommt, daß ein erteilter Erbschein der wirklichen Rechtslage nicht entspricht, für dessen alsbaldige Beseitigung Sorge zu tragen. Zu diesem Zwecke werden ihm im § 2361 zwei Mittel zur Verfügung gestellt, die Einziehung (Abs. 1) und die Kraftloserklärung (Abs. 2) des Erbscheins. Zugleich wird ihm die Befugnis beigelegt, über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins von Amts wegen Ermittelungen zu veranstalten (Abs. 3). Neben der amtlichen Befugnis bzw. Verpflichtung der Behörde steht der zivilrechtliche Anspruch des wirklichen Erben gegen den Besitzer des unrichtigen Erbscheins auf Herausgabe desselben an das Nachlaßgericht (§ 2362 Abs. 1). Die Einziehung und Kraftloserklärung des Erbscheins kann übrigens von jedem angeregt werden, z. B. einem Nachlaßschuldner.

2. **Zuständiges Gericht.** Zweifelhaft ist, ob diese Befugnisse dem Gerichte zustehen, welches den Erbschein erteilt hat, oder, wenn die Zuständigkeit mehrerer Nachlaßgerichte begründet

ist, auch einem anderen dieser Gerichte und, wenn der Erbschein von einem unzuständigen Gericht erteilt ist, dem zuständigen Nachlaßgerichte. Mit dem Wortlaut des § 2361 würde die fragliche Befugnis eines anderen Gerichts zwar vereinbar sein, aber zu dem Ergebnisse führen, daß ein dem Gerichte, das den Erbschein erteilt hat, koordiniertes Gericht die von dem ersteren getroffene Entscheidung über die Erteilung des Erbscheins aufheben könnte. Dies dürfte der Stellung der beiden Gerichte und der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen. Die Bestimmungen des § 2361 sind daher nur auf das Gericht zu beziehen, welches den Erbschein erteilt hat (a. M. Weißler S. 230; Voß S. 678).

3. **Voraussetzung** ist, daß der Erbschein unrichtig ist. Die **Unrichtigkeit** kann eine mehr äußere sein, z. B. bei irriger Angabe von Namen oder Daten, vorzugsweise aber kommt der Fall in Betracht, daß der im Erbscheine bezeichneten Person das bezeugte Erbrecht nicht oder nicht in dem angegebenen Umfange zusteht. Gleichgültig ist dabei, ob das Nachlaßgericht auf Grund neuer Ermittelungen oder sonst erlangter Kenntnis zu einer anderen tatsächlichen Feststellung gelangt oder ob nur eine andere rechtliche Würdigung der unveränderten tatsächlichen Unterlagen eintritt (Rspr. 3 S. 259). Das Nachlaßgericht hat auch dann nach § 2361 zu verfahren, wenn die neuen Ermittelungen nach Erschöpfung aller zu Gebote stehenden Erkenntnisquellen den Nichtbestand des im Erbscheine bezeugten Erbrechts nicht klar erwiesen, sondern nur zu einem non liquet geführt haben, weil schon damit die im § 2359 aufgestellte Voraussetzung für die Erteilung des Erbscheins wegfällt; dagegen genügt nicht jeder auftauchende Zweifel (Rspr. 2 S. 257, RJA. 2 S. 66). Wie die Unrichtigkeit entstanden ist, ob durch Versehen des Nachlaßgerichts, durch Verschulden des Antragstellers oder durch Unrichtigkeit der urkundlichen Unterlagen, ist gleichgültig.

Auch Unvollständigkeit in wesentlichen Punkten bedeutet eine Unrichtigkeit des Erbscheins, z. B. bei Weglassung der nach §§ 2363, 2364 aufzunehmenden Angaben über die Anordnung einer Nacherbfolge oder einer Testamentsvollstreckung (vgl. § 2365; GBO. §§ 52, 53; RJA. 3 S. 8; KG. 31 S. A 124; Rspr. 11 S. 267).

Ferner kann eine Unrichtigkeit durch spätere Änderungen herbeigeführt werden, z. B. durch die begründete Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch eine Erbunwürdigkeitserklärung, durch den Eintritt einer Nacherbfolge (vgl. Erl. 5 zu § 2363) und bei einem gemeinschaftlichen Erbschein auch durch die Ausschlagung seitens eines Miterben des Antragstellers, wenn mit Unrecht angenommen war, daß dieser Miterbe die Erbschaft angenommen habe.

Dagegen gibt ein Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers keinen Anlaß zur Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins, weil der Name des Vollstreckers nicht in den Erbschein gehört und, wenn er angegeben, unwesentlich ist (Erl. 2 zu § 2364). Unrichtig wird der Erbschein ferner nicht dadurch, daß ein im Erbschein genannter Miterbe seinen Anteil nach § 2033 veräußert (bayer. ObLG. 6 S. 91, 194; KG. 30 S. A 101 = RJA. 6 S. 113; RG. 64 S. 173; Kreß in Z. f. bayer. Rpfl. 1 S. 173) oder daß ein Erbteil gepfändet wird (a. A. Hamburger in Gruch. 48 S. 63).

Die örtliche Unzuständigkeit des den Erbschein erteilenden Gerichts macht den Erbschein nicht unrichtig (FGG. § 7).

4. Offenbar unrichtige Angaben des Erbscheins, z. B. eine infolge eines Schreibfehlers unrichtige Bezeichnung des Erben können richtig gestellt werden, ohne daß der Erbschein eingezogen zu werden braucht (bayer. ObLG. 6 S. 388).

5. Die **Einziehung** ist die körperliche Rücknahme des ausgehändigten Erbscheins. Sie ist daher nicht schon mit ihrer gerichtlichen Anordnung oder mit deren Bekanntgabe an den Besitzer des Erbscheins, sondern erst mit der Ablieferung des Scheines an das Nachlaßgericht bzw. mit der Wegnahme desselben durch den vom Gerichte beauftragten Beamten zur Ausführung gebracht (Rspr. 2 S. 256; s. jedoch § 2366 a. E.). Der Versuch der Einziehung soll dem Kraftloserklärungsverfahren vorausgehen, ohne daß jedoch dessen Wirksamkeit von der Befolgung dieser Ordnungsvorschrift abhängig wäre; er kann unterbleiben, wenn er voraussichtlich erfolglos sein würde. Zur Durchführung der Einziehung stehen dem Nachlaßgerichte Zwangsmittel nur nach Maßgabe des Landesrechts zu Gebote (vgl. preuß. FGG. Art. 15—17; bayer. AG. Art. 130; sächs. Ges. v. 15. Juni 1900 §§ 11, 12); als solche Zwangsmittel kommen landesrechtlich Ordnungsstrafen, Anwendung unmittelbaren Zwanges und der Offenbarungseid in Betracht. Hat das Gericht den Erbschein zurückerhalten, so wird seine Unbrauchbarmachung zweckmäßig sein.

Sind von dem Erbschein Ausfertigungen erteilt worden (Erl. 14 zu § 2353), so müssen auch diese eingezogen werden, die an die Einziehung des Erbscheins geknüpften Wirkungen treten aber schon dann ein, wenn das Nachlaßgericht nur in den Besitz der Urschrift, nicht auch sämtlicher Ausfertigungen gelangt ist (Strohal § 67 Note 37a; a. A. Güthe GBO. § 36 Note 14).

6. Die **Kraftloserklärung** soll erst erfolgen, nachdem die Einziehung versucht ist. Wenn aber der Erbschein nicht sofort erlangt werden kann, sei es daß schon ein vergeblicher Versuch gemacht worden oder anzunehmen ist, daß ein Versuch vergeblich sein wird, so ist ohne weiteres zur Kraftloserklärung zu schreiten. Ist der Erbschein schon eingezogen, so ist für seine Kraftloserklärung kein Raum. Die Kraftloserklärung erfolgt durch Beschluß des Nachlaßgerichts. Die Bekanntmachung des Beschlusses hat nach den Vorschriften der CPO. (§ 204 Abs. 2, 3) über die öffentliche Zustellung einer Ladung zu geschehen. Es bedarf also der Anheftung des Beschlusses an die Gerichtstafel und seiner Einrückung in die in der CPO. bezeichneten Blätter. Der Eintritt der Wirksamkeit des Beschlusses ist dahin bestimmt, daß die Kraftloserklärung mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter wirksam wird. Die Monatsfrist ist nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, 3 zu berechnen, wobei als Tag der Einrückung derjenige anzusehen ist, von welchem die betreffende Zeitungsnummer lautet (s. Erl. 3 zu § 2061). Übrigens empfiehlt es sich, den Erbschein, auch nachdem er für kraftlos erklärt worden ist, einzuziehen.

7. Anordnung der Einziehung oder Kraftloserklärung durch das Beschwerdegericht auf Beschwerde gegen die Erteilung des Erbscheins s. Erl. 6 zu § 2359.

8. **Beschwerde.** Gegen den die Einziehung anordnenden Beschluß findet Beschwerde nach §§ 19, 20 FGG. statt (Rspr. 2 S. 257; 4 S. 127; 9 S. 436; 16 S. 191; RG. in JW. 1905 S. 642 = RJA. 6 S. 105). Dem Nacherben steht kein Beschwerderecht zu, wenn der dem Vorerben erteilte Erbschein eingezogen wird (Rspr. 11 S. 267). Die Beschwerde ist zulässig, auch wenn die Einziehung bereits erfolgt ist (Rspr. 16 S. 192). Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 24 FGG.) Ein Verzicht auf die Beschwerde ist unwirksam (RJA. 7 S. 1).

Gegen den Beschluß, durch den der Erbschein für kraftlos erklärt wird, findet keine Beschwerde statt, weil die damit verbundene Verzögerung den Zweck der Kraftloserklärung vereiteln würde (FGG. § 84).

Gegen den die Einziehung oder Kraftloserklärung ablehnenden Beschluß ist die gewöhnliche Beschwerde zulässig. Beschwerdeberechtigt ist jeder, dessen rechtliches Interesse durch den unrichtigen Erbschein verletzt wird.

9. Die **Wirkung der Einziehung und der Kraftloserklärung** ist die gleiche, nämlich die Kraftlosigkeit des Erbscheins. In dem vorstehend zu 5 und 6 bezeichneten Zeitpunkte fällt sowohl die auf den Erbschein gegründete Vermutung des Erbrechts (§ 2365) als auch der Schutz des gutgläubigen Dritten (§§ 2366, 2367) weg, und zwar ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Nichtkenntnis von der Einziehung bzw. Kraftloserklärung. Bei dieser Wirkung bewendet es auch dann, wenn der eingezogene Erbschein durch ein Versehen oder eine unerlaubte Handlung wieder in den Verkehr gelangt. Ein neuer, richtiger Erbschein kann nötigenfalls schon vor vollendeter Einziehung oder Kraftloserklärung erteilt werden; die das Gegenteil bestimmende Vorschrift des E. I (§ 2074 Abs. 3) und des E. II (§ 2227 Abs. 3) ist von der zweiten Kommission im Interesse des wirklichen Erben gestrichen worden (P. II Bd. 6 S. 357).

10. Die **Veranstaltung von Ermittelungen über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheins** (Abs. 3) hat von Amts wegen zu geschehen, wenn dem Gerichte Zweifel über die Richtigkeit entstehen. Die Ermittelungen können übrigens auch von Dritten, insbesondere demjenigen, welchem nach § 2362 der Anspruch auf Herausgabe des Erbscheins zusteht, angeregt werden Gegen die Ablehnung der Veranstaltung von Ermittelungen hat der Antragsteller, wenn die Unrichtigkeit des Erbscheins sein rechtliches Interesse verletzt, das Beschwerderecht (§§ 19, 20 FGG.).

11. Stellt sich heraus, daß die **Einziehung oder Kraftloserklärung zu Unrecht erfolgt ist**, so muß auf Antrag ein neuer Erbschein erteilt werden. Dagegen ist eine bloße Rückgängigmachung der einmal erfolgten Einziehung oder Kraftloserklärung unzulässig.

12. Die Einziehung und die Kraftloserklärung gemäß § 2361 findet **nur bei Erbscheinen neuen Rechtes** statt, nicht auch bei Zeugnissen, die vor oder nach dem Inkrafttreten des BGB. auf Grund des bisherigen Rechtes erteilt sind (Rspr. 2 S. 379; vgl. Erl. 21 zu EG. Art. 213).

§. 2362. Der wirkliche Erbe kann von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen.

Derjenige, welchem ein unrichtiger Erbschein ertheilt worden ist, hat dem wirklichen Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu ertheilen.

---

§ 2362.

E. I §§ 2074, 2078; II § 2227 rev. § 2336; III § 2335. P. I S. 10638 ff., 10751 ff., 11404; M. V S. 564. P. II Bd. 5 S. 633, 691; Bd. 6 S. 357.

1. Neben der Einziehungsbefugnis des Nachlaßgerichts (§ 2361) besteht nach § 2362 **Abs. 1 ein privatrechtlicher Anspruch des wirklichen Erben gegen den Besitzer eines unrichtigen Erbscheins** auf Herausgabe desselben an das Nachlaßgericht. Der Erbe soll nicht auf das Ermessen und die Offizialtätigkeit des letzteren angewiesen, sondern in der Lage sein, auch selbstständig vorzugehen. Der Anspruch auf Herausgabe des unrichtigen Erbscheins entspricht dem Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894). Der Anspruch wird im Wege der Klage wie der Erbschaftsanspruch geltend gemacht; der Gerichtsstand der Erbschaft (§ 27 Abs. 1 CPO.) ist für ihn jedoch nicht begründet.

Anspruchsgegner ist jeder Besitzer des unrichtigen Erbscheins, gleichviel ob er in demselben als Erbe bezeichnet ist oder nicht. Auch ein mittelbarer Besitzer ist passiv legitimiert (Erl. 1 zu § 868). Da der Erbschein auch dann unrichtig ist, wenn nur die Größe des Erbrechts unrichtig ist, so kann jeder Miterbe von dem anderen bei unrichtiger Angabe des Erbteils Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht verlangen. Gleichgültig ist, in welcher Absicht oder aus welchem Grunde der Besitzer des Erbscheins diesen besitzt. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil auf Herausgabe geschieht nach § 883 CPO. Mit der Herausgabe an das Nachlaßgericht wird der Erbschein ohne weiteres kraftlos; a. A. Weißler S. 236; Herzfelder, nach denen die Herausgabe an das Nachlaßgericht zum Zwecke der Einziehung zu geschehen hat, die Kraftlosigkeit also erst eintritt, wenn das Nachlaßgericht nach Anstellung einer eigenen Prüfung die Einziehung ausspricht. Erfolgt die Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung, so tritt die Kraftlosigkeit, abweichend von § 2361, erst mit der Ablieferung des Erbscheins an das Nachlaßgericht ein, da der Gerichtsvollzieher hier nicht als Vertreter des letzteren handelt.

2. Der Anspruch aus § 2362 Abs. 1 kann mit dem Erbschaftsanspruch in einer Klage verbunden werden. Es empfiehlt sich übrigens schon wegen des § 2366 Schlußsatz gleichzeitig beim Nachlaßgerichte dessen Offizialtätigkeit nach § 2361 anzurufen.

3. Im Abs. 2 wird demjenigen, welchem ein unrichtiger Erbschein erteilt worden ist, dem wahren Erben gegenüber eine **Auskunftspflicht** auferlegt, wie sie nach § 2027 dem Erbschaftsbesitzer obliegt. Da der Erbschein den in ihm als Erbe Bezeichneten in die Lage versetzt, über den Nachlaß wirksam zu verfügen, soll der mit Unrecht als Erbe Bezeichnete sich darüber ausweisen müssen, daß er einen solchen dem Erben nachteiligen Gebrauch von dem Erbscheine nicht gemacht hat. Der Anspruch geht zunächst auf Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses, das nötigenfalls mit dem Offenbarungseide zu bekräftigen ist (§ 260), eventuell aber auch weiter (vgl. Erl. 1 zu § 2027). Entsprechend dem vorgedachten Grunde der Vorschrift ist die Passivlegitimation hier anders bestimmt als im Abs. 1. Unter demjenigen, welchem der Erbschein erteilt ist, ist die Person zu verstehen, auf deren Namen der Schein lautet, mithin nicht immer nur der Antragsteller. Bei einem gemeinschaftlichen Erbscheine sind daher alle in demselben mit Unrecht als Erben Bezeichneten auskunftspflichtig. Ist der unrichtige Erbschein einem Gläubiger des vermeintlichen Erben erteilt worden, so muß die Verpflichtung für den Gläubiger und für den Schuldner angenommen werden, weil sie beide durch den Erbschein eine tatsächliche Verfügungsmacht über den Nachlaß erlangt haben. Gegenwärtiger Besitz des Erbscheins ist nicht Voraussetzung der Auskunftspflicht. Auch braucht zum Erweise der Passivlegitimation nicht dargetan zu werden, daß der Beklagte auf Grund des unrichtigen Erbscheins die Erbschaft an sich genommen oder etwas aus ihr erlangt hat. Ob der Beklagte den Mangel seines Rechtes gekannt hat oder nicht, ist unerheblich (vgl. Leonhard, Erbschaftsbesitz S. 118).

4. Wegen des **Erfordernisses der Unrichtigkeit des Erbscheins** gilt das in Erl. 3 zu § 2361 Gesagte. Es kann allerdings bezweifelt werden, ob alle Fälle in Betracht kommen, in denen nach § 2361 das Nachlaßgericht zum Einschreiten berufen ist, oder nur solche, in denen in dem Erbschein eine Person als Erbe bezeichnet ist, der ein Erbrecht nicht oder nicht in dem

§. 2363. In dem Erbscheine, der einem Vorerben ertheilt wird, ist anzugeben, daß eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wer der Nacherbe ist. Hat der Erblasser den Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird, oder hat er bestimmt, daß der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll, so ist auch dies anzugeben.

Dem Nacherben steht das im §. 2362 Abs. 1 bestimmte Recht zu.

---

bezeichneten Umfange zusteht. Für letzteres scheint zu sprechen, daß im § 2362 der „wirkliche Erbe" dem Besitzer des unrichtigen Erbscheins bzw. demjenigen, welchem ein solcher erteilt ist, gegenübergestellt wird. Allein diese engere Auffassung dürfte sich doch nur für den Abs. 2 festhalten lassen. Im Abs. 1 ist sowohl wegen der Übereinstimmung mit § 2361 als besonders wegen der hierher verweisenden Vorschriften des § 2363 Abs. 2, § 2364 Abs. 2 (s. Erl. 9 zu § 2363, Erl. 5 zu § 2364) das Wort „unrichtig" in dem weiteren Sinne zu verstehen, daß es auch sonstige Abweichungen des Erbscheins von der wirklichen Rechtslage, insbesondere die Nichterwähnung einer Nacherbfolge oder einer Testamentsvollstreckung, umfaßt. Die praktische Bedeutung des Unterschieds tritt in dem Beispielsfalle hervor, daß eine Testamentsvollstreckung für den Erbteil eines Miterben angeordnet (Erl. 10 zu § 2197) und in dem in mehreren Ausfertigungen erteilten gemeinschaftlichen Erbscheine nicht erwähnt ist. In diesem Falle kann außer dem Testamentsvollstrecker (§ 2364 Abs. 2) auch jeder Miterbe von dem durch die Ernennung des Vollstreckers beschwerten Erben verlangen, daß er die ihm erteilte Ausfertigung des Erbscheins an das Nachlaßgericht zurückgibt, ein Anspruch nach Abs. 2 aber kommt nicht in Frage.

5. Der im § 2362 Abs. 1 bestimmte Anspruch steht dem wirklichen Erben auch gegenüber demjenigen zu, welchem eine **Ausfertigung** des unrichtigen Erbscheins oder eine unrichtige Ausfertigung des richtigen Erbscheins erteilt worden ist.

6. **Anwendungsfälle.** Der im § 2362 Abs. 1 bestimmte Anspruch auf Herausgabe des unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht steht außer dem Erben auch dem Nacherben und dem Testamentsvollstrecker zu (§ 2363 Abs. 2, § 2364 Abs. 2) und zwar haben diese Personen den Anspruch neben dem Erben, für den Fall der Testamentsvollstreckung trifft nicht etwa der § 2212 zu, da es sich im § 2362 Abs. 1 nicht um ein der Verwaltung des TV. unterliegendes Recht handelt. Den gleichen Anspruch hat eine Person, die irrtümlich für tot erklärt oder ohne Todeserklärung für tot gehalten ist, wenn nach ihr selbst ein Erbschein erteilt worden ist (§ 2370 Abs. 2).

Im Falle der irrtümlichen Annahme des Todes einer Person hat der für tot Gehaltene auch den Anspruch auf Auskunftserteilung nach Abs. 2 (§ 2370 Abs. 2). Wegen des Nacherben s. Erl. 9 zu § 2363, wegen des TV. s. Erl. 6 zu § 2364.

§ 2363.

E. I § 2075 Abs. 1, 3; II § 2228 Abs. 1, 3 rev. § 2337; III § 2336. P. I S. 9280, 10645 ff., 11457, 12273; M. V S. 565. P. II Bd. 5 S. 683.

1. Die in § 2363 enthaltenen Vorschriften über die Erteilung des **Erbscheins an einen Vorerben** bezwecken einerseits, den Nacherben gegen Verfügungen des Vorerben zu schützen, die dieser nach den §§ 2113 ff. nicht mit Wirksamkeit gegen den Nacherben treffen kann, die aber vermöge des öffentlichen Glaubens des Erbscheins zugunsten eines gutgläubigen Dritten Wirksamkeit erlangen würden. Andererseits soll für einen Ausweis des Vorerben gesorgt werden, wenn dieser von den gewöhnlichen Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist (§§ 2136, 2137) oder zu einer Verfügung die Zustimmung des Nacherben beibringen muß (§§ 2113, 2114, 2116, 2118, 2120, 185). Der § 2363 verfolgt mithin ähnliche Zwecke wie die Vorschrift der GBO. § 52 über die Eintragung eines Vorerben in das Grundbuch, für die der Erbschein zugleich die regelmäßige Grundlage bildet. Betrachtet sich der im Erbschein als Nacherbe Bezeichnete nicht als Nacherbe, so kann er die Einziehung des Erbscheins beantragen (bayer. ObLG. 8 S. 411).

2. **Inhalt des Erbscheins.** In **allen Fällen** muß der Erbschein des Vorerben die Angaben enthalten,

a) daß eine Nacherbfolge angeordnet ist; dies gilt auch für die Fälle der sog. konstruktiven Nacherbfolge (§§ 2101, 2104, 2105, Vorbm. 2 auf S. 394 vgl. RG. 30 S. A 101);

b) unter welchen Voraussetzungen die Nacherbfolge eintritt, mithin auf welchen Zeitpunkt oder welches Ereignis der Fall der Nacherbfolge abgestellt ist (vgl. §§ 2106, 2107, auch 2109);

c) wer der Nacherbe ist. Dabei kommt es auf die Zeit der Ausstellung des Erbscheins an (RJA. 3 S. 66 = KG. 24 S. A 185; Rspr. 4 S. 433; 5 S. 237; 9 S. 438; Sorgenfrey in DJZ. 1907 S. 423). Handelt es sich um eine schon vom Erblasser individuell bezeichnete Person oder doch um jemand, dessen Persönlichkeit wenigstens bei der Erteilung des Erbscheins bereits feststeht, z. B. um die zur Zeit der Testamentserrichtung noch erwarteten, inzwischen aber geborenen Nachkommen des Erblassers oder eines Dritten, so sind die Nacherben namentlich zu bezeichnen. Es kann aber auch zur Zeit der Erteilung des Erbscheins die Persönlichkeit des oder der Nacherben noch unbestimmt sein, z. B. wenn in einem Falle nach § 2104 die dort näher bezeichneten gesetzlichen Erben als Nacherben gelten oder wenn besonders im Falle des § 2106 die auch zu dieser Zeit noch nicht geborenen Nachkommen eines Dritten als Nacherben eingesetzt sind. In Fällen dieser Art ist der Nacherbe möglichst genau zu bezeichnen z. B. im Falle des § 2106 als künftige Abkömmlinge der bestimmten Person. Ob das Nachlaßgericht verpflichtet ist, sobald die betreffenden Personen individuell feststehen und ihre Zahl abgeschlossen ist, auf Antrag eine nachträgliche, den Erbschein ergänzende Bescheinigung auszustellen, läßt sich in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift bezweifeln; überwiegende Gründe dürften für die Bejahung sprechen; jedenfalls kann das Gericht verlangen, daß ihm die nötigen Unterlagen für die zu treffende Feststellung beigebracht werden (a. A. Weißler S. 222). Als eine Ergänzung des Erbscheins nimmt das Nachtragszeugnis an dessen rechtlichen Besonderheiten (§§ 2365—2367) teil.

Ist vom Erblasser für den Fall, daß der zunächst eingesetzte Nacherbe den Eintritt des Falles der Nacherbfolge nicht erlebt, ein anderer Nacherbe (Ersatzerbe) eingesetzt, so ist auch dieser im Erbschein anzugeben (bayer. ObLG. 6 S. 707).

3. Die Nacherbfolge muß im Erbschein des Vorerben auch dann angegeben werden, wenn der Nacherbe mit ihrer Nichterwähnung einverstanden ist (CBl. f. FG. 6 S. 211).

4. **Hat der Erblasser das Recht des Vorerben erweitert,** so ist dies in dem Erbschein anzugeben (vgl. GBO. § 52). Dies gilt nach Abs. 1 Satz 2 dann, wenn der Nacherbe auf dasjenige eingesetzt ist, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird (§ 2137 Abs. 1), oder wenn der Vorerbe nach der Anordnung des Erblassers zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll (§ 2137 Abs. 2). In diesen Fällen macht die Weglassung der vorgeschriebenen Angabe den Erbschein im Sinne der §§ 2361, 2362 unrichtig. Ist der Vorerbe nur von einzelnen der im § 2136 bezeichneten Beschränkungen befreit, so ist ein bezüglicher Vermerk im Erbscheine nicht vorgeschrieben und kann daher an seine Weglassung die oben genannte Folge nicht angeknüpft werden; jedenfalls aber ist der Vermerk auch in einem solchen Falle zulässig (Erl. 2 zu § 2136).

5. Das Nachlaßgericht ist nicht befugt von dem die Erteilung eines Erbscheins beantragenden Vorerben die Beibringung einer vom Nacherben abzugebenden Versicherung an Eidesstatt zu verlangen (KG. 33 S. A 99).

6. **Eintritt der Nacherbfolge.** Der einem Vorerben erteilte Erbschein bezeugt nur, daß der als Vorerbe Angegebene Erbe ist und unter welchen Voraussetzungen die Nacherbfolge eintritt. Ob der Vorerbe noch Erbe ist, muß jeder auf eigene Gefahr prüfen. Der dem Vorerben erteilte Erbschein schützt Dritte nicht gegen die Folgen der Beendigung des Verfügungsrechts, die mit dem Eintritte der Nacherbfolge verbunden ist. Die Vermutung des § 2365 greift nicht ein, da sie nur für Beschränkungen gilt, die auf Anordnungen des Erblassers beruhen. Eine entsprechende Erweiterung der Wirkung des Erbscheins ist von der zweiten Kommission ausdrücklich abgelehnt worden (P. II Bd. 5 S. 683). Wer sich mit einem Vorerben in Rechtsgeschäfte einläßt, muß mit der Möglichkeit des inzwischen erfolgten Eintritts der Nacherbfolge rechnen und sich daher vorher erkundigen.

7. Das zu 6 Ausgeführte gilt auch von der Frage, ob das **Verfügungsrecht des Vorerben nicht zufolge einer nach den §§ 2128, 2129, 1052 angeordneten Verwaltung des Nachlasses zeitweilig aufgehoben** ist. Gegen die Wirkungen der Anordnung einer Verwaltung ist der gutgläubige Dritte übrigens durch § 2129 Abs. 2 soweit gesichert, daß er im wesentlichen denselben Schutz genießt, wie wenn er durch den Erbschein gedeckt wäre.

8. Mit dem Eintritte der Nacherbfolge wird der dem Vorerben erteilte Erbschein unrichtig und das Nachlaßgericht hat ihn von Amts wegen nach § 2361 einzuziehen oder für kraftlos zu erklären. Dagegen wird der Erbschein durch die Entziehung der Verwaltung nicht unrichtig.

§. 2364. Hat der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt, so ist die Ernennung in dem Erbschein anzugeben.

Dem Testamentsvollstrecker steht das im §. 2362 Abs. 1 bestimmte Recht zu.

---

9. Im Abs. 2 wird dem Nacherben durch Verweisung auf den § 2362 Abs. 1 das Recht beigelegt, von jedem Besitzer eines dem Vorerben erteilten unrichtigen Erbscheins dessen Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen. Unrichtig ist der Erbschein insbesondere auch dann, wenn die Vorerbschaft zu Unrecht als befreite bezeichnet ist (Rspr. 16 S. 66). Der Anspruch steht dem Nacherben sowohl vor als nach dem Eintritte der Nacherbfolge zu; ersteres insbesondere dann, wenn den Vorschriften des Abs. 1 zuwider verfahren, also die Nacherbfolge in dem Erbscheine nicht oder nicht richtig angegeben ist. Nach dem Eintritte der Nacherbfolge kann der Nacherbe die Herausgabe schon deswegen verlangen, weil der Erbschein, auch wenn er bisher richtig war, zufolge der eingetretenen Rechtsänderung nicht mehr richtig ist. Statt gegen den Vorerben oder den dritten Besitzer auf Herausgabe zu klagen, kann sich der Nacherbe auch mit dem Antrag auf Einziehung des Erbscheins an das Nachlaßgericht wenden (Rspr. 4 S. 132).

Den im § 2362 Abs. 2 bestimmten Anspruch auf Auskunfterteilung hat der Nacherbe vor dem Eintritte der Nacherbfolge nicht. Nach dem Eintritte der Nacherbfolge steht er ihm deshalb zu, weil er nunmehr der wahre Erbe ist und deshalb der § 2362 Abs. 2 auf ihn direkt anwendbar ist. Übrigens hat der Nacherbe beim Eintritte der Nacherbfolge schon auf Grund des § 2130 das Recht, von dem Vorerben Rechenschaft zu fordern.

10. **Ist die Nacherbeinsetzung nach § 2109 unwirksam geworden,** so kann der Erbe (bisherige Vorerbe) die Erteilung eines neuen, von den bisherigen Beschränkungen freien Erbscheins beantragen. Der Erbschein ist durch die Rechtsänderung unrichtig geworden, das Nachlaßgericht ist daher sogar zu seiner Einziehung verpflichtet. Stellt der Erbe den Antrag auf Erteilung des neuen Scheines, so hat er dem Nachlaßgerichte die Überzeugung von der nach § 2109 eingetretenen Unwirksamkeit der Nacherbeinsetzung zu verschaffen. Ein Anspruch gegen den bisherigen Nacherben auf Zustimmung zu der Erteilung des neuen Erbscheins wird in Ermangelung einer positiven Vorschrift nicht anzunehmen sein; die Zustimmung würde auch nach dem Offizialprinzipe des § 2358 für sich allein nicht genügen.

11. **Ein eigener Erbschein für den Nacherben** kann erst nach dem Eintritte der Nacherbfolge erteilt werden (Erl. 4b zu § 2353). Die Erteilung ist nicht von der vorherigen Beseitigung des dem Vorerben erteilten Erbscheins abhängig.

§ 2364.

E. I § 2075 Abs. 2, 3; II § 2228 Abs. 2, 3 rev. § 2338; III § 2337. P. I S. 9638 f., 10647 ff., 11457, 12274; M. V S. 566. P. II Bd. 5 S. 683, 691.

1. **Erbschein bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung.** Mit Rücksicht auf die weitgehenden Befugnisse des Testamentsvollstreckers und die Beschränkungen, denen das Verfügungsrecht des Erben bei dem Vorhandensein eines solchen unterliegt (§§ 2205 ff., 2211, 2212), muß der Erbschein über die Anordnung einer Testamentsvollstreckung Auskunft geben und einem Dritten eine Gewähr dafür bieten, daß eine solche nicht besteht, wenn sie in dem Erbscheine nicht erwähnt ist. Der Abs. 1 schreibt daher vor, daß die Ernennung des Vollstreckers im Erbschein anzugeben ist, gleichwie sie nach GBO. § 53 bei der Eintragung des Erben in das Grundbuch von Amts wegen miteingetragen wird.

Aus dem Zwecke der Vorschrift ergibt sich, daß der § 2364 Abs. 1 nur anwendbar ist, wenn dem TV. die Verwaltung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände oder eines Erbteils zusteht. Gehört die Verwaltung des Nachlasses oder doch eines Teiles desselben nicht zur Aufgabe des TV. (§ 2208), ist z. B. der TV. nur zu dem Zwecke ernannt, daß er für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt (§ 2223), so ist die Testamentsvollstreckung im Erbscheine nicht zu erwähnen. Ist der TV. zu dem Zwecke ernannt, daß er bis zum Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt (§ 2222), so ist nicht nur die Nacherbfolge (§ 2363), sondern auch die Testamentsvollstreckung im Erbschein anzugeben.

2. Nur die Ernennung eines Vollstreckers oder, wie mit Rücksicht auf die Fälle der §§ 2198, 2200 genauer zu sagen wäre, die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist im Erbscheine zu erwähnen.

§. 2365. Es wird vermuthet, daß demjenigen, welcher in dem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das in dem Erbschein angegebene Erbrecht zustehe und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei.

Nicht zu erwähnen ist:

a) Der Name des Vollstreckers, weil die Person bei der Erteilung des Erbscheins mitunter noch nicht feststeht (§§ 2198—2200) und überdies mit der Möglichkeit eines Wechsels gerechnet werden muß (§§ 2199, 2224). Zum Ausweise des Testamentsvollstreckers dient nicht der Erbschein, sondern das im § 2368 vorgesehene Zeugnis (Brettner, Arch. f. Bürg. R. 17 S. 215; Märker S. 158, 338; Weißler S. 224; auch Achilles-Strecker Anm. 4 zu GBO. § 53 halten die Angabe des Namens für erforderlich). Ein Dritter muß daher, um sich über die Person des Vollstreckers zu vergewissern, von der letztwilligen Verfügung oder von dem etwa nach § 2368 ausgestellten Zeugnisse Kenntnis nehmen.

b) Der Umfang der Befugnisse des TV. (§ 2208). Auch dieser ist nur aus dem dem TV. nach § 2368 erteilten Zeugnisse, nicht aus dem Erbscheine zu entnehmen (abweichend Wilke Anm. 1 sowie Boß S. 674).

c) Die Annahme des Amtes durch den TV. (§ 2202).

3. Enthält der Erbschein Angaben über die unter 2a—c bezeichneten Punkte, so ist er zwar nicht unrichtig, allein der Schutz der §§ 2365—2367 erstreckt sich nicht auf sie.

4. Für die Angaben über die Testamentsvollstreckung ist die Zeit der Ausstellung des Erbscheins maßgebend. Steht in diesem Zeitpunkte fest, daß die TV. durch Ablehnung des Amtes oder aus sonstigen Gründen, z. B. infolge Kündigung seitens des TV. oder weil das Nachlaßgericht ablehnt, dem Ersuchen um Ernennung eines TV. zu entsprechen, bereits hinfällig geworden ist, so ist die TV. im Erbschein überhaupt nicht zu erwähnen (a. A. KG. 33 S. A 100). Selbstverständlich gilt dies nur, wenn feststeht, daß in Ermangelung anderweitiger Anordnungen des Erblassers, insbesondere einer Ersatzernennung, die TV. vollständig hinfällig geworden ist.

Änderungen in den Verhältnissen der Testamentsvollstreckung, die nach der Ausstellung des Erbscheins eintreten, sind nicht mehr zu berücksichtigen, der Erbe kann auch nicht ein Nachtragszeugnis verlangen. Das Nachlaßgericht erscheint aber allerdings verpflichtet, dem Erben auf Verlangen über Änderungen in der TV., soweit sie dem Nachlaßgericht nachgewiesen sind, eine Bescheinigung zu erteilen, z. B. über die Kündigung des Amtes. Allein diese Bescheinigungen stehen nicht unter dem Schutze des Erbscheins (§§ 2365—2367).

5. Befugnis des Testamentsvollstreckers, die Herausgabe eines unrichtigen Erbscheins zu verlangen. Im Abs. 2 ist dem TV. das Recht eingeräumt, falls ein unrichtiger Erbschein erteilt ist, von jedem Besitzer desselben die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen. Ein solcher Fall liegt besonders vor, wenn die Testamentsvollstreckung entgegen dem Abs. 1 in dem Erbscheine nicht erwähnt ist (vgl. Erl. 3 zu § 2361, Erl. 4 zu § 2362). Der TV. hat das bezeichnete Recht übrigens dann nicht, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses nicht zusteht; denn in diesem Falle wird die TV. im Erbschein nicht erwähnt. Daß der TV. das Recht hat, die Einziehung oder Kraftloserklärung nach § 2361 anzuregen, ergibt sich schon daraus, daß er das im § 2362 Abs. 1 bestimmte Recht hat (vgl. Erl. 1 zu § 2361).

6. Aus dem Wortlaute des Abs. 2 scheint zu folgen, daß dem TV. das im § 2362 Abs. 2 bestimmte Recht auf Auskunft über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände nicht zusteht. Allein soweit dem TV. die Verwaltung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände obliegt (§§ 2205, 2209), steht ihm das im § 2362 Abs. 2 bestimmte Recht schon als Ausfluß seines Verwaltungsrechts zu.

7. Betreffs der Frage, ob der Testamentsvollstrecker die Erteilung eines Erbscheins beantragen kann, s. Erl. 4g zu § 2353.

§ 2365.

E. I §§ 2076, 2078; II § 2229 rev. § 2339; III § 2338. P. I E. 10649 ff., 11457; M. V S. 567. P. II Bd. 5 S. 683. D. S. 742.

Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des BGB. (1904); Peters in Gruch. 50 S. 146.

1. Vermutung für die Richtigkeit des Erbscheins. Da der Erbschein keine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthält, andererseits aber auch nicht eine Tatsache, sondern ein Rechtsverhältnis bezeugt, fällt er unter keine der in der CPO. §§ 415—418 behandelten

Arten von öffentlichen Urkunden. Seine Beweiskraft wird im § 2365 durch die Aufstellung einer besonderen Rechtsvermutung geregelt, die dahin geht, daß der im Erbschein als Erbe bezeichneten Person das bezeugte Erbrecht wirklich zusteht, und zwar in dem bezeugten Umfang und unter keinen anderen als den angegebenen vom Erblasser angeordneten Beschränkungen. Die Vermutung auf Grund des Erbscheins ist hiernach ein Gegenstück zu der im § 891 Abs. 1 aufgestellten Rechtsvermutung aus der Eintragung eines Rechtes im Grundbuche. Wie diese betrifft sie nicht eine Tatsache, sondern den Bestand eines Rechtes; sie gewährt dieselben Vorteile für die Rechtsverfolgung und sie kann, vorbehaltlich der zum Schutze Dritter gegebenen Vorschriften der §§ 2366, 2367 (entsprechend dort §§ 892, 893) durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden (vgl. Erl. 2—4 zu § 891). Eine dem § 2365 entsprechende Rechtsvermutung wird durch die Feststellung des Nachlaßgerichts begründet, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei (§ 1964 Abs. 2, s. dort Erl. 6).

2. Inhalt der Vermutung:

a) Es wird vermutet, daß dem im Erbschein als Erben Bezeichneten das angegebene Erbrecht zustehe. Es wird also der objektive Bestand des Erbrechts und die subjektive Berechtigung des im Erbschein als Erbe Bezeichneten vermutet. Hieraus folgt für den Fall einer Mehrheit von Erben, daß sich die Vermutung bei dem einem Miterben erteilten besonderen Erbschein nur auf das Erbrecht und die Erbquote dieses Miterben, bei einem gemeinschaftlichen Erbschein auf das Erbrecht und die Erbquoten sämtlicher Miterben bezieht.

b) Es wird vermutet, daß der im Erbschein als Erbe Bezeichnete nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei. Dies hat nicht nur den negativen Sinn, daß andere als die angegebenen Beschränkungen nicht bestehen, sondern auch die positive Bedeutung, daß die angegebenen Beschränkungen wirklich bestehen, genauer gesagt, im Testament wirklich angeordnet sind (a. A. Eßlinger S. 75); über den Fortbestand der Beschränkungen, d. h. ob die Testamentsvollstreckung noch besteht bzw. ob nicht der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist, gibt der Erbschein keinen Aufschluß.

3. Umfang der Vermutung.

a) Die Vermutung erstreckt sich nur auf die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben des Erbscheins. Für die Richtigkeit etwaiger sonstiger Angaben, z. B. über die Person des Testamentsvollstreckers oder bei einem gegenständlich beschränkten Erbscheine (§ 2369) über die Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum Nachlasse, besteht keine Vermutung (vgl. Erl. 10 zu § 2353).

b) Was die Beschränkungen des Erbrechts anbetrifft, so bezieht sich § 2365 zunächst nur auf solche Beschränkungen, die auf Anordnungen des Erblassers beruhen, nicht dagegen auf solche, die unmittelbar kraft Gesetzes oder auf Grund einer gerichtlichen Verfügung eintreten. Der Erbschein gewährt mithin keine Sicherheit gegen die Rechtsfolgen aus der Anordnung einer Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses oder einer Verwaltung auf Grund der §§ 2128, 2129, 1052 (Erl. 7 zu § 2363).

Sodann erstreckt sich die Vermutung nur auf die dinglich wirkenden Beschränkungen des Verfügungsrechts des Erben, also auf die Nacherbeinsetzung und die Testamentsvollstreckung, nicht auf die nur obligatorisch wirkende Beschränkung durch eine Teilungsanordnung oder auf die Beschwerung des Erben mit Vermächtnissen und Auflagen.

c) Von selbst versteht sich, daß der Erbschein seinen Besitzer nicht schon kraft des Besitzes legitimiert, also keine Vermutung dafür besteht, daß der Besitzer des Scheines der darin bezeichnete Erbe sei.

4. Wirkung der Vermutung.

a) Die Vermutung für die Richtigkeit des Erbscheins wirkt für und gegen alle, insbesondere auch gegen den in dem Scheine als Erbe Bezeichneten und gegen andere Personen, die sich selbst ein Erbrecht zuschreiben. Der Erbschein begründet daher einerseits zugunsten der Nachlaßgläubiger die Passivlegitimation des als Erbe Benannten, andererseits aber auch zugunsten des letzteren die Aktivlegitimation für die Geltendmachung des Erbrechts und aller einzelnen erbschaftlichen Ansprüche. Er ist daher insbesondere auch für einen Rechtsstreit über das Erbrecht von materieller Bedeutung, insofern er die Beweislast und damit unter Umständen die Parteirollen bestimmt (vgl. aber auch unten zu c).

b) Die Wirkung des Erbscheins nach einzelnen Richtungen besonders zu bestimmen, ist absichtlich vermieden worden. Es ist daher auch nicht besonders hervorgehoben, daß auf Grund des Erbscheins Eintragungen in die öffentlichen Bücher und Register (Grundbuch, Schiffsregister, Handelsregister, Reichs- oder Staatsschuldbuch ꝛc.) erfolgen können, für die es des Nachweises

der Erbfolge bedarf. Wie weit für diese Eintragungen die Beibringung eines Erbscheins vorausgesetzt wird, ist aus den betreffenden Spezialgesetzen zu entnehmen (GBO. § 36, FGG. § 107 2c.).

c) Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben über. Über die Bedeutung dieses Satzes s. Erl. 2—4 zu § 857. Die Bestimmung des § 2365 hat hiernach zugunsten des Erbscheinerben die Wirkung, daß ihm in betreff des Besitzes der im Besitze des Erblassers befindlich gewesenen Sachen die Vermutung zur Seite steht, daß dieser Besitz im Sinne des § 857 auf ihn übergegangen sei. Es wird also vermutet, daß eine Störung oder Entziehung dieses Besitzes ohne seinen Willen eine verbotene Eigenmacht sei. Er braucht, um die nach § 859 zulässige Selbstverteidigung und Selbsthilfe zu rechtfertigen, nicht den Beweis zu führen, daß er Erbe geworden sei. Ebensowenig liegt ihm dieser Beweis ob, wenn er wegen Entziehung oder Störung des Besitzes klagt. Vielmehr liegt dem anderen Teile der Beweis ob, daß der Erbscheinerbe nicht wirklich Erbe sei. Hieraus dürfte aber nicht zu folgern sein, daß der Erbscheinerbe lediglich auf Grund jener Vermutung dem Erbschaftsanspruche des wirklichen Erben gegenüber passiv legitimiert sei. Die fragliche Vermutung erleichtert ihm zwar in der gedachten Art das Vorgehen gegen Dritte. Man wird aber nicht sagen können, daß er durch diese Erleichterung wirklich etwas aus der Erbschaft erlangt habe, daß er also im Sinne des § 2018 Erbschaftsbesitzer geworden sei. Dies dürfte vielmehr nur anzunehmen sein, wenn er von den gedachten Rechten wirklich Gebrauch gemacht hat. Andererseits wird er, wenn sich bereits ein anderer in den Besitz des Nachlasses gesetzt hat, durch den Erbschein nicht der Aufgabe überhoben, gegen diesen auf Herausgabe der Erbschaft zu klagen. Nur für die Beweislast in Ansehung des Erbrechts ist der Erbschein auch bei der hereditatis petitio von Bedeutung.

5. Entsprechend dem Charakter des § 2365 als Privatrechtsnorm beschränkt sich die Wirkung des Erbscheins auf privatrechtliche Verhältnisse. Wie weit eine Behörde, die bei Ausübung ihrer obrigkeitlichen Obliegenheiten mit dem Erben als solchen zu tun hat, berechtigt oder auch verpflichtet ist, ungeachtet eines ihr vorgelegten Erbscheins die Erbberechtigung selbständig zu prüfen, ist keine Frage des bürgerlichen Rechtes (teilweise abweichend Wilke Anm. 4). Über die Berechtigung des Grundbuchrichters zur Nachprüfung s. KG. 34 S. A 227 (vgl. auch Rspr. 5 S. 430; 6 S. 75; 9 S. 333; 11 S. 255); wie hier mit Recht angenommen wird, soll sich der Grundbuchrichter, wenn nicht besondere Tatsachen vorliegen, an den Erbschein halten, jedenfalls trägt die Verantwortung nicht der Grundbuchrichter, sondern der Nachlaßrichter.

6. **Beginn der Vermutung.** Als Zeitpunkt, in welchem die Wirksamkeit des Erbscheins überhaupt und daher auch die Vermutung aus § 2365 zur Entstehung kommt, ist die Aushändigung des Erbscheins an den Antragsteller anzusehen; denn mit diesem Zeitpunkt ist der Erbschein erteilt (Erl. 11 zu § 2353). Eine Bekanntmachung nach § 16 des FGG. findet nicht statt und ist, wenn sie erfolgt, ohne rechtliche Bedeutung (a. M. Märker S. 339, Herzfelder). Der Aushändigung muß es jedoch gleichgestellt werden, wenn von dem Erbscheine mit dem Willen des Antragstellers in einer anderen Rechtssache Gebrauch gemacht wird, sei es, daß die Ausfertigung einem anderen Gericht oder einer anderen Abteilung desselben Gerichts, z. B. zu den Grundakten, hinübergegeben wird, sei es, daß das Nachlaßgericht selbst, insbesondere in einem Erbauseinandersetzungsverfahren, den Erbschein ohne Erteilung einer Ausfertigung in Gebrauch nimmt. In diesen Fällen handelt es sich nur um ein abgekürztes Verfahren, durch das die Aushändigung des Scheines an den Antragsteller und die demnächstige Wiedereinreichung bei Gericht vermieden wird.

7. Der **Beweis des Gegenteils** kann gegenüber der Rechtsvermutung aus § 2365 nur in der Weise geführt werden, daß der Beweisführer die Sachlage vollständig aufdeckt, also seinerseits Tatsachen anführt und beweist, aus denen sich die Unrichtigkeit des Erbscheins ergibt. Hinsichtlich der Beweismittel bestehen keine Beschränkungen, auch die Eideszuschiebung über bestimmte Tatsachen ist zulässig (vgl. ZPO. § 292).

8. **Die Vermutung fällt weg,**

a) wenn der Erbschein eingezogen, für kraftlos erklärt oder auf Verlangen des wirklichen Erben von dem Besitzer an das Nachlaßgericht herausgegeben worden ist (Erl. 9 zu 2361, Erl. 1 zu § 2362);

b) wenn zwei einander widersprechende Erbscheine erteilt sind. In einem solchen Falle kann nur angenommen werden, daß die beiden Scheine, soweit und solange der Widerspruch besteht, sich gegenseitig aufheben, mithin die Vermutung aus § 2365 keinem von ihnen zur Seite steht (wegen der Frage, wie sich in diesem Falle der Schutz Dritter gestaltet, s. Erl. VII zu

§. 2366. Erwirbt Jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstand oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte, so gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Erbscheins, soweit die Vermuthung des §. 2365 reicht, als richtig, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat.

---

§ 2366). Der hier vorausgesetzte Fall ist einmal dann gegeben, wenn ein neuer richtiger Erbschein erteilt wird, bevor der zunächst ausgestellte unrichtige eingezogen oder für kraftlos erklärt worden ist (Erl. 9 zu § 2361), ferner aber besteht die Möglichkeit zweier sich widersprechender Erbscheine deswegen, weil mehrere Gerichte als Nachlaßgericht zuständig sein können und weil auch der von einem unzuständigen Gericht erteilte Erbschein an sich wirksam ist (FGG. §§ 7, 73).

9. Die **Echtheit eines vorgelegten Erbscheins** bedarf keines besonderen Beweises, da der Erbschein als öffentliche Urkunde die Vermutung der Echtheit für sich hat (§ 1 des Ges. betr. die Beglaubigung öffentlicher Urkunden, v. 1. Mai 1878 und für den Prozeß CPO. § 437).

§ 2366.

E. I §§ 2077, 2078; II § 2230 rev. § 2340; III § 2339. P. I S. 10654 ff.; M. V S. 569 ff. P. II Bd. 5 S. 634 ff.; Bd. 6 S. 222. D. S. 742.

Frhr. v. Reibnitz, Der öffentl. Glaube des Erbscheins in Vergleich mit dem Grundbuch (1902); Hellwig, Rechtskraft (1901) S. 458 ff.; Strohal, Erbrecht § 68.

I. Die §§ 2366, 2367 enthalten die Vorschriften über den **öffentlichen Glauben des Erbscheins**, d. h. die zugunsten eines gutgläubigen Dritten eintretende Schutzwirkung in Ansehung dinglicher Rechtsgeschäfte, die zwischen dem im Erbschein als Erbe Bezeichneten und einem Dritten geschlossen, von ihm einseitig gegenüber dem Dritten vorgenommen oder endlich von dem Dritten ihm gegenüber vorgenommen werden. Davon betrifft § 2366 diejenigen Rechtsgeschäfte, welche auf den Erwerb eines Erbschaftsgegenstandes, eines Rechtes an einem solchen Gegenstand oder der Befreiung von einem erbschaftlichen Rechte abzielen, während alle übrigen unter die vorbezeichnete Kategorie fallenden Rechtsgeschäfte durch den § 2367 gedeckt werden. Der Grundgedanke ist der Schutz des guten Glaubens dritter Personen, ähnlich wie er im Sachenrecht (s. insbesondere §§ 892, 893, 932 ff.) und im beschränkten Maße auch im Rechte der Schuldverhältnisse (§ 404) hervortritt. Abgelehnt ist der Gedanke einer Vertretung des wirklichen Erben durch den im Erbschein als Erbe Bezeichneten (den Erbscheinerben). Daraus folgt insbesondere, daß obligatorische Verpflichtungen, die der letztere übernimmt, keine Bindung des wirklichen Erben erzeugen (Erl. zu § 2367); andererseits aber wird auch das von dem Erbscheinerben Erworbene nicht schlechthin, sondern nur nach Maßgabe des § 2019 Bestandteil der Erbschaft (vgl. M. V S. 569; Endemann III § 117 Anm. 16).

II. **Der öffentliche Glaube des Erbscheins schützt nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb**, allgemeine Voraussetzung ist mithin der Abschluß eines Rechtsgeschäfts.

1. Nach § 2366 kommen im einzelnen folgende Rechtsgeschäfte in Betracht:

a) Der Erwerb eines Erbschaftsgegenstandes. Erbschaftsgegenstand sind nicht nur die zum Nachlasse gehörenden körperlichen Sachen, sondern auch die unkörperlichen Gegenstände, wie Forderungen; ferner was kraft Surrogation (z. B. §§ 2019, 2111) zum Nachlasse gehört.

Soweit Grundstücke in Frage stehen, wird die Bedeutung des § 2366 durch die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892) zurückgedrängt, die stets maßgebend sind, wenn der Erbe im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Hat jedoch der Erbe seine Eintragung nicht herbeigeführt (vgl. GBO. § 41) oder ist das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen (EG. Art. 189), so greift auch bei Grundstücken § 2366 ein. Schlechthin maßgebend ist er für den Erwerb von beweglichen Sachen, von Forderungen oder sonstigen zum Nachlasse gehörenden, nicht im Grundbuch eingetragenen Rechten. Für eingetragene Rechte gilt das Gleiche wie für Grundstücke, vorbehaltlich der für den Erwerb von Hypotheken und Grundschulden aus § 1155 abzuleitenden Besonderheiten. Als Rechtsgeschäft, durch das ein Erbschaftsgegenstand erworben wird, ist natürlich nicht das obligatorische, sondern das dingliche Rechtsgeschäft zu verstehen; der Käufer eines Nachlaßgrundstücks z. B. kann sich vor Auflassung und Eintragung nicht auf den Erbschein berufen (s. Erl. zu § 2367).

b) Der Erwerb eines Rechtes an einem Erbschaftsgegenstande, z. B. des Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer Nachlaßsache oder einer zum Nachlasse gehörenden Forderung. Soweit ein Grundstück oder ein im Grundbuch eingetragenes Recht als Gegenstand des neu begründeten Rechtes in Frage kommt, gilt das vorstehend zu a Bemerkte.

c) Der Erwerb der Befreiung von einem erbschaftlichen Rechte. Dieses Recht kann ein dingliches sein (jus in re aliena), z. B. ein Erbbaurecht (§ 875), eine Grunddienstbarkeit (§ 875), ein Nießbrauch (§ 875 bzw. § 1064), eine Hypothek (§§ 1168, 1183) oder ein Pfandrecht (§ 1255). Es kann sich aber auch um ein persönliches Recht handeln, so daß auch der Schulderlaß oder das negative Anerkenntnis (§ 397) und die Entlassung aus der Bürgschaft betroffen werden. Ob die Befreiung durch Vertrag oder durch einseitige Willenserklärung erfolgt und ob die letztere eine empfangsbedürftige ist oder nicht, ist unerheblich. Der § 2366 findet also z. B. Anwendung, wenn ein Dritter durch Vertrag mit dem Erbscheinerben die Schuld eines Nachlaßschuldners übernimmt (§ 414) oder der Erbscheinerbe durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt auf eine Nachlaßhypothek verzichtet (§ 1168).

2. Die bezeichneten Rechtsgeschäfte müssen sich auf einen **Erbschaftsgegenstand** (oben 1a) beziehen. Handelt es sich nicht um einen wirklichen Erbschaftsgegenstand, so greift ein Schutz des gutgläubigen Dritten nur nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze über den redlichen Rechtsverkehr Platz.

3. Zwischen dem **entgeltlichen und dem unentgeltlichen Erwerbe** besteht wie bei dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 892, 893) und dem Erwerb in gutem Glauben (§§ 932 ff.), soweit es sich um die dingliche Wirkung des Veräußerungsgeschäfts handelt, kein Unterschied. Gemäß §§ 816, 822 hat jedoch der wirkliche Erbe im Falle einer unentgeltlichen Verfügung nicht nur gegen den Erbscheinerben, sondern auch gegen den Empfänger und den etwaigen weiteren Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. Außerdem dient auch das Surrogationsprinzip des § 2019 zum Schutze des Erben.

4. **Der Schutz des § 2366 ist auf den Erwerb einzelner Erbschaftsgegenstände, also auf Rechtsnachfolge titulo singulari, beschränkt.** Der Erwerber eines Erbteils (§ 2033) und auch derjenige, welcher das Eigentum an den einzelnen Erbschaftssachen bzw. die einzelnen erbschaftlichen Rechte auf Grund eines Erbschaftskaufs oder gleichstehenden Vertrags (§§ 2371, 2385) erhält, kann sich nicht auf den Erbschein seines Rechtsurhebers berufen. Dies folgt aus der Vorschrift des § 2030, nach der im Verhältnisse zum wirklichen Erben einem Erbschaftsbesitzer gleichsteht, wer die Erbschaft durch Vertrag von einem solchen erwirbt (s. dort Erl. 1). Für den Fall der Veräußerung eines Erbteils führt auch schon der Wortlaut des § 2366 selbst zu dem gleichen Ergebnisse, da unter dem Erwerb eines Erbschaftsgegenstandes derjenige eines Bruchteils der Erbschaft nicht mitverstanden werden kann. Auch auf die Bestellung eines Nießbrauchs an der ganzen Erbschaft oder an einem Erbteile (§ 1089) wird hiernach der Schutz des Erbscheins nicht zu erstrecken sein.

5. Der Schutz des Erbscheins kommt nicht demjenigen **Erwerbe** zustatten, **welcher sich unmittelbar kraft Gesetzes vollzieht**, insbesondere durch Erbgang (sei es auch auf Grund einer Verfügung von Todes wegen), kraft des elterlichen oder ehemännlichen Nutzungsrechts oder der ehelichen Gütergemeinschaft (wegen einer Abweichung s. die Erl. 1 zu § 2367).

Ebensowenig wird der **Erwerb** von Rechten **im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung** durch § 2366 geschützt.

Anders verhält es sich mit den sog. **Verfügungen durch Urteil**, nämlich denjenigen Fällen, in welchen die zur Rechtsbegründung bzw. Übertragung erforderliche Willenserklärung des Erbscheinerben durch ein rechtskräftiges Urteil und die daneben etwa erforderliche Übergabe einer Sache durch die Wegnahme seitens des Vollstreckungsorgans ersetzt worden sind (CPO. §§ 894, 897; vgl. Erl. 1 zu § 2115); Fälle dieser Art stehen einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleich. Im übrigen hat auch ein in einem Rechtsstreite zwischen dem Erbscheinerben und einem Dritten gegen den ersteren ergangenes rechtskräftiges Urteil keine Wirkung gegen den wirklichen Erben (a. A. Hellwig, Rechtskraft S. 464).

III. Im besonderen gilt betreffs der **Voraussetzungen des Schutzes** durch den Erbschein noch folgendes:

1. Nicht erforderlich ist, daß der Erbscheinerbe bei dem Abschlusse des fraglichen Rechtsgeschäfts den Erbschein vorlegt (RG. in CBl. f. FG. 8 S. 339) oder ihn auch nur noch besitzt, sofern der Schein nur nicht gerichtlich eingezogen ist. Der beteiligte Dritte braucht sogar von der Erteilung des Erbscheins keine Kenntnis zu haben, sodaß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen

dem Erbschein und dem Abschlusse des Geschäfts (ein „Vertrauen auf den Erbschein") nicht nachgewiesen zu werden braucht und selbst der Nachweis, daß die Kenntnis nicht bestanden hat, den Schutz des § 2366 nicht ausschließt.

2. Dagegen wird vorausgesetzt, daß der Dritte von dem Erbscheinerben als Erben, also den betreffenden Gegenstand als Erbschaftsgegenstand erwirbt. Die Motive (V S. 572) legen das Gewicht darauf, daß der Erbscheinerbe bei der Verfügung des Willens sei, als Erbe zu handeln. Nach der Fassung und dem Grundgedanken des § 2366 dürfte es mehr darauf ankommen, daß die entsprechende Willensrichtung bei dem Erwerber vorhanden ist. Jedenfalls tritt der Schutz des Erbscheins dann nicht ein, wenn beide Teile der Meinung sind, der betreffende Gegenstand gehöre dem Veräußerer auf Grund eines anderen Rechtstitels als seines Erbrechts.

3. Ein weiteres Erfordernis ist, daß die Erteilung des Erbscheins dem Abschlusse des Rechtsgeschäfts zeitlich vorausgeht.

4. Wegen der negativen Voraussetzungen s. unten Nr. V.

IV. Die **Wirkung des öffentlichen Glaubens** besteht darin, daß zugunsten des Dritten der Inhalt des Erbscheins, soweit die Vermutung des § 2365 reicht, als richtig gilt.

1. Der Schutz des Erbscheins greift nur in demselben Umfang ein wie die im § 2365 aufgestellte Vermutung für die Richtigkeit des Erbscheins, mithin soweit als das subjektive Erbrecht der in dem Scheine als Erbe bezeichneten Person als Voraussetzung oder eine auf einer Anordnung des Erblassers beruhende Beschränkung dieses Erbrechts als Hindernis des Rechtserwerbes in Frage kommt. Der Schutz betätigt sich auch dann, wenn der Erbschein zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts richtig ist, aber später mit Rückwirkung unrichtig wird, mithin in den Fällen der Anfechtung der das Erbrecht begründenden Verfügung von Todes wegen und der Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit (vgl. Erl. 6 zu § 2344 und hier Erl. V 1 a).

2. Der Schutz tritt nur zugunsten des Dritten ein, der von dem Erbscheinerben erwirbt. Solange der Dritte die vermöge des Erbscheins zu seinen Gunsten eingetretene Rechtsänderung nicht geltend macht, kann sich der wirkliche Erbe nicht auf sie berufen, um z. B. der mit dem Eigentum an einer Nachlaßsache verbundenen Lasten ledig zu werden. Ebensowenig besteht der Schutz des Erbscheins bei Rechtsgeschäften, die mehrere Erbscheinerben untereinander abschließen, insbesondere wenn den Miterben bei der Auseinandersetzung bestimmte erbschaftliche Gegenstände auf ihre Erbteile überwiesen werden.

V. **Der Schutz des Erbscheins tritt nicht ein,**

1. **wenn der Erwerber nicht in gutem Glauben ist,** wie man der Kürze halber sagen kann, wenngleich der Ausdruck, wie aus dem folgenden hervorgeht, nicht ganz zutreffend ist.

a) Es werden zwei Fälle aufgestellt:

α) Der Erwerber kennt die Unrichtigkeit des Erbscheins. Wie bei dem Erwerb auf Grund des Grundbuchs (§ 892) schließt nur die positive Kenntnis von der Unrichtigkeit, nicht auch die durch grobe Fahrlässigkeit verschuldete Unkenntnis die Wirkung des öffentlichen Glaubens aus. Es besteht mithin in diesem Punkte ein Unterschied zwischen dem Erwerb auf Grund des Erbscheins und dem Erwerbe nach dem Grundsatze „Hand wahre Hand" (§ 932 Abs. 2, §§ 1032, 1207, 1244, 1273). Wer sich auf das gerichtlich ausgestellte Zeugnis verläßt, soll keiner weiteren Prüfungspflicht unterliegen. Der Schutz des § 2366 ist ferner nur dann ausgeschlossen, wenn dem Erwerber die Unrichtigkeit des Erbscheins selbst bekannt war. Die Kenntnis einer Tatsache, aus der die Unrichtigkeit des Erbscheins zu folgern ist, beseitigt den Rechtsschutz noch nicht, wie von der zweiten Kommission bei der Revisionslesung gleichmäßig für den Erbschein und für das Grundbuch (§ 892) beschlossen wurde. Der Erwerber ist daher namentlich dann geschützt, wenn er sich über die rechtliche Bedeutung einer ihm bekannten, das Erbrecht ausschließenden Tatsache im Irrtume befunden hat. Ob aus der nachgewiesenen Kenntnis einer bestimmten Tatsache der Schluß darauf gezogen werden kann, daß sich der Erwerber der Unrichtigkeit des Erbscheins bewußt gewesen ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung.

Ist der Erbschein in mehrfacher Beziehung unrichtig, so fällt der Schutz des § 2366 nur weg, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit desjenigen Inhalts kennt, welchen er zu seinen Gunsten geltend macht. Wenn also z. B. in einem Erbscheine sowohl der Vorerbe als der Nacherbe unrichtig angegeben sind, wird der Erwerb einer beweglichen Nachlaßsache von dem als Vorerbe Bezeichneten (§ 2112) nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Dritte nur von der Unrichtigkeit der den Nacherben betreffenden Angabe des Erbscheins Kenntnis hat (anders in dem Falle unten zu β).

Ist die Unrichtigkeit des Erbscheins nachträglich durch eine Anfechtung herbeigeführt (s. oben zu IV 1), so ist der sich direkt nur auf Rechtsgeschäfte beziehende § 142 Abs. 2 zu entsprechender

Anwendung zu bringen. Es wird mithin der Dritte, der die Anfechtbarkeit kannte, so behandelt, wie wenn er die Unrichtigkeit des Erbscheins gekannt hätte. Dies wird auch auf den Fall der Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Unwürdigkeit (§§ 2340, 2342, 2344) auszudehnen sein (vgl. Erl. 4 zu § 2359);

β) Der Erwerber weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat (§ 2361 Abs. 1). Hier genügt es, daß irgend eine Unrichtigkeit des Erbscheins besteht. Ob dieselbe wesentlicher oder unwesentlicher Art ist; ob sie denjenigen Inhalt des Erbscheins betrifft, auf welchen sich der Dritte beruft; ja sogar ob diejenige Unrichtigkeit, wegen deren das Gericht die Rückgabe verlangt, in Wahrheit überhaupt besteht, ist ohne Erheblichkeit. Auch auf die Quelle, aus welcher der Dritte seine Kenntnis hat, kommt es nicht an. Aber nur die Kenntnis von einer Rückforderung seitens des Nachlaßgerichts selbst hat die entkräftende Wirkung; dem seitens des Erben, des Nacherben oder des Testamentsvollstreckers gemäß § 2362 Abs. 1, § 2363 Abs. 2, § 2364 Abs. 2 gerichtlich oder außergerichtlich gestellten Verlangen auf Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht kommt die gleiche Bedeutung nicht zu.

b) In den Fällen zu α und β ist der für die Kenntnis des Erwerbers entscheidende Zeitpunkt derjenige, in welchem das dingliche Rechtsgeschäft vorgenommen bzw. vollendet wird, also der Zeitpunkt der Übergabe, der Abtretung oder der Eintragung in das Grundbuch (nicht der Auflassung oder Eintragungsbewilligung), sofern aber die Eintragung vor der Einigung erfolgt sein sollte, der Zeitpunkt der Einigung. In den Fällen der Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium und durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe (§§ 930, 931) ist maßgebend der Zeitpunkt des Abschlusses des constitut. poss. bzw. der Abtretung. In den Fällen des sog. Erwerbes durch Urteil (oben Erl. II 5) kommt es auf die Kenntnis des Erwerbers in dem Zeitpunkt an, in welchem das Urteil Rechtskraft erlangt (P. II Bd. 5 S. 685, vgl. Bd. 3 S. 78).

c) Eine weitere für die Fälle zu α und zu β gleichmäßig bedeutsame Frage ist die nach der Kenntnis im Falle einer Vertretung. Gemäß den Grundsätzen des § 166 entscheidet in der Regel die Kenntnis des Vertreters; nur bei einem Vollmachtsverhältnis ist unter Umständen neben der Kenntnis des Bevollmächtigten auch die des Vollmachtgebers von Bedeutung (vgl. Erl. 1, 2 zu § 166 und Erl. II 2 b γ zu § 892).

2. Der öffentliche Glaube des Erbscheins erlischt **sobald dieser vom Nachlaßgericht eingezogen oder für kraftlos erklärt oder auf Verlangen des wirklichen Erben von dem Besitzer an das Nachlaßgericht herausgegeben wird** (§ 2361, § 2362 Abs. 1). Ob der Dritte, der demnächst mit dem Erbscheinerben ein Rechtsgeschäft abschließt, von diesen Tatsachen Kenntnis hat, ist unerheblich.

3. Gegenüber der nach § 1984 infolge **Anordnung der Nachlaßverwaltung** oder nach § 7 KO. infolge **Eröffnung des Nachlaßkonkurses** eintretenden Beschränkung der Verfügungsmacht des Erben besteht der Schutz des § 2366 nicht.

VI. Das Verhältnis des öffentlichen Glaubens des Erbscheins zu dem des Grundbuchs (§§ 2366, 2367 gegenüber §§ 892, 893) ist im Vorstehenden bereits mehrfach berührt worden. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, daß der Schutz des Erbscheins insofern allgemeiner ist, als er sich auch auf Verfügungen über bewegliche Sachen und über Rechte jeder Art, insbesondere auch rein persönliche Forderungen, erstreckt. Die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gehen daher ebenso wie die Vorschriften der §§ 932—935, 1032 Satz 2, 1207 mit den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Erbscheins parallel. Sie können insbesondere auch deshalb von Bedeutung werden, weil der Erbschein sich nicht darauf bezieht, daß der betreffende Gegenstand zur Erbschaft gehört. Zu vergleichen sind hierüber die eingehenden Erörterungen, insbesondere von Kretzschmar ZBl. f. FG. 8 S. 607 ff. und von Strohal S. 153 ff., in denen auch das Verhältnis der §§ 2366, 2367 zu den §§ 932 ff. klargestellt wird. Was den Schutz des Grundbuchs anlangt, so ist dieser, wie zu II 1 a bemerkt, allein maßgebend, wenn der Erbe bereits im Grundbuch eingetragen ist. Wenn also auch der Erwerber eines Nachlaßgrundstücks weiß, daß das Nachlaßgericht den erteilten Erbschein zurückgefordert hat, erlangt er darum doch durch die Auflassung von dem eingetragenen Erbscheinerben das Eigentum, während andererseits der Schutz des Erbscheins entfällt, wenn im Grundbuche gegen das Recht des Erbscheinerben ein Widerspruch eingetragen ist. Ist dagegen der Erbe noch nicht in das Grundbuch eingetragen, so kommt der Schutz des Grundbuchs in Betracht, soweit es sich um das Eigentum des Erblassers handelt, der Schutz des Erbscheins aber, soweit die Verfügungsmacht des Erben in Frage steht. Damit ein durchgreifender Schutz stattfindet, müssen die Erfordernisse sowohl des

§. 2367. Die Vorschriften des §. 2366 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung eines solchen Rechtes ein nicht unter die Vorschrift des §. 2366 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

Schutzes des Grundbuchs als die des Erbscheins gegeben sein. Der Schutz des Erbscheins greift also nicht durch, wenn nach den grundbuchrechtlichen Vorschriften kein Schutz stattfindet, z. B. wenn im Grundbuche ein Widerspruch eingetragen ist, während umgekehrt der Schutz des Grundbuchs nicht ausreicht, wenn der Erbscheinerbe nach Stellung des Eintragungsantrags Kenntnis von der Rückforderung des Erbscheins durch das Gericht erhält.

VII. Sind in betreff desselben Erblassers **zwei miteinander im Widerspruche stehende Erbscheine ausgestellt**, so heben diese, soweit und solange der Widerspruch besteht, sich gegenseitig auf, die Vermutung des § 2365 steht keinem von ihnen zur Seite (Erl. 8b zu § 2365). Da nun der Schutz des § 2366 nur eintritt, soweit die Vermutung des § 2365 reicht, muß folgerichtig angenommen werden, daß auch Verfügungen, für die der Widerspruch zwischen den beiden Erbscheinen sachlich von Bedeutung ist und die zu einer Zeit getroffen werden, zu der beide Erbscheine nebeneinander bestehen, nicht durch den öffentlichen Glauben gedeckt werden. Ob nur auf Grund eines Erbscheins oder auf Grund beider Erbscheine Verfügungen getroffen worden sind und ob im letzteren Falle die beiderseitigen Verfügungen einander entgegenstehen oder nicht, ist unerheblich. Sobald jedoch durch Einziehung ꝛc. eines der beiden Erbscheine der Widerspruch beseitigt ist, wird eine rückwirkende Konvaleszenz der auf Grund des anderen Erbscheins getroffenen Verfügung anzunehmen sein. Vgl. die Erörterung der entsprechenden Frage für den Fall zweier sich widersprechender Grundbuchblätter in Erl. I 4 zu § 892. Weißler (S. 231) schreibt den öffentlichen Glauben beiden Erbscheinen zu und gibt bei zwei einander entgegenstehenden Verfügungen über denselben Erbschaftsgegenstand dem früheren Erwerber den Vorzug vor dem späteren.

§ 2367.

E. I §§ 2077, 2078; II § 2231 res. § 2241; III § 2240. P. I E. 10654 ff.; M. V E. 569 ff. P. II Bd. 5 E. 635 ff., 728.

1. Der § 2367 ergänzt die Vorschriften des § 2366 durch **Anführung anderer Rechtsgeschäfte, bei denen sich gleichfalls der öffentliche Glaube des Erbscheins zugunsten eines gutgläubigen Dritten betätigt.**

a) Wenn an den im Erbschein als Erbe Bezeichneten auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes, sei es eine persönliche Forderung oder ein dinglicher Anspruch, eine Leistung bewirkt wird, so gilt zugunsten des Leistenden der Inhalt des Erbscheins nach Maßgabe des § 2366 für richtig, er wird mithin durch die Leistung an den Erbscheinerben befreit. Wie der Leistung muß auch der berechtigten Hinterlegung für den Erbscheinerben, z. B. wenn sich dieser im Verzuge der Annahme befindet, befreiende Wirkung zugeschrieben werden (§§ 372, 378, vgl. unten zu c).

Die Leistung an den Erbscheinerben hat für den Leistenden in jeder Beziehung dieselbe Wirkung, wie wenn sie an den wirklichen Erben erfolgt wäre. Wenn sich daher nach sonstigen Vorschriften mit der Leistung der Eintritt des Leistenden in ein bisher einem anderen zustehendes Recht vollzieht, so kommen diese Vorschriften auch hier zur Anwendung. Demgemäß geht infolge der Leistung seitens eines Bürgen die dem wirklichen Erben zustehende Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über (§ 774). Entsprechendes gilt im Falle der Leistung durch einen nach § 268 berechtigten Drittzahler sowie durch den Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks. Letzterer erwirbt, je nachdem er auch der persönliche Schuldner ist oder nicht, durch die Zahlung an den Erbscheinerben entweder die Forderung mit der Hypothek oder nur die Hypothek, die sich alsdann in eine Grundschuld verwandelt (§§ 1143, 1163, 1177). In diesem Rechtsübergange zufolge der Leistung liegt allerdings eine Besonderheit gegenüber dem Satze, daß ein sich kraft Gesetzes vollziehender Rechtserwerb durch den öffentlichen Glauben des Erbscheins nicht gedeckt wird (Erl. II 5 zu § 2366).

Der durch die Leistung des Dritten an den Erbscheinerben geschädigte wirkliche Erbe hat nach § 816 Abs. 2 den Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des Geleisteten.

b) Gleichgestellt werden andere Rechtsgeschäfte, die eine Verfügung über ein erbschaftliches Recht enthalten, aber nicht gerade auf den Erwerb eines solchen Rechtes oder eines Rechtes an ihm oder einer Befreiung von einem erbschaftlichen Rechte abzielen und daher nicht schon unter den § 2366 fallen. Die Vorschrift umfaßt zweiseitige und vom Erbscheinerben vorgenommene einseitige Rechtsgeschäfte, letztere übrigens ohne Unterschied, ob sie gegenüber dem Dritten oder gegenüber einer Behörde, insbesondere dem Grundbuchamte, vorgenommen werden. Durch die Worte: „zwischen ihm und einem anderen" werden also die Fälle, in denen die Erklärung des Erbscheinerben gegenüber der Behörde erfolgt, nicht ausgeschlossen (vgl. Erl. 1 b β zu § 893). Beispielsfälle sind die seitens des Erbscheinerben erklärte Kündigung oder Aufrechnung, die Vorrechtseinräumung zuungunsten eines im Grundbuch eingetragenen erbschaftlichen Rechtes und die seitens des Grundstückseigentümers erforderliche Zustimmung zu einer Rangänderung zwischen zwei eingetragenen Rechten (§ 880 Abs. 2).

c) Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen eines Dritten gegenüber dem im Erbschein als Erbe Bezeichneten, z. B. die Kündigung oder Aufrechnung von seiten des Dritten, das Anbieten der Leistung mit der Wirkung des Inverzugsetzens 2c., fallen ebenfalls unter die Vorschrift des § 2367, wie in der sachlich gebilligten entsprechenden Vorschrift des E. I ausdrücklich hervorgehoben war.

2. Außer Betracht bleiben **Rechtsgeschäfte, die auf die Begründung eines Schuldverhältnisses** gerichtet sind. Um solche Geschäfte mit Wirksamkeit gegen den wahren Erben schließen zu können, müßte der Erbscheinerbe nicht sowohl eine Verfügungsmacht über den Gegenstand der Leistung als vielmehr eine persönliche Vertretungsmacht gegenüber dem wahren Erben haben, die ihm nicht zusteht (Erl. I zu § 2366). Der Gegenkontrahent des Erbscheinerben erlangt mithin gegen den wirklichen Erben keinen Anspruch auf Erfüllung oder auf Herausgabe des an den Erbscheinerben etwa schon Geleisteten oder auf Ersatz des negativen Interesses. Der Erbe wird durch obligatorische Rechtsgeschäfte des Erbscheinerben auch dann nicht verpflichtet, wenn dieser die Verpflichtung zu einer Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand übernimmt.

Von dieser Regel ist auch dann keine Ausnahme zu machen, wenn der Erbscheinerbe ein zu dem Nachlasse gehörendes Grundstück vermietet oder verpachtet und dem Mieter oder Pächter den Besitz des Grundstücks überlassen hat. Wäre das Miet- oder Pachtrecht im Falle der Überlassung des Besitzes ein dingliches Recht, so würde freilich der § 2366 Anwendung finden. Nach richtiger Ansicht entsteht aber in dem gedachten Falle ein dingliches Recht nicht. Um anzunehmen, daß der wirkliche Erbe an den von dem Erbscheinerben geschlossenen obligatorischen Miet- oder Pachtvertrag gebunden sei, würde es daher einer besonderen gesetzlichen Bestimmung bedürfen. Eine solche Bestimmung besteht aber nicht (vgl. §§ 571 ff., § 581 Abs. 2).

3. **Eine Verpflichtung des Erben, sich Dritten gegenüber durch einen Erbschein auszuweisen,** bzw. ein Recht des Dritten, bis zur Vorlegung des Erbscheins die Einlassung mit dem Erben zu verweigern, ist im BGB. nicht anerkannt. Insbesondere ist ein Nachlaßschuldner nicht schlechthin befugt, die Leistung an den Erben des Gläubigers zu verweigern, bis diesem der Erbschein erteilt ist. Eine so weitgehende Ausdehnung des Schutzes dritter Personen war zwar unter Berufung auf das in einzelnen Rechtsgebieten bisher geltende Recht (M. V S. 568) von mancher Seite befürwortet und auch in der zweiten Kommission unter Hinweis auf die Verpflichtung des neuen Gläubigers zur Aushändigung einer Abtretungsurkunde (§ 410) beantragt worden. Allein die Mehrheit der Kommission lehnte die Erweiterung ab, weil die Beibringung eines Erbscheins in vielen Fällen, insbesondere bei der gewillkürten Erbfolge, entbehrlich sei und daher die in Rede stehende Befugnis des Schuldners dem Erben oft unnütze Opfer an Zeit und Geld auferlegen, besonders auch der Schikane Vorschub leisten würde. Der Erbe ist daher befugt, den Nachweis seines Erbrechts auch mit anderen Beweismitteln zu erbringen. Ebenso RG. 54 S. 344; Strohal § 68 Note 4b; a. A. Hellwig, Anspruch S. 357; Bl. f. RA. 69 S. 473; Pach in DJZ. 8 S. 497; Kohler, Arch. f. Bürg. R. 24 S. 186; Haberstumpf im Recht 1904 S. 187, die dem Schuldner das Recht geben, die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen; Wilke (Anm. 6 zu § 2365), nach dem der Nachlaßschuldner die Vorlegung eines Erbscheins fordern dürfe, wenn über die Berechtigung des Erben „irgendwie Zweifel sein" könne. Natürlich kann eine derartige Befugnis des Nachlaßschuldners durch lex contractus geschaffen werden, wie denn auch im Geschäftsverkehre der Banken und sonstigen Geldinstitute sowie der Versicherungsanstalten die Aushändigung von Depots, die Zahlung einer Versicherungssumme 2c. vielfach nur gegen Vorlegung eines Erbscheins geschieht. Im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ist der Schuldner zunächst durch die Hinterlegungsbefugnis (§ 372), eventuell aber durch die Entbindung von

§. 2368. Einem Testamentsvollstrecker hat das Nachlaßgericht auf Antrag ein Zeugniß über die Ernennung zu ertheilen. Ist der Testamentsvollstrecker in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt oder hat der Erblasser angeordnet, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll, so ist dies in dem Zeugniß anzugeben.

Ist die Ernennung nicht in einer dem Nachlaßgerichte vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten, so soll vor der Ertheilung des Zeugnisses der Erbe wenn thunlich über die Gültigkeit der Ernennung gehört werden.

Die Vorschriften über den Erbschein finden auf das Zeugniß entsprechende Anwendung; mit der Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers wird das Zeugniß kraftlos.

---

den Prozeßkosten geschützt, die nach CPO. § 94 eintritt, wenn der Kläger es versäumt hat, vor der Klagerhebung den Übergang des eingeklagten Anspruchs auf ihn dem Schuldner mitzuteilen und auf Verlangen nachzuweisen. Diese prozeßrechtliche Vorschrift ist gerade aus Anlaß der hier erörterten Frage aufgenommen worden (P. II Bd. 5 S. 729).

Entsprechend der für Schuldverhältnisse getroffenen Entscheidung ist für einseitige Rechtsgeschäfte, die der Erbe einem anderen gegenüber vornimmt, die Aufnahme des Satzes abgelehnt worden, daß das Geschäft unwirksam sei, wenn der Erbe einen Erbschein nicht vorlegt und der andere das Geschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist (P. II Bd. 5 S. 686; vgl. § 174 Satz 1, § 410 Abs. 1 Satz 2).

Auch für den Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt ist die Beibringung des Erbscheins nicht unter allen Umständen erforderlich (GBO. § 36, vgl. FGG. § 107).

§ 2368.

E. II § 2233 rev. § 2342; III § 2341. M. V S. 222. P. II Bd. 5 S. 253 ff., 688 ff.

Peiser, Testamentsrecht (2. Aufl. 1907) S. 259 ff.; Bolck DJZ. 1903 S. 199; Helm das. S. 343; Marcus ZBl. f. FG. 3 S. 830.

1. **Testamentsvollstreckerzeugnis.** Der § 2368 ermöglicht, daß einem TV. über sein Amt ein ähnliches Zeugnis erteilt wird wie dem Erben über sein Erbrecht. Erteilung und Bedeutung des Testamentsvollstreckerzeugnisses bemessen sich daher nach dem Abs. 3 nach den für den Erbschein geltenden Vorschriften, in den Abs. 1, 2 sind indessen einige Besonderheiten bestimmt.

2. **Das Zeugnis kann von jedem TV. verlangt werden,** nicht nur von dem TV., welchem die Verwaltung des Nachlasses obliegt, sondern auch von dem bloß beaufsichtigenden (Erl. 5 zu § 2208). Insbesondere kann es der TV. verlangen, welchem nur die Verwaltung einzelner Nachlaßgegenstände oder eines Erbteils zusteht (Erl. 3 zu § 2208), sowie der TV., welcher zur Wahrung der Rechte und Pflichten eines Nacherben (§ 2222) oder zur Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen (§ 2223) ernannt ist.

3. Der **Inhalt des Zeugnisses** erstreckt sich nach Abs. 1 auf die Ernennung und den Umfang der Befugnisse des Vollstreckers. Daß dieser das Amt angenommen hat, ist nicht besonders zu erwähnen; die Annahme bildet aber eine notwendige Voraussetzung für die Erteilung des Zeugnisses und wird daher mittelbar stets mitbescheinigt (s. unten 6 b).

4. Über die **Befugnisse des Vollstreckers** wird nichts aufgenommen, wenn diese der gesetzlichen Regel entsprechen, die Abweichungen von der Regel sind in dem Zeugnis anzugeben. Im Gesetzestext ist dies nur für zwei besondere Fälle hervorgehoben. Der zugrunde liegende Gedanke führt aber dazu, daß alle vom Erblasser in wirksamer Weise angeordneten Abweichungen von der gesetzlichen Regel mindestens insoweit anzugeben sind, als sie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr des TV. mit Dritten erheblich sind (RJA. 7 S. 27 = KG. 31 S. A 94). Hiernach ist insbesondere anzugeben:

a) wenn der TV. nach dem ausgesprochenen oder anzunehmenden Willen des Erblassers in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt ist (§ 2208);

b) wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der TV. in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll (§ 2207);

c) wenn der Erblasser dem TV. gemäß § 2209 die Verwaltung des Nachlasses als selbständige Aufgabe übertragen hat;

d) wenn er für die Dauer dieser Verwaltungsbefugnis gemäß § 2210 besondere Anordnungen getroffen hat (vgl. § 2209 Satz 2 und bezüglich der Anordnungen nach § 2210 die den Erbschein des Vorerben betreffende Vorschrift des § 2363 Abs. 1 Satz 1);

e) wenn mehrere Vollstrecker ernannt und ihre Befugnisse abweichend von der gesetzlichen Regel bestimmt sind (§ 2224), insbesondere wenn es zur Gültigkeit von Rechtshandlungen nach außen nicht des Zusammenwirkens aller Mitvollstrecker bedarf (KG. 22 S. A 269 = RJA. 2 S. 167);

f) wenn dem TV. nur besondere Aufgaben obliegen, z. B. nur die Sorge für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen (§ 2223) oder die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben (§ 2222).

5. Das Zeugnis hat hiernach zu enthalten:

a) die möglichst genaue Bezeichnung des Erblassers und die Zeit des Todes des Erblassers;

b) die möglichst genaue Bezeichnung des TV. nach Name, Beruf und Wohnort;

c) nach Maßgabe der Erl. 4 den Umfang der Befugnisse des TV.

Dagegen sind nicht anzugeben: die Namen der Erben oder ihre Erbteile. Die Angabe der letztwilligen Verfügung, in welcher die TV. angeordnet ist, ist nicht erforderlich, empfiehlt sich aber.

6. **Erteilung des Zeugnisses.**

a) Das Zeugnis wird auf Antrag des TV. erteilt. Sind mehrere Vollstrecker ernannt, so ist jedem von ihnen auf seinen Antrag ein besonderes Zeugnis auszustellen, in welchem jedoch die Mitvollstrecker zu erwähnen sind, sofern nicht der Antragsteller nach außen zu völlig selbständigem Handeln ermächtigt ist. Jeder Mitvollstrecker kann aber auch die Erteilung eines gemeinschaftlichen Zeugnisses beantragen (§ 2357); im gemeinschaftlichen Zeugnisse brauchen die Namen der TV. nicht in der gleichen Reihenfolge wie im Testament angeführt zu sein (bayer. ObLG. 7 S. 429).

b) Der Antragsteller hat entsprechend den §§ 2354, 2355 die Todeszeit des Erblassers anzugeben; die Verfügung, in der seine Ernennung enthalten ist, und zutreffendenfalles die nach §§ 2198, 2199 zur Ergänzung derselben notwendigen Urkunden zu bezeichnen und vorzulegen; anzugeben, ob und welche sonstigen Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind, desgleichen ob und wie Personen weggefallen sind, die vor ihm als Vollstrecker berufen waren (§ 2197 Abs. 2, § 2199 Abs. 2); endlich auch, ob ihm seine Rechtsstellung in einem anhängigen Prozesse bestritten ist.

Über die Annahme des Amtes, die nach § 2202 nur durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgt, hat das Gericht, wenn die Erklärung nicht schon abgegeben ist oder gleichzeitig mit dem Antrag abgegeben wird, den Antragsteller ausdrücklich zu befragen; eventuell ist sie auch in der Stellung des Antrags auf Erteilung des Zeugnisses zu erblicken (Erl. 1 zu § 2202, Erl. 1 zu § 2354). Ein gemeinschaftliches Zeugnis für mehrere Vollstrecker darf nur erteilt werden, wenn diese sämtlich das Amt angenommen haben (§ 2357 Abs. 3).

Die Richtigkeit der Angaben ist soweit möglich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen; der Antragsteller hat auch wie der Erbe an Eidesstatt zu versichern, daß ihm nichts der Richtigkeit seiner Angaben Entgegenstehendes bekannt sei, sofern nicht das Gericht diese Versicherung erläßt (§ 2356).

Ist die Ernennung des TV. durch das Nachlaßgericht erfolgt (§ 2200), so bedarf es natürlich keiner besonderen Angaben und Beweismittel. Das Zeugnis ist aber auch in diesem Falle zu erteilen, da einer bloßen Ausfertigung der gerichtlichen Verfügung, durch welche die Ernennung erfolgt ist, nicht die gleiche Bedeutung zukommen würde.

c) Das Nachlaßgericht hat unter Benutzung der angegebenen Beweismittel von Amts wegen Ermittelungen zu veranstalten und nötigenfalls Beweis zu erheben (§ 2358 Abs. 1). Die im § 2358 Abs. 2 vorgesehene öffentliche Aufforderung findet nicht statt. Ist ein Rechtsstreit anhängig, so soll das Nachlaßgericht den Gegner des Antragstellers hören (§ 2360 Abs. 1, 3).

Für den Fall, daß die Ernennung des TV. nicht in einer dem Nachlaßgerichte vorliegenden öffentlichen Urkunde enthalten ist, wird im Abs. 2 die Ordnungsvorschrift gegeben, daß nach Möglichkeit der Erbe über die Gültigkeit der Ernennung zu hören ist (vgl. § 2360 Abs. 2, 3 und dort Erl. 5, 6).

Das Zeugnis ist nur zu erteilen, wenn das Nachlaßgericht bei freier Würdigung aller Umstände die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet; es ist mithin der Ausdruck der richterlichen Überzeugung von der Gültigkeit der Ernennung und der Annahme des Amtes.

d) Gegen die Erteilung des Zeugnisses ist Beschwerde unzulässig (a. A. RSpr. 4 S. 126). Dagegen kann mit der Beschwerde die Einziehung des unrichtigen Zeugnisses gefordert werden. Gegen die Ablehnung der Erteilung des Zeugnisses findet die gewöhnliche Beschwerde statt. Diese Sätze folgen aus der Analogie mit dem Erbscheine (s. Erl. 6 zu § 2359).

7. Eine Ausfertigung des erteilten Zeugnisses kann jeder verlangen, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht; zur Einsicht des Zeugnisses beim Nachlaßgerichte genügt schon ein berechtigtes Interesse (§ 78 Abs. 1 Satz 2, § 85 Satz 2 FGG.).

8. Ein **unrichtiges Zeugnis** ist durch das Nachlaßgericht von Amts wegen einzuziehen oder, wenn es nicht sofort erlangt werden kann, für kraftlos zu erklären (§ 2361). Gegen die Kraftloserklärung findet wie bei dem Erbscheine keine Beschwerde statt (FGG. § 84). Dagegen ist Beschwerde gegen den die Einziehung verfügenden Beschluß zulässig (RSpr. 4 S. 126).

Daneben ist der Erbe befugt, von jedem Besitzer des unrichtigen Zeugnisses dessen Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen (§ 2362 Abs. 1) und das gleiche Recht steht in entsprechender Anwendung des § 2363 Abs. 2 und des § 2364 Abs. 2 dem Nacherben sowie jedem anderen TV. zu.

Derjenige, welchem ein unrichtiges TV.-Zeugnis erteilt worden ist, hat dem Erben in entsprechender Anwendung des § 2362 Abs. 2 über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen. Da, wenn ein TV. mit Verwaltungsmacht vorhanden ist, dieser befugt ist, an Stelle des Erben das im § 2362 Abs. 2 bestimmte Recht geltend zu machen (s. Erl. zu § 2364), so hat auch das Recht auf Auskunft gegenüber demjenigen, welchem ein unrichtiges TV.-Zeugnis erteilt worden ist, der wahre TV.; ist ein TV. mit Verwaltungsmacht vorhanden, so kann der Erbe den Anspruch aus § 2362 Abs. 2 (anders den aus § 2362 Abs. 1, s. Erl. 5, 6 zu § 2364) gemäß § 2212 nicht geltend machen.

9. **Endigt das Amt des TV.**, so wird nach Abs. 3 Halbs. 2 das Zeugnis ohne weiteres kraftlos. Dies gilt ohne Rücksicht auf die Art der Beendigung, mithin sowohl für die Fälle der Kündigung und der Entlassung (§§ 2226, 2227) als auch dann, wenn das Amt mit der vollständigen Erledigung der Aufgaben des TV. erlischt (s. oben S. 609). Ein Schutz gutgläubiger Dritter findet nicht statt (s. zu 11); das Nachlaßgericht wird daher im Interesse der Verkehrssicherheit mit tunlichster Beschleunigung für die Rückgabe des kraftlos gewordenen Zeugnisses sorgen müssen. Daneben wird auch der Erbe sowie der Nacherbe und der (an die Stelle des bisherigen TV. getretene) TV. für befugt zu erachten sein, wie im Falle der Unrichtigkeit des Zeugnisses (§ 2362 Abs. 1, § 2363 Abs. 2, § 2364 Abs. 2), so auch nach eingetretener Kraftlosigkeit von jedem Besitzer die Herausgabe an das Nachlaßgericht zu verlangen, da eine tatsächliche Schädigung des Erben durch das kraftlose Zeugnis immer noch möglich ist.

10. **Nachträgliche Berichtigung des Zeugnisses** ist zulässig, wenn das Zeugnis infolge eines nach der Erteilung eintretenden Umstandes teilweise unrichtig wird. So auch KG. 28 S. A 200 = RJA. 5 S. 37 für den Fall, daß einer von mehreren Vollstreckern wegfällt und die übrigen gemäß §§ 2199, 2224 einen Nachfolger ernennen.

11. Die dem Zeugnis entsprechend § 2365 zur Seite stehende **Rechtsvermutung** geht nur dahin, daß der als TV. Bezeichnete rechtsgültig TV., geworden und daß er in seinen Befugnissen nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei. Was die Befugnisse des TV. anlangt, so liegt hierin zugleich positiv, daß die angegebenen Beschränkungen rechtlichen Bestand haben.

Dagegen bleibt die Frage nach der Fortdauer bzw. dem derzeitigen Bestehen des Amtes und sämtlicher ursprünglich darin enthaltenen Befugnisse offen (P. II Bd. 5 S. 690). Ähnlich wie bei dem einen Vorerben erteilten Erbschein (Erl. zu § 2363) muß also auch bei dem Testamentsvollstreckerzeugnisse jeder, der mit dem TV. in Verkehr tritt, auf eigene Gefahr sich darüber vergewissern, daß der im Zeugnis als TV. Bezeichnete noch TV. ist und ihm noch die angegebenen Befugnisse zustehen.

12. In entsprechender Anwendung der §§ 2366, 2367 kommt dem Zeugnisse des TV. **öffentlicher Glaube** zu. Dieser geht nach einer Richtung noch weiter als gemäß §§ 2366, 2367 der öffentliche Glaube des Erbscheins, insoweit nämlich der als TV. Bezeichnete auch persönliche Verbindlichkeiten mit Wirkung für den Erben begründen kann, was für den Erbscheinerben nicht zutrifft (Erl. 2 zu § 2367). Ob der Gegenstand der Leistung zum Nachlasse gehört, ist dabei gleichgültig (vgl. P. II Bd. 5 S. 691), der Erbe hat aber wie bei den aus Rechtsgeschäften des wirklichen TV. entstandenen Verbindlichkeiten das Recht auf Beschränkung der Haftung. Bei Verfügungen des TV. erstreckt sich übrigens die Wirkung des Zeugnisses nur

§. 2369. Gehören zu einer Erbschaft, für die es an einem zur Ertheilung des Erbscheins zuständigen deutschen Nachlaßgerichte fehlt, Gegenstände, die sich im Inlande befinden, so kann die Ertheilung eines Erbscheins für diese Gegenstände verlangt werden.

Ein Gegenstand, für den von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird, gilt als im Inlande befindlich. Ein Anspruch gilt als im Inlande befindlich, wenn für die Klage ein deutsches Gericht zuständig ist.

---

auf das subjektive Verfügungsrecht, nicht darauf, ob der betroffene Gegenstand zum Nachlaß oder zu denjenigen Bestandteilen desselben gehört, welche der Verwaltung des TV. unterliegen.

13. Dritte Personen, die sich mit dem TV. als solchem auf Rechtsgeschäfte oder Rechtsstreitigkeiten einlassen müssen, haben kein unbedingtes Recht auf Vorlegung eines Zeugnisses nach § 2368, vielmehr kann der TV. seine Legitimation auch auf andere Art nachweisen. Auch zum Nachweise seiner Verfügungsbefugnis gegenüber dem Grundbuchamte bedarf der TV. nicht unbedingt des gerichtlichen Zeugnisses (GBO. § 36, Rspr. 5 S. 431); das Grundbuchamt ist übrigens, da es nach § 36 Abs. 2 GBO. höchstens das TV. Zeugnis verlangen kann, nicht berechtigt, die Richtigkeit des Zeugnisses nachzuprüfen (vgl. RG. in JW. 1906 S. 132).

14. Der TV. kann auch einen Erbschein für den Erben verlangen (s. Erl. 4 g zu § 2353). Mit dem Erbscheine kann das Zeugnis des TV. verbunden werden (vgl. KG. 23 S. B 6).

15. Zeugnis für einen ausländischen TV. s. Erl. 9 zu § 2369.

16. Wegen des Zeugnisses über die Annahme des Amtes der TV. s. Erl. 7 zu § 2202 (RJA. 8 S. 20).

§ 2369.

E. I § 2079; II § 2234 rev. § 2343; III § 2342. P. I S. 10672 ff., 11457; M. V S. 574. P. II Bd. 5 S. 691 ff.; Bd. 6 S. 21.

1. Der im § 2369 zugelassene **gegenständlich beschränkte Erbschein** steht zu dem in den §§ 2353—2367 geregelten ordentlichen Erbschein in dem Verhältnisse, daß letzterer für die ganze Erbschaft Geltung hat, während der beschränkte Erbschein seinem Inhalt und seiner Wirkung nach sich nur auf einzelne Erbschaftsgegenstände bezieht. Im übrigen besteht zwischen den beiden Arten des Erbscheins kein Unterschied. Es gelten auch für den beschränkten Erbschein alle Vorschriften der §§ 2354—2367, was im Gesetze zwar nicht ausgesprochen ist, aber aus der Stellung des § 2369 und der Bezeichnung des Zeugnisses als Erbschein hervorgeht.

2. **Voraussetzungen** für die Erteilung des beschränkten Erbscheins:

a) Es muß an einem für die Erteilung des ordentlichen Erbscheins zuständigen deutschen Nachlaßgerichte fehlen. Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist dem FGG. (§ 73) zu entnehmen. Danach findet § 2369 auf den Nachlaß eines Deutschen überhaupt keine Anwendung, weil es für diesen stets ein allgemein zuständiges deutsches Nachlaßgericht gibt (FGG. § 73 Abs. 1, 2). Unter den deutschen Gerichten im Sinne des § 2369 sind auch die Konsulargerichte und die Gerichtsbehörden in den Schutzgebieten zu verstehen (M. V S. 574). Die Vorschrift ist daher nur für den Nachlaß von Ausländern von Bedeutung und auch dies nur dann, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt hatte (FGG. § 73 Abs. 1, 3).

b) Es müssen sich Erbschaftsgegenstände im Inlande befinden. Welcher Art dieselben sind, ob Grundstücke oder bewegliche Sachen, eingetragene oder nicht eingetragene Rechte, ist unerheblich; es genügt auch, wenn die Gegenstände erst nach dem Erbfall in das Inland gebracht sind (P. II Bd. 5 S. 696). Daß die Gegenstände rechtlich zur Erbschaft gehören, braucht nicht nachgewiesen zu werden; es genügt die tatsächliche Zugehörigkeit, da sich das Zeugnis über die Rechte an den fraglichen Gegenständen nicht ausspricht. Unter Inland ist zunächst nur das deutsche Reichsgebiet zu verstehen, nicht auch die Konsulargerichtsbezirke und die Schutzgebiete (Erl. 3 zu § 9, Erl. 2 zu § 1944). Zu beachten ist jedoch, daß nach §§ 19, 26 des Ges. v. 7. April 1900 über die Konsulargerichtsbarkeit und nach § 3 des Schutzgebietsgesetzes v. 10. September 1900 durch Kaiserl. Verordnung bestimmt werden kann, daß die Konsulargerichtsbezirke und die Schutzgebiete im Sinne der Reichsgesetze als Inland anzusehen sind.

Betreffs der Frage, ob ein bestimmter Gegenstand als im Inlande befindlich anzusehen ist, werden im Abs. 2 zur Abschneidung von Zweifeln zwei Regeln gegeben. Zunächst wird die Frage für alle diejenigen Gegenstände (Sachen und Rechte) bejaht, für welche von einer deutschen Behörde ein zur Eintragung des Berechtigten bestimmtes Buch oder Register geführt wird (Grundbuch, Schiffsregister, Reichs- und Staatsschuldbuch, Patentrolle, Musterregister ꝛc., wohl auch das Handelsregister, insofern ein Handelsgeschäft als Vermögensgegenstand anzusehen ist). Sodann soll ein Anspruch dann als im Inlande befindlich angesehen werden, wenn für die Klage ein deutsches Gericht zuständig ist (ZPO. §§ 12 ff.), mag daneben auch die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts begründet sein. Ob diese Bedeutung auch einem nur durch Vereinbarung geschaffenen Gerichtsstande beizulegen ist, kann bezweifelt werden, dürfte aber zu bejahen sein (a. A. Niemeyer, Internat. Privatr. S. 123, betreffs des EG. Art. 9 Abs. 2). Übrigens genügt es nicht, daß für irgend einen Anspruch ein deutsches Gericht zuständig ist, sondern es muß ein positives Vermögensrecht sein; ein Anspruch z. B. auf Befreiung von einer Bürgschaft, für den ein deutsches Gericht zuständig ist, weil der Hauptschuldner in Deutschland wohnt, kann nicht als Vermögen im Inlande gelten (Greiff-Habicht internat. Privatrecht S. 70).

3. Nicht von Bedeutung ist, ob eine ausländische Nachlaßbehörde vorhanden ist, die überhaupt und insbesondere auch in dem einzelnen Falle zur Ausstellung eines dem Erbschein entsprechenden Zeugnisses berufen ist. Dies trifft z. B. bei dem Erbscheine nach einem Österreicher zu (ZBl. f. FG. 7 S. 526). Die Subsidiarität des beschränkten Erbscheins besteht also nur gegenüber dem von einem deutschen Gericht ausgestellten ordentlichen Erbscheine. Des weiteren ist unerheblich, ob das materielle Erbrecht des Antragstellers nach deutschem oder, wie die Regel sein wird, nach ausländischem Rechte zu beurteilen ist; vgl. EG. Art. 24, 25, und wegen der Amtspflicht des Nachlaßgerichts, sich die Kenntnis des fremden Rechtes zu verschaffen, RSpr. 1 S. 412. Wegen des Erbscheins nach einem Franzosen vgl. Puchelts Z. 34 S. 381, Niemeyers Z. 13 S. 429, Z. d. DNotVer. 1908 S. 109, RSpr. 16 S. 278.

4. Die örtliche Zuständigkeit ist im FGG. § 73 Abs. 3 dahin geregelt, daß jedes deutsche Nachlaßgericht, in dessen Bezirke sich zur Erbschaft gehörende Gegenstände befinden, nicht allein betreffs dieser, sondern in Ansehung aller im Inlande befindlichen Nachlaßgegenstände (ZBl. f. FG. 3 S. 639) zur Erteilung des beschränkten Erbscheins befugt ist. Für den Fall, daß mehrere Gerichte zuständig sind, s. § 4 FGG.

5. Das Verfahren vor dem Nachlaßgericht ist nach dem in Erl. 1 Bemerkten dasselbe wie bei der Erteilung des ordentlichen Erbscheins.

6. Zum Inhalte des beschränkten Erbscheins gehört die Bezeichnung der Gegenstände, auf die er sich bezieht. Der Natur des Zeugnisses entsprechend ist aber nicht das Verfügungsrecht über dieselben, sondern nur ihre tatsächliche Zugehörigkeit zum Nachlasse des Erblassers und die Erbfolge nach letzterem zu bescheinigen. Zweifelhaft ist, ob der Erbschein in der Weise ausgestellt werden darf, daß das Erbrecht des Antragstellers an dem im Inlande befindlichen Nachlasse des Erblassers bezeugt wird. Dadurch wird vermieden, daß, wenn später sich herausstellt, daß noch andere Gegenstände im Inlande vorhanden sind, ein neuer Erbschein erteilt werden muß. Indessen, wenn der beschränkte Erbschein auch nicht bezeugt, daß gewisse Gegenstände zum Nachlasse gehören oder daß bezüglich dieser der als Erbe Bezeichnete verfügungsberechtigt sei, so enthält er doch die positive Einschränkung, daß er nur hinsichtlich gewisser Gegenstände wirksam ist. Mit Rücksicht hierauf muß es als erforderlich angesehen werden, daß diese Gegenstände bestimmt bezeichnet werden; diesem Erfordernisse genügt jene allgemeine Angabe nicht, da aus ihr nicht zu entnehmen ist, ob ein konkreter Gegenstand als im Inlande befindlich im Sinne des Erbscheins zu gelten hat.

7. Die Wirkung des beschränkten Erbscheins ist ihrer Art nach ganz dieselbe wie die des ordentlichen Erbscheins, der Unterschied liegt nur in dem geringeren Umfange der Geltung. Diese beschränkte Gültigkeit wird in dem Erbscheine zweckmäßig zum Ausdrucke zu bringen sein. Daß das Zeugnis nach § 2369 sich nur auf die Erbfolge, nicht auch auf die rechtliche Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum Nachlasse bezieht, ist im Vorstehenden bereits bemerkt worden. Sind in einem Falle nach § 2369 mehrere Erben vorhanden, so ist eine besonders vorsichtige Fassung des (besonderen oder gemeinschaftlichen) Erbscheins geboten, damit das Publikum die bescheinigte Quote an dem Nachlasse nicht mit einer Quote an dem fraglichen einzelnen Nachlaßgegenstande verwechselt.

§. 2370. Hat eine für todt erklärte Person den Zeitpunkt überlebt, der als Zeitpunkt ihres Todes gilt, oder ist sie vor diesem Zeitpunkte gestorben, so gilt derjenige, welcher auf Grund der Todeserklärung Erbe sein würde, in Ansehung der in den §§. 2366, 2367 bezeichneten Rechtsgeschäfte zu Gunsten des Dritten auch ohne Ertheilung eines Erbscheins als Erbe, es sei denn, daß der Dritte die Unrichtigkeit der Todeserklärung kennt oder weiß, daß die Todeserklärung in Folge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist.

Ist ein Erbschein ertheilt worden, so stehen dem für todt Erklärten, wenn er noch lebt, die im §. 2362 bestimmten Rechte zu. Die gleichen Rechte hat eine Person, deren Tod ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist.

---

8. Über sonstige Fälle eines gegenständlich beschränkten Erbfolge- bzw. Rechtsnachfolgezeugnisses, sowie über die Frage, ob auch außer den dort bemerkten Fällen die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins zulässig ist, s. Vorbm. 4.

9. Da auf das **Testamentsvollstreckerzeugnis** die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung finden, kann unter den Voraussetzungen des § 2369 auch ein gegenständlich beschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368) erteilt werden (RJA. 6 S. 160 — Rspr. 11 S. 272).

§ 2370.

E. I §§ 2069, 2090; II § 2235 rev. § 2344; III § 2343. M. I S. 10666, 10777 ff., 11405, 11436; M. V S. 597 ff. P. II Bd. 5 S. 725.

1. **Erstreckung des mit einem Erbscheine verbundenen Schutzes gutgläubiger Dritter auf den Fall der Todeserklärung.** Nach dem Abs. 1 gilt, wenn jemand mit Unrecht oder unter unrichtiger Feststellung der Todeszeit für tot erklärt worden ist, zugunsten eines Dritten, der sich mit demjenigen, welcher auf Grund der Todeserklärung Erbe sein würde, in Rechtsgeschäfte eingelassen hat, dieser vermeintliche Erbe auch ohne Erteilung eines Erbscheins als Erbe, sofern nicht der Dritte von dem Sachverhalte Kenntnis gehabt hat. Der Dritte ist daher nicht nur nach den allgemeinen Regeln über den Erwerb in gutem Glauben oder auf Grund des Grundbuchs, sondern nach den weitergehenden Vorschriften über den Erbschein geschützt. Der Schutz besteht nicht nur gegenüber dem wirklichen Erben, wenn dieser ein anderer ist als der auf Grund der Todeserklärung angenommene, sondern auch gegenüber dem für tot Erklärten selbst, wenn er noch lebt. Die Wirkung der Todeserklärung beschränkt sich übrigens darauf, daß für die Beantwortung der Frage, ob eine Person gestorben ist und wer sie beerbt hat, zugunsten des gutgläubigen Dritten die Feststellungen des Ausschlußurteils als richtig gelten. Dagegen bietet die Todeserklärung keine Gewähr dafür, daß die Person, die das Erbrecht in Anspruch nimmt, bei Zugrundelegung der Feststellungen des Ausschlußurteils wirklich Erbe sein würde, insbesondere, daß kein Testament vorhanden ist.

2. Die näheren **Voraussetzungen** werden im Abs. 1 dahin aufgestellt, daß der für tot Erklärte entweder den Zeitpunkt überlebt hat, der nach Maßgabe der im Ausschlußurteile getroffenen Feststellung (§ 18, CPO. § 970) als Zeitpunkt seines Todes gilt, oder aber vor diesem Zeitpunkte gestorben ist. Im ersteren Falle besteht die dreifache Möglichkeit, daß der für tot Erklärte in einem feststehenden späteren Zeitpunkte gestorben ist, daß er noch lebt oder daß er wenigstens in einem bestimmten späteren Zeitpunkt erweislich noch gelebt hat. Ob das Ausschlußurteil auf Grund einer Anfechtungsklage aufgehoben (CPO. § 957 Abs. 2, § 973) oder ob die durch das Urteil begründete Rechtsvermutung nur mittelst Gegenbeweises widerlegt ist (Erl. 3 zu § 18), ist gleichgültig. Es wird auch der Fall mitgetroffen, daß die Todeserklärung aufgehoben und demnächst eine neue Todeserklärung ergangen ist.

3. Ist weder ein Erbschein erteilt noch eine Todeserklärung erfolgt, so besteht ein Schutz gutgläubiger Dritter nur nach Maßgabe der vorbezeichneten allgemeinen Vorschriften, wenn auch der Irrtum über den Tod bezw. die Todeszeit des Erblassers durch unrichtige öffentliche Urkunden veranlaßt worden ist und der vermeintliche Erbe sich im unbestrittenen Besitze der Erbschaft befunden hat.

4. Der **Schutz des § 2370 Abs. 1 fällt weg**, wenn der Dritte bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts (vgl. die Erl. zu § 2366 Nr. V 1b.) die Unrichtigkeit der Todeserklärung kennt oder weiß, daß die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben worden ist. Wie

nach § 2366 kommt nur positive Kenntnis in Betracht, nicht auch die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis; ferner die Kenntnis von der Unrichtigkeit selbst, nicht schon von einer Tatsache, aus der die Unrichtigkeit zu folgern ist (vgl. Erl. V 1 a zu § 2366). Auch sonst sind die Ausnahmefälle streng auf die gesetzliche Vorschrift zu begrenzen; die Kenntnis davon, daß eine Anfechtungsklage anhängig ist oder daß das Nachlaßgericht dem vermeintlichen Erben die Erteilung des Erbscheins verweigert hat, schließt den Schutz des § 2370 noch nicht aus (Küntzel in Gruch. 41 S. 831, Strohal § 68 Note 28).

Ist die Todeserklärung durch Urteil rechtskräftig aufgehoben, so verliert das Todeserklärungsurteil nicht mit rückwirkender Kraft seine Wirkung, sondern wie der für kraftlos erklärte Erbschein erst von der Aufhebung an; auf das Wissen des Dritten kommt es nicht an.

5. Zu Abs. 2. Ist nach voraufgegangener Todeserklärung ein Erbschein erteilt worden, so hat gemäß Abs. 2 in Verbindung mit § 2362 der für tot Erklärte, wenn er noch lebt,

a) gegen jeden Besitzer des unrichtigen Erbscheins den Anspruch auf Herausgabe desselben an das Nachlaßgericht,

b) gegen denjenigen, welchem der unrichtige Erbschein erteilt worden ist, den Anspruch auf Erteilung von Auskunft über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände.

Unter dem „Nachlaßgericht" (zu a) ist das vermeintliche zu verstehen, das den Erbschein ausgestellt hat. Auch von Amts wegen kann dieses Gericht den Erbschein nach § 2361 einziehen, obwohl es in Wirklichkeit nicht Nachlaßgericht ist; denn die Befugnis zur Einziehung muß auch dem unzuständigen Gerichte, das den Erbschein erteilt hat, eingeräumt werden (a. A. Voß S. 677).

Gegen jeden, der auf Grund eines angenommenen Erbrechts aus dem vermeintlichen Nachlaß etwas erlangt hat, hat der mit Unrecht für tot Erklärte oder sonst für tot Gehaltene einen dem Erbschaftsanspruch analogen Gesamtanspruch auf Herausgabe des Erlangten (§ 2031).

Neunter Abschnitt.
Erbschaftskauf.

Neunter Abschnitt.

Eccius in Gruch. Bd. 43 S. 631; Ofenstätter, in d. deutschen Notariatsz. Bd. 28 S. 136.

1. **Verschiedene Auffassungen des Erbschaftskaufs.** In dem bisherigen Rechte stehen sich zwei Auffassungen des Erbschaftskaufs gegenüber. Nach der einen ist er ein obligatorischer Vertrag und zwar ein Kaufvertrag, dessen Gegenstand die zu einer Erbschaft gehörenden Gegenstände bilden, der sich aber dadurch von anderen Kaufverträgen unterscheidet, daß er sich auf einen Inbegriff von Gegenständen bezieht, und daß der Käufer dadurch zugleich verpflichtet wird, die Nachlaßverbindlichkeiten zu übernehmen. Nach der zweiten Auffassung hat der Erbschaftskauf den Charakter eines erbrechtlichen Rechtsgeschäfts. Das Erbrecht selbst wird dadurch übertragen; der Käufer tritt als Erbe an die Stelle des Verkäufers, er wird Universalsukzessor des Erblassers. Auf dem ersteren Standpunkte stehen das gemeine Recht, das sächsische Gesetzbuch (§§ 2372 ff.) und der code civil (Art. 1696 ff.), auf dem letzteren Standpunkte steht das preußische Landrecht (ALR. I 11 §§ 445 ff.). Über die dem preußischen Rechte zugrunde liegende Konstruktion besteht indessen in mehrfachen Beziehungen Streit; der prinzipielle Gegensatz gegen die erstgedachte Auffassung ist aber unzweifelhaft. Das BGB. steht prinzipiell auf dem erstgedachten Standpunkte. Der E. I (§§ 488—501) hatte den Erbschaftskauf als eine besondere Art des Kaufes in dem Rechte der Schuldverhältnisse behandelt. Die zweite Kommission hat den Erbschaftskauf wegen seines Gegenstandes und wegen der erbrechtlichen Wirkungen, die daran geknüpft werden, in das Erbrecht versetzt; sie hat aber *den Grundgedanken, daß es sich dabei um ein obligatorisches Rechtsgeschäft handele*, festgehalten.

2. Der E. I (§ 488) bestimmte den **Begriff des Erbschaftskaufs** dahin, daß er ein Kauf sei, dessen Gegenstand eine dem Verkäufer angefallene Erbschaft bilde. Die dadurch begründeten Verpflichtungen werden dahin bestimmt, daß die Vertragschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet seien, wie wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre. Die zweite Kommission war sachlich hiermit einverstanden, hielt aber eine Änderung der Fassung für notwendig (P. II Bd. 2 S. 113). Diese wurde dahin beschlossen, daß die Parteien verpflichtet seien, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn an Stelle des Verkäufers der Käufer Erbe geworden wäre (E. II rev. § 2346). Der E. III § 2345 behielt diese Fassung bei. Von der RTK. wurde die ganze Vorschrift gestrichen. Die Streichung erfolgte, weil die Vorschrift nur den Ausdruck eines Prinzips enthalte, während die rechtliche Ordnung der Verhältnisse, die bei dem Erbschaftskauf in Betracht kämen, in den folgenden Paragraphen erfolgt sei. Die gegebene Definition sei auch insofern unvollständig, als sie nicht einmal die Bestimmung enthalte, daß der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sei.

3. **Aus den einzelnen über den Erbschaftskauf gegebenen Vorschriften ergeben sich folgende Grundsätze:**

a) *Der Erbschaftskauf ist ein Kauf*; es finden darauf also die Vorschriften der §§ 433 ff. über den Kaufvertrag Anwendung, soweit sich nicht aus den besonderen für den Erbschaftskauf gegebenen Vorschriften Abweichungen ergeben.

b) *Den Gegenstand des Erbschaftskaufs bildet die Erbschaft.* Diese kann aber nicht im ganzen übertragen werden. Die Verpflichtung des Verkäufers kann also nur dahin gehen, die den Inbegriff der Erbschaft bildenden Gegenstände dem Käufer zu übertragen, diesem also den Besitz der zu der Erbschaft gehörenden Sachen einzuräumen, und das Eigentum an diesen Sachen, soweit es dem Erblasser zustand sowie die Rechte, welche dem Erblasser zustanden, zu verschaffen (Rspr. Bd. 1 S. 348; SeuffA. Bd. 47 Nr. 120). Aus dem in Erl. 2 dargelegten in dem E. III § 2345 zum Ausdrucke gelangten Prinzipe, daß die Parteien einander zu gewähren haben, was sie haben würden, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre, würde folgen, daß der Verkäufer dem Käufer die Erbschaftsgegenstände so zu ge-

währen hätte, wie er sie durch den Anfall der Erbschaft erworben hat. In Gemäßheit dieser Konsequenz bestimmt sich die Verpflichtung des Verkäufers aber nur dann, wenn der Verkauf der Erbschaft unmittelbar nach dem Anfall erfolgt. Erfolgt der Verkauf erst längere oder kürzere Zeit nach dem Erwerbe der Erbschaft, so tritt ein anderer Gesichtspunkt in den Vordergrund. Das Gesetz geht davon aus, daß die Absicht der Parteien in einem solchen Falle nicht dahin gehe, die Erbschaft in demjenigen Zustand, in welchem sie sich zur Zeit des Anfalls befunden, als Gegenstand des Vertrags zu betrachten, daß sie vielmehr die Erbschaft, wie sie zur Zeit des Erbschaftskaufs liegt, vor Augen haben, und daß der Verkäufer die Erbschaft daher nur in diesem Zustande zu übertragen verpflichtet ist. Dieser Gesichtspunkt tritt in der Vorschrift des § 2374 hervor, nach welcher der Verkäufer nur verpflichtet ist, dem Käufer die zur Zeit des Erbschaftskaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände einschließlich der Surrogate herauszugeben. Hierüber noch hinaus geht die ebenfalls auf der vermutlichen Absicht der Parteien beruhende Vorschrift des § 2379, nach welcher die bis zu dem Erbschaftskaufe gezogenen Nutzungen dem Verkäufer verbleiben, dieser bis zu dem Erbschaftskauf aber regelmäßig auch die Lasten zu tragen hat. In verschiedenen anderen Bestimmungen tritt aber wieder das oben hervorgehobene Prinzip hervor. Man kann den dabei leitenden Gedanken wohl dahin ausdrücken, daß jenes Prinzip insoweit maßgebend ist, als der Verkäufer nicht auf Kosten der Erbschaft bereichert, umgekehrt aber auch die Erbschaft nicht auf Kosten des Verkäufers bereichert bleiben soll. Auf diesem Gesichtspunkte beruhen die Vorschriften des § 2375, nach welchem der Verkäufer, wenn er erbschaftliche Gegenstände verbraucht, unentgeltlich veräußert oder belastet hat, dem Käufer den Wert bzw. den Minderwert dieser Gegenstände zu ersetzen verpflichtet ist, ferner die Vorschrift des § 2377, nach welcher die durch Konfusion oder Konsolidation erloschenen Rechtsverhältnisse zwischen dem Verkäufer und dem Erblasser in dem Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und Käufer als nicht erloschen gelten; ebenso auch die Vorschriften der §§ 2378, 2381 über die dem Käufer in betreff der Nachlaßverbindlichkeiten und der von dem Verkäufer auf die Erbschaft gemachten Verwendungen obliegenden Verpflichtungen (s. unter d).

c) Die für den Kauf geltenden allgemeinen Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte erleiden, weil der Gegenstand des Kaufes eine Erbschaft bildet, eine dementsprechende Modifikation durch die Vorschriften des § 2376 Abs. 1, nach welchem der Verkäufer nur dafür haftet, daß ihm das Erbrecht zusteht, und daß keine der dort näher bezeichneten besonderen Beschränkungen oder Beschwerungen besteht. Auf demselben Grunde beruht die Vorschrift des § 2376 Abs. 2, nach welchem der Verkäufer Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache überhaupt nicht zu vertreten hat.

d) Der Käufer ist dem Verkäufer gegenüber außer zur Zahlung des Kaufpreises auch verpflichtet, die Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen, soweit nicht der Verkäufer nach den für seine Haftung wegen eines Mangels im Rechte in den im § 2376 gegebenen Vorschriften dafür einzustehen hat, daß solche Verbindlichkeiten nicht bestehen; er hat auch, wenn der Verkäufer in der Zwischenzeit solche Verbindlichkeiten erfüllt hat, diesem Ersatz dafür zu leisten. Auf demselben Gedanken beruht die Vorschrift des § 2381, nach welcher der Käufer dem Verkäufer notwendige Verwendungen unbedingt, andere Verwendungen insoweit zu ersetzen hat, als dadurch der Wert der Erbschaft zur Zeit des Erbschaftskaufs noch erhöht ist.

e) Eine weitere Modifikation der allgemeinen für den Kauf geltenden Grundsätze liegt darin, daß die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände bereits mit dem Abschlusse des Kaufes auf den Käufer übergeht und daß ihm von dieser Zeit an die Nutzungen gebühren und die Lasten obliegen (§ 2380).

f) Besonders charakteristisch für den Erbschaftskauf ist dessen Wirkung gegenüber den Nachlaßgläubigern. Der Käufer haftet diesen nach Maßgabe der darüber in den §§ 2382—2384 gegebenen Vorschriften kraft des Gesetzes für alle Nachlaßverbindlichkeiten einschließlich derjenigen, welche ihm im Verhältnisse zu dem Verkäufer nicht obliegen.

4. **Die Vorschriften über den Erbschaftskauf finden auch auf den Kauf eines Erbteils Anwendung** (§ 1922 Abs. 2). Bei diesem gestalten sich aber die Verpflichtungen der Parteien dadurch anders wie bei dem Kaufe der ganzen Erbschaft, daß der Erbteil als Ganzes nach § 2033 übertragbar ist. Die Verpflichtungen des Verkäufers gehen daher hier nicht auf die Übertragung der einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände, sondern auf die Übertragung

des Erbteils im ganzen (Rspr. Bd. 8 S. 299). Vor der Teilung bestehen Erbansprüche auf einzelne Bestandteile des Nachlasses nicht und können deshalb weder abgetreten noch verkauft werden (RG. Bd. 61 S. 76). Nur soweit zur Zeit des Erbschaftskaufs bereits eine Teilung unter den Miterben stattgefunden hat, kommen in betreff der dem Verkäufer zugeteilten Gegenstände die oben dargelegten Grundsätze zur Anwendung (a. A. Binder III S. 105, der die Veräußerung eines Erbteils nach der Teilung für unmöglich hält. Diese Ansicht hängt mit der Auffassung Binders von der rechtlichen Natur der Übertragung des Erbteils als einer Übertragung des Erbrechts zusammen; s. Erl. 2c zu § 2033. Aus dieser Auffassung folgert Binder, wie bei den einzelnen Paragraphen hervorgehoben werden wird, die Unanwendbarkeit vieler für den Erbschaftskauf gegebenen Vorschriften auf den Verkauf eines Erbteils). Dies gilt also sowohl dann, wenn die Miterben vor der völligen Auseinandersetzung einzelne erbschaftliche Gegenstände geteilt haben, als auch dann, wenn die Auseinandersetzung bereits vollständig erfolgt ist. Über die Haftung des Käufers eines Erbteils für die Nachlaßverbindlichkeiten s. Erl. 5 zu § 2378 und Erl. 2 zu § 2382. Bei dem Verkauf eines Erbteils steht den Miterben ein Vorkaufsrecht nach Maßgabe der §§ 2034 ff. zu.

Die Vorschriften über den Erbschaftskauf finden auch auf den Verkauf des Bruchteils einer Erbschaft, welcher kein Erbteil ist, Anwendung. Das Verhältnis gestaltet sich aber verschieden je nachdem der Verkäufer Alleinerbe ist und einen Bruchteil der ganzen Erbschaft verkauft, oder ob er Miterbe ist und einen Bruchteil seines Erbteils verkauft. Im ersteren Falle finden die Vorschriften über den Verkauf einer ganzen Erbschaft, im letzteren Falle die Vorschriften über den Verkauf eines Erbteils, jedoch in beiden Fällen mit den sich aus der Beschränkung auf einen Bruchteil ergebenden Modifikationen Anwendung (vgl. Erl. 6 zu § 2374).

5. Verkauf einer noch nicht angefallenen Erbschaft. Die Vorschriften der §§ 2371—2384 beziehen sich direkt nur auf einen Vertrag, durch welchen der Erbe eine ihm angefallene Erbschaft verkauft. Sie werden aber auch Anwendung finden müssen auf einen Vertrag, durch welchen der Erbe vor dem Anfalle die Erbschaft oder einen Erbteil für den Fall verkauft, daß sie ihm anfallen und dieser Fall wirklich eintritt. Voraussetzung dabei ist, daß ein solcher Vertrag überhaupt gültig ist. Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nach § 312 Abs. 1 regelmäßig nichtig. Nach § 312 Abs. 2 ist aber gültig ein Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil eines von ihnen geschlossen wird. Wird durch einen solchen Vertrag, der ebenso wie der Erbschaftskauf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, die Übertragung des Erbteils eines der Vertragschließenden, auf den anderen Vertragschließenden versprochen, so treten für die Vertragschließenden, wenn der Erbfall eintritt, in betreff des Erbteils, dessen Übertragung versprochen ist, dieselben Wirkungen ein, wie wenn die Übertragung durch Erbschaftskauf versprochen wäre. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der unter den Miterben geschlossene Vertrag den Charakter eines eventuellen Erbschaftskaufs hat, oder ob die causa eine andere ist; denn nach § 2385 finden die Vorschriften über den Erbschaftskauf auch auf andere Verträge Anwendung, welche auf die Veräußerung einer angefallenen Erbschaft gerichtet sind; nur finden, wenn die causa eine Schenkung war, die besonderen für diesen Fall in dem § 2385 gegebenen Vorschriften Anwendung.

Die Vorschriften über den Erbschaftskauf müssen auch dann Anwendung finden, wenn jemand nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft oder einen Erbteil, bevor sie ihm angefallen sind, für den Fall verkauft, daß sie ihm anfallen sollten. Ein solcher Vertrag wird durch die Vorschrift des § 312 Abs. 1 nicht getroffen; seiner Gültigkeit steht kein Bedenken entgegen. Es handelt sich um einen Vertrag über künftige Rechte. Tritt der vorausgesetzte Anfall ein, so treten nun für beide Vertragschließende die Wirkungen eines Erbschaftskaufs ein. Der Vertrag bedarf daher auch der im § 2271 vorgeschriebenen Form. Ein Fall dieser Art liegt vor, wenn der Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge die Erbschaft verkauft; ebenso dann, wenn zunächst ein anderer als der Verkäufer zum Erben berufen ist und der Verkauf für den Fall erfolgt, daß der zunächst Berufene ausschlägt und infolge davon der Verkäufer berufen wird (M. II S. 352 f.; Böhm S. 254; a. A. wie es scheint Wilke S. 314 Erl. 6 zu § 2371).

War die Erbschaft oder der Erbteil dem Verkäufer bereits angefallen aber von ihm noch nicht angenommen, so liegt die Annahme in dem Abschlusse des Verkaufs.

6. Auch in dem Falle, daß der Verkäufer nicht der Erbe ist, finden die Vorschriften über den Erbschaftskauf insoweit Anwendung, als die Vorschriften über den Kauf auf den Kauf von Sachen Anwendung finden, welche dem Verkäufer nicht gehören. Der Verkäufer der Erbschaft ist nach § 2376 zur Gewährleistung wegen eines Mangels in seinem Erbrechte verpflichtet. Die

§. 2371. Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

---

sich aus einem solchen Mangel des Rechtes des Verkäufers ergebenden Folgen werden bei den betreffenden Vorschriften erörtert werden.

7. Entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erbschaftskauf auf andere Verträge. Nach § 2385 finden die Vorschriften über den Erbschaftskauf entsprechende Anwendung auf den Kauf einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind. Für den Fall der schenkweisen Übertragung gibt der Abs. 2 besondere Vorschriften.

8. Anordnung des Stoffes. Der § 2371 schreibt die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Erbschaftskaufs vor. Die §§ 2372, 2373 geben eine dispositive Vorschrift und Auslegungsregel über den Inhalt des Erbschaftskaufs. Die §§ 2374, 2375 bestimmen die Verpflichtung des Verkäufers zur Herausgabe der zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände und ihrer Surrogate sowie zum Ersatze des Wertes bzw. des Minderwerts verbrauchter oder unentgeltlich veräußerter oder belasteter Gegenstände. Der § 2376 beschränkt die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung. Der § 2377 bestimmt, daß die durch Konfusion oder Konsolidation untergegangenen Rechtsverhältnisse zwischen dem Erblasser und dem Verkäufer in dem Verhältnis unter den Parteien als fortbestehend angesehen werden. Der § 2378 handelt von der Verpflichtung des Käufers zur Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten gegenüber dem Käufer, der § 2379 von den Nutzungen und Lasten der Erbschaft bis zu dem Abschlusse des Erbschaftskaufs, der § 2380 von dem Übergange der Gefahr auf den Käufer, der § 2381 von den durch den Verkäufer vor dem Verkaufe gemachten Verwendungen. Die §§ 2382—2384 regeln das durch den Erbschaftskauf zwischen dem Käufer und den Nachlaßgläubigern eintretende Rechtsverhältnis, der § 2385 endlich schreibt die entsprechende Anwendung der für den Erbschaftskauf geltenden Vorschriften auf gewisse andere die Erbschaft betreffenden Verträge und die bei schenkweiser Übertragung der Erbschaft eintretenden Modifikationen jener Vorschriften vor.

§ 2371.

E. II § 448 rev. § 2345; III § 2344. P. II Bd. 2 S. 114 f.; Bd. 5 S. 442 f. RB. S. 2107. StB. S. 3016, 3096.

Über den Begriff und Inhalt des Erbschaftskaufs s. Vorbm. 2—6 zu diesem Abschnitte.

1. Form des Erbschaftskaufs. Der E. I schrieb eine Form für den Erbschaftskauf nicht vor. Die zweite Kommission hielt eine solche einerseits mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 311, 312 Abs. 2, anderseits wegen der Wichtigkeit und der über die Parteien hinausgehenden Wirkungen des Erbschaftskaufs für erforderlich. Der § 2371 bestimmt deshalb das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien wird nicht erfordert; vielmehr genügt nach Maßgabe des § 128, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme gerichtlich oder notariell beurkundet wird (s. Erl. 1 zu § 128). Das bei der Beurkundung zu beobachtende Verfahren wird durch das FGG. §§ 167 ff. bestimmt. Nach EG. Art. 141 können die Landesgesetze bestimmen, daß nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sein sollen.

2. Die Formvorschrift des § 2371 bezieht sich auch auf den Verkauf eines Erbteils oder eines sonstigen Bruchteils einer Erbschaft (s. Vorbm. 4). Es fragt sich, ob, wenn ein Erbteil ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form verkauft ist, dieser Mangel dadurch geheilt wird, daß der Erbteil behufs Erfüllung des nichtigen Verkaufs nach Maßgabe des § 2033 Abs. 1 in der dort vorgeschriebenen Form übertragen wird. Aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich eine solche Heilung nicht ableiten. Das zur Erfüllung des nichtigen Vertrags Geleistete kann vielmehr nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden (§§ 812 ff.). Die Übertragung des Erbteils ist also zwar gültig, der Erbe kann aber die Zurückübertragung fordern. Zweifelhaft ist aber, ob sich eine entsprechende Anwendung des § 313 Satz 2 rechtfertigt. Hiernach wird der auf die Veräußerung eines Grundstücks gerichtete der vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ermangelnde Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und Eintragung erfolgt. Es

§. 2372. Die Vortheile, welche sich aus dem Wegfall eines Vermächtnisses oder einer Auflage oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben, gebühren dem Käufer.

---

handelt sich hier indessen um eine durchaus singuläre Vorschrift, aus der ein allgemeines Prinzip nicht abgeleitet werden kann; besondere Gründe, den fraglichen Satz gerade bei dem Erbschaftskaufe zur entsprechenden Anwendung zu bringen, liegen nicht vor. Man wird es als einen solchen Grund insbesondere nicht betrachten können, daß die für den obligatorischen und die für den dinglichen Vertrag vorgeschriebene Form dieselbe ist. Durch den dinglichen Vertrag wird immer nur die Übertragung des Erbteils selbst bekundet, nicht die durch den obligatorischen Vertrag bestimmten Verpflichtungen des Käufers und die sonstigen Nebenbestimmungen. In diesen Beziehungen fehlt also die durch die Formvorschrift des § 2371 bezweckte Garantie. Man wird daher eine Heilung der Nichtigkeit des obligatorischen Vertrags durch die nach § 2033 erfolgte Übertragung nicht annehmen können (a. A. Strohal II, § 64 II 2; § 97 II; Wilke S. 99 Nr. 3 zu § 2033; vgl. auch Erl. 2b zu § 2033). Selbstverständlich genügt es, wenn bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der Übertragung des Erbteils alle Bestimmungen des zugrunde liegenden obligatorischen Vertrags wiederholt werden, wenn auch nur in referierender Form. Nur muß erhellen, daß die Parteien hierbei den ganzen Inhalt des obligatorischen Vertrags haben feststellen wollen; der Vertrag gilt dann als erst in diesem Zeitpunkte geschlossen.

Über das den Miterben im Falle des Verkaufs eines Erbteils zustehende Vorkaufsrecht s. §§ 2034—2037 und Erl. dazu.

Selbstverständlich findet die Formvorschrift des § 2371 auch auf den Verkauf des Bruchteils einer Erbschaft, der kein Erbteil ist, Anwendung. Die ganze Frage ist übrigens ohne große praktische Bedeutung, weil regelmäßig der Verkauf und die Übertragung des Erbteils in demselben Vertrage vereinbart werden (Dernburg V § 193 Anm. 6).

Ob ein Vertrag, der nicht als Erbschaftskauf bezeichnet ist, doch als ein solcher betrachtet werden muß und deshalb der Formvorschrift des § 2371 unterliegt, läßt sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles entscheiden. In der Hanseat. Gerichtsztg. Bd. 26 Beiblatt S. 227 wird die Frage für den Fall verneint, daß einem Vertragschließenden ein Honorar von 33⅓ % einer Erbschaft zugesichert ist. Über einen Vergleich zwischen mehreren Erbschaftsprätendenten s. Erl. 1a zu § 2383.

3. Anwendung der Formvorschrift auf andere Fälle. Darüber, daß die Formvorschrift des § 2371, obwohl sie ihrem Wortlaute nach sich nur auf den Fall bezieht, daß der Erbe eine ihm angefallene Erbschaft verkauft, auch auf solche Fälle Anwendung findet, in welchen jemand für den Fall, daß er Erbe werden wird, die ihm noch nicht angefallene Erbschaft verkauft oder in welchem jemand, der nicht wirklich Erbe ist, die Erbschaft verkauft, vgl. Vorbm. 5, 6.

4. Zu dem Erbschaftsverkaufe, welcher durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgt, ist nach §§ 1822 Nr. 1, 1643 Abs. 1, 1686 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

§ 2372.

E. I § 488 Abs. 3; II § 450 Abs. 2 rev. § 2347; III § 2346. P. I S. 1981 ff., 9669 f.; M. II S. 355. P. II Bd. 2 S. 112 f.

Die dispositiven Vorschriften des § 2372 bezwecken, Zweifel abzuschneiden, welche sich aus der Anwendung des dem Erbschaftskaufe zugrunde liegenden Prinzips auf die im § 2372 bezeichneten Fälle ergeben können. Binder S. 103 hält diese Vorschriften bei dem Verkauf eines Erbteils für zwingende (s. Vorbm. 4).

1. Wegfall eines Vermächtnisses, einer Auflage oder eines Nacherben. Nach § 2382 ist der Erbschaftskäufer den Vermächtnisnehmern und den Auflageberechtigten gegenüber verpflichtet, die von dem Erblasser angeordneten Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen (vgl. §§ 2162, 2180). Nach § 2378 mit § 2376 liegt diese Verpflichtung dem Erbschaftskäufer aber nicht gegenüber dem Erbschaftsverkäufer ob. Als Konsequenz hieraus ergibt sich die in dem § 2372 getroffene Bestimmung, daß dem Erbschaftskäufer die Vorteile gebühren, welche sich aus dem Wegfall eines Vermächtnisses oder einer Auflage ergeben. Dasselbe muß, obwohl es nicht ausdrücklich bestimmt ist, in betreff solcher Vorteile gelten, welche sich aus dem Wegfall anderer Beschwerungen, für deren Nichtvorhandensein der Verkäufer nach § 2376 zu haften hat, ergeben, insbesondere in betreff des Vorteils, welcher sich aus dem Wegfall eines Nacherben ergibt.

§. 2373. Ein Erbtheil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufes durch Nacherbfolge oder in Folge des Wegfalls eines Miterben anfällt, sowie ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtniß ist im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen. Das Gleiche gilt von Familienpapieren und Familienbildern.

---

2. Ausgleichungspflicht. Die zweite Bestimmung des § 2372, nach welcher dem Erbschaftskäufer auch die Vorteile gebühren, welche sich aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben, kommt nur bei dem Verkauf eines Erbteils in Betracht. Sie ist von der zweiten Kommission aus dem E. I § 490, in welchem unter den Verpflichtungen des Verkäufers auch die Verpflichtung zur Abtretung der aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben entstandenen Ansprüche des Verkäufers angeführt waren von der zweiten Kommission in den § 2372 übernommen. Die jetzige Fassung der Bestimmung erklärt sich aus der veränderten Konstruktion, welche die Ausgleichungsfrist in dem BGB. gegenüber dem E. I gefunden hat (§§ 2050—2057). Es handelt sich dabei nicht wie bei dem E. I um selbständige Ansprüche der Miterben untereinander, sondern um eine bei der Teilung der Erbschaft unter den Miterben stattfindende Ausgleichung (s. oben Vorbm. 2, 3 zu §§ 2050—2057). Der Erbschaftskäufer erhält bei der zwischen ihm und den Miterben stattfindenden Auseinandersetzung denjenigen Teil der Erbschaft, welcher sich unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht einerseits des verkaufenden Erben, andererseits der Miterben ergibt. Die Vergrößerung des auf ihn fallenden Teiles, die sich aus der Ausgleichungspflicht der Miterben ergibt, soll ihnen nach § 2372 auch dem Verkäufer gegenüber verbleiben, wogegen ihm dieser wegen einer durch die Berücksichtigung seiner Ausgleichungspflicht eintretenden Verminderung des auf ihn fallenden Teiles nach § 2376 Ersatz zu leisten hat (in letzterer Beziehung s. Erl. 7 zu § 2376). Die Vorschrift des § 2372 beruht auf dem Gedanken, daß die von einem Miterben zur Ausgleichung zu bringenden Beträge Vorempfänge aus der Erbschaft sind und deshalb dem Käufer der Erbschaft zugute kommen müssen.

§ 2373.

E. I § 488 Abs. 2; II § 450 rev. § 2348; III § 2347. P. I S. 1981 ff., 9669 f.; M. III S. 354 f. P. II Bd. 2 S. 112 ff.

Der § 2373 enthält einige Auslegungsregeln, welche sich auf die erfahrungsmäßig bei einem Erbschaftskauf obwaltende Absicht der Parteien gründen.

1. Die ersten drei Regeln beziehen sich auf Fälle, in welchen ein Erbteil den Gegenstand des Erbschaftskaufs bildet.

a) Als verkauft ist im Zweifel nur anzusehen derjenige Erbteil, welcher dem Verkäufer beim Abschlusse des Erbschaftsverkaufs bereits angefallen war. Deshalb ist als nicht mitverkauft anzusehen

α) ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Verkaufs durch Nacherbfolge anfällt;

β) ein Erbteil, der dem Verkäufer nach Abschluß des Verkaufs infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt. Es gehört hierher sowohl der Erbteil, welcher dem Verkäufer auf Grund der gesetzlichen Erbfolge infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt (§ 1935), als auch der Erbteil, welcher im Falle der Erbfolge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen dem Verkäufer als Ersatzerben oder auf Grund des Anwachsungsrechts anfällt (§§ 2094, 2096). In Fällen dieser Art kann insbesondere deshalb ein Zweifel entstehen, weil der Anfall auf die Zeit des Erbfalls zurückbezogen wird. Die bisherigen Rechte gehen auseinander. Nach gemeinem Rechte ist die Frage streitig. Das preußische und sächsische Recht entscheiden sie zugunsten des Käufers, die französische Jurisprudenz zugunsten des Verkäufers. Die von dem BGB. im letzteren Sinne getroffene Entscheidung dürfte der Absicht der Parteien, welche regelmäßig nur den Stand der Sache zur Zeit des Abschlusses des Kaufes im Auge haben, entsprechen. In betreff des Umfanges des Rechtes des Nacherben gilt nach § 2110 die entgegengesetzte Regel.

b) Als nicht mitverkauft gilt ferner ein dem Verkäufer zugewendetes Vorvermächtnis (§ 2150). Dies gilt auch von demjenigen Teile des Vermächtnisses, welchen der Verkäufer als Erbe sich selbst auszubezahlen hat. Der Verkäufer haftet aber dem Käufer nach § 2376 ebenso wie in betreff anderer Vermächtnisse dafür, daß ein Vorvermächtnis nicht besteht; die Haftung fällt weg, wenn der Käufer das Vorvermächtnis kannte (§ 439). Bildet der gesetzliche Erbteil eines Ehegatten, welcher den Erblasser neben Verwandten der zweiten

§. 2374. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände mit Einschluß dessen herauszugeben, was er vor dem Verkauf auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezog.

Ordnung oder neben Großeltern beerbt, den Gegenstand des Erbschaftskaufs, so fällt auch der Voraus des Ehegatten (§ 1932) unter die Regel; jedoch wird hier häufig eine von der Auslegungsregel des § 2373 abweichende Absicht der Parteien aus den Umständen des Falles sich ergeben.

2. Die Vorschrift des Satz 2 findet sowohl auf den Fall Anwendung, daß die ganze Erbschaft den Gegenstand des Kaufes bildet, als auf den, daß nur ein Erbteil verkauft wird. Sie geht dahin, daß Familienpapiere und Familienbilder im Zweifel als nicht mitverkauft gelten. Der E. I enthielt eine derartige Vorschrift nicht, indem angenommen wurde, daß der Ausschluß dieser Gegenstände regelmäßig ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart werden würde, eine dies bestimmende gesetzliche Auslegungsregel aber insbesondere in Beziehung auf Familienbilder, die nicht selten einen großen Vermögenswert hätten, bedenklich sei. Die zweite Kommission hielt aber die Bestimmung der Auslegungsregel für notwendig, weil der Ausschluß der fraglichen Gegenstände regelmäßig der Absicht der Parteien entsprechen werde, diese aber häufig nicht daran dächten, den Ausschluß ausdrücklich zu bestimmen. Der Begriff der Familienpapiere und Familienbilder ist im weitesten Sinne zu nehmen. Zu den Familienpapieren gehören, wie in der zweiten Kommission hervorgehoben wurde, insbesondere Urkunden rechtlicher Art, Personenstandsatteste, Korrespondenzen, Briefschaften, Tagebücher, Familiennotizen 2c. Eine ähnliche, jedoch etwas enger begrenzte Vorschrift gilt in betreff der Teilung bei der Erbengemeinschaft nach § 2047. Binder S. 105 hält die Vorschrift des Satz 2 bei dem Verkauf eines Erbteils für unanwendbar (s. Vorbm. 4).

§ 2374.

E. I §§ 489 ff.; II § 451 Abs. 1 res. § 2349; III § 2343. P. I S. 1986 ff., 2015 f., 11298 ff.; M. II S. 356 ff. P. II Bd. 2 S. 115 ff., 126; Bd. 6 S. 182.

1. **Verpflichtung des Verkäufers zur Herausgabe der zur Zeit des Erbschaftskaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände.** In der Vorbm. 3b ist hervorgehoben, daß das BGB. den dem Erbschaftskaufe zugrunde liegenden Gedanken, nach welchem der Verkäufer dadurch verpflichtet wird, dem Käufer zu gewähren, was dieser haben würde, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre, für den Fall nicht vollständig durchführt, daß der Erbschaftskauf nicht sofort nach dem Erbfall abgeschlossen wird. Der Erbschaftskäufer hat nur Anspruch auf die Erbschaft in demjenigen Zustand, in welchem sie sich infolge der von dem Erbschaftsverkäufer in der Zwischenzeit zwischen dem Erbfall und dem Erbschaftskaufe geführten Verwaltung befindet (über Modifikationen dieses Grundsatzes s. Erl. zu §§ 2375, 2377, 2379, 2381). In Konsequenz dieses Grundsatzes wird die Verpflichtung des Verkäufers nicht dahin bestimmt, daß er die zur Zeit des Erbfalls vorhandenen erbschaftlichen Gegenstände dem Käufer herauszugeben habe; vielmehr verpflichtet ihn der § 2374 nur, die zur Zeit des Erbschaftskaufs vorhandenen zur Erbschaft gehörenden Gegenstände herauszugeben.

2. **Die herauszugebenden zur Erbschaft gehörenden Gegenstände zerfallen in drei Kategorien.** Es gehören dazu

a) diejenigen Gegenstände, welche zu dem Vermögen des Erblassers gehörten und mit diesen auf den Verkäufer übergegangen sind, also alle Sachen, welche dem Erblasser gehörten und alle Rechte, welche ihm zustanden. Es gehört hierher auch der Besitz von Sachen, die dem Erblasser nicht gehörten, weil auch dieser Besitz zu der Erbschaft gehört und nach § 857 auf den Erben übergeht;

b) diejenigen Gegenstände, welche zwar nicht zu dem Vermögen des Erblassers gehörten, aber von dem Verkäufer als Erben erworben sind. In E. I § 490 waren als solche Gegenstände hervorgehoben, die Ansprüche gegen einen Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger und die aus der Gemeinschaft der Miterben oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben entstandenen Ansprüche, sowie die auf Herausgabe der Erbschaft gegen Dritte ihm zustehenden Ansprüche. Von der zweiten Kommission ist diese Bestimmung gestrichen, aber nur deshalb,

weil sie sich aus dem den Erbschaftskauf beherrschenden Prinzipe von selbst ergebe. Die gegen einen Testamentsvollstrecker oder einen Nachlaßpfleger aus deren Verwaltung entstehenden Ansprüche stehen dem Erben als solchen zu (§§ 2219, 1960—1962). Hierher gehören auch, wenn der zunächst berufene Erbe die Erbschaft ausgeschlagen, in der Zwischenzeit aber erbschaftliche Geschäfte besorgt hat, die dem Erben aus dieser Geschäftsführung nach § 1959 zustehenden Ansprüche (M. II S. 357). Wegen der aus der Gemeinschaft der Miterben und der Ausgleichungspflicht eines Miterben sich ergebenden Ansprüche s. unten Erl. 6. Zu den dem Käufer abzutretenden Ansprüchen gehört vor allem der Erbschaftsanspruch (§§ 2018 ff.; vgl. Vorbm. II 4 vor § 2018; Erl. 1 a a. E. zu § 2018); es gehört dahin ferner im Falle des Verkaufs einer Nacherbschaft der dem Nacherben gegen den Vorerben zustehende persönliche Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft (§§ 2130 ff.).

Ein Pflichtteilsanspruch, welcher dem Verkäufer neben seinem Erbteile zusteht (dies ist möglich in den Fällen der §§ 2305, 2316 Abs. 2, 2326, 2329), ist nicht als mitverkauft anzusehen und braucht daher nicht abgetreten zu werden (Herzfelder Erl. 1 Abs. 2 zu § 2374). Im einzelnen Falle kann indessen auch die Abtretung des Pflichtteilsanspruchs als gewollt angesehen werden müssen (P. II Bd. 2 S. 115).

c) Dasjenige, was der Erbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezog. Durch die Worte „mit Einschluß" in dem § 2374 wird ausgedrückt, daß auch die in dieser Art erlangten Gegenstände zu den Erbschaftsgegenständen im Sinne des § 2374 gehören. Die Definition dieser sog. Surrogate in dem § 2374 schließt sich an die Bestimmungen der §§ 1370, 1473, 1524 an (ähnlich im § 718). Es kann daher hier auf die zu diesen Paragraphen gegebenen Erläuterungen verwiesen werden (s. insbesondere Bd. II Erl. zu § 718; Bd. IV Erl. zu § 1370). Hervorzuheben ist noch:

α) Zu den auf Grund eines zu der Erbschaft gehörenden Rechtes erlangten Gegenständen gehören die Nutzungen der erbschaftlichen Sachen und Rechte. In betreff dieser gilt aber eine Ausnahme von der Regel des § 2374; sie sollen nach § 2378 dem Verkäufer verbleiben.

β) Die Bestimmung, daß zu den erbschaftlichen Gegenständen auch gehört, was der Verkäufer durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezieht, unterscheidet sich wesentlich von der für die Surrogate bei dem Erbschaftsanspruch (§ 2019) und bei der Nacherbschaft (§ 2111) gegebenen Vorschrift. Nach dieser wird die Voraussetzung dahin bestimmt, daß durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft etwas erlangt ist. Hier kommt es darauf an, daß der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft gemacht ist, das sich auf die Erbschaft bezieht. Es genügt weder immer, noch ist unbedingt erforderlich, daß der Erwerb mit Mitteln der Erbschaft gemacht ist; vielmehr kommt es darauf an, daß das Rechtsgeschäft, durch welches der Erwerb gemacht wurde, sich subjektiv auf die Erbschaft bezog. Objektiv ist nur erforderlich, daß eine solche Beziehung möglich ist. Diese Bestimmung führt wesentlich zu demselben Ergebnisse wie die für den Erbschaftsanspruch und die Nacherbschaft geltende Vorschrift bei dem Erwerbe durch Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände. Sie unterscheidet sich von ihr aber bei dem Erwerbe durch andere Rechtsgeschäfte. Es fällt darunter insbesondere der Erwerb von Sachen oder Rechten, welcher für die Erbschaft gemacht ist, auch wenn das Entgelt dafür nicht aus Mitteln der Erbschaft erfolgt, sondern entweder kreditiert oder von dem Verkäufer aus seinem übrigen Vermögen bestritten ist (über den in einem solchen Falle dem Verkäufer zustehenden Ersatzanspruch s. § 2381). Dahin gehört z. B. die Anschaffung von Inventarstücken für ein erbschaftliches Grundstück. Es fällt andererseits nicht darunter der Erwerb von Gegenständen, welche der Erbe für sein nicht zu der Erbschaft gehörendes Vermögen gemacht hat, auch wenn er sie mit Erbschaftsgeld bezahlt hat (a. A. wie es scheint Frommhold S. 326 Erl. 2 zu § 2374; Wilke S. 316 Erl. zu § 2374).

γ) Auch die Surrogate der Surrogate fallen unter dieselbe Regel wie die Surrogate der ursprünglich zur Erbschaft gehörenden Gegenstände.

3. Die in Erl. 2 angeführten Gegenstände sind nur herauszugeben, wenn sie zur Zeit des Erbschaftskaufs noch vorhanden sind. Gemeint ist hierbei, daß die Gegenstände noch bei dem Verkäufer vorhanden sind. Es genügt nicht, daß die betreffenden Sachen oder Rechte noch in Natur existieren. Hat der Verkäufer sie vor dem Verkaufe der Erbschaft bereits veräußert, so sind sie im Sinne des § 2374 nicht mehr vorhanden. Das gleiche gilt von dem Besitze von Sachen, welche dem Erblasser nicht gehörten, wenn der Verkäufer den Besitz vor dem Erbschaftskaufe verloren hat.

4. Inhalt der Verpflichtung zur Herausgabe. Unter der Verpflichtung zur Herausgabe der in Erl. 2, 3 bezeichneten Gegenstände ist nicht nur die Verpflichtung zur Einräumung der tatsächlichen Gewalt zu verstehen; vielmehr handelt es sich um dieselbe Verpflichtung, welche dem Verkäufer einer Sache oder eines Rechtes in Beziehung auf die verkaufte Sache oder das verkaufte Recht obliegt (§ 433). Über die Modifikation der Verpflichtung zur Gewährleistung s. § 2376. Der Verkäufer hat daher die herauszugebenden Sachen dem Käufer zu übergeben und das Eigentum daran zu übertragen, die herauszugebenden Rechte abzutreten. Soweit er lediglich den Besitz von Sachen als Erbe erlangt hat, beschränkt sich seine Verpflichtung auf die Einräumung des Besitzes. Eine Universalsukzession findet nicht statt, vielmehr sind die einzelnen Gegenstände nach Maßgabe der für ihre Übertragung geltenden Grundsätze zu übertragen. Ob in betreff solcher Gegenstände, zu deren Übertragung ein Vertrag genügt, insbesondere also in betreff der Forderungen (§ 398) und der ihnen in betreff der Übertragung gleichgestellten Rechte (§ 413) die Übertragung als bereits durch den Erbschaftskauf als erfolgt anzusehen ist, hängt davon ab, ob der Wille der Parteien darauf gerichtet war.

War der Verkäufer, obwohl er Erbe ist, nicht Eigentümer der Sachen, deren Eigentum er dem Käufer auf Grund des Erbschaftskaufs übertragen hat, so erwirbt der Käufer das Eigentum nach den Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben (§§ 932 ff.; a. A. Dernburg V § 191 Anm. 6, der mit Unrecht daraus, daß der Käufer die Sachen nur als Bestandteile des Nachlasses zu beanspruchen habe, folgert, daß auf die zur Erfüllung der Verpflichtung aus dem Erbschaftskauf erfolgte Eigentumsübertragung die Vorschriften des § 932 keine Anwendung finden; wie hier Strohal II § 97 V 2 Abs. 2). Über den Fall, daß der Verkäufer nicht Erbe ist s. Erl. 2 zu § 2376.

5. Sonstige Verpflichtungen des Verkäufers. Der § 2374 bestimmt die Verpflichtungen des Verkäufers nicht erschöpfend; es kommen daneben die aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Verpflichtungen des Verkäufers in Betracht. Insbesondere ist der Verkäufer verpflichtet, nach Maßgabe des § 444, Auskunft über die verkauften Gegenstände zu geben und die dort bezeichneten Urkunden herauszugeben; in betreff der abzutretenden Forderungen vgl. auch § 402. Da die Verpflichtung des Verkäufers auf die Herausgabe des Inbegriffs geht, so findet auch der § 260 Anwendung. Der Verkäufer hat also ein Verzeichnis über die zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände dem Käufer vorzulegen und ist unter den im § 260 bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, den Offenbarungseid zu leisten. Nach dem Abschlusse des Kaufes haftet der Verkäufer wegen Unterganges oder Verschlechterung der nach Maßgabe des § 2374 herauszugebenden Gegenstände nach den allgemeinen Grundsätzen. Wegen der Verpflichtung zur Gewährleistung s. § 2376, wegen des Überganges der Gefahr s. § 2380.

6. Verkauf eines Erbteils. Die Vorschriften des § 2374 finden nur beschränkte Anwendung, wenn den Gegenstand des Erbschaftskaufs ein Erbteil bildet, und die Erbschaft unter den Miterben noch nicht geteilt ist. In einem solchen Falle ist der Verkäufer, da die dingliche Übertragung des Erbteils im ganzen möglich ist, verpflichtet, diese Übertragung vorzunehmen. Er hat also den zu diesem Zwecke erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Vertrag mit dem Käufer abzuschließen (§ 2033 Abs. 2). Da auch der Erbschaftskauf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, so können der dingliche und der obligatorische Vertrag in derselben Urkunde gleichzeitig abgeschlossen werden. Regelmäßig wird die Absicht der Parteien hierauf gerichtet sein. Möglich ist indessen auch das Gegenteil und es ist eine Frage der Auslegung, ob der Wille der Parteien auch auf den Abschluß des dinglichen Vertrags gerichtet ist. Durch die Übertragung des Erbteils tritt der Käufer an die Stelle des verkaufenden Miterben. Er hat alle sich aus der Erbengemeinschaft ergebenden Rechte; er ist insbesondere auch berechtigt, die aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben sich ergebenden Ansprüche geltend zu machen (§§ 2050—2057). Andererseits liegen ihm auch die erbrechtlichen Verpflichtungen des Verkäufers ob; dies gilt dem Miterben gegenüber auch in betreff der dem Verkäufer obliegenden Ausgleichungspflicht; dem Verkäufer gegenüber aber hat er diese nach § 2376 nicht zu tragen. Nach dem Abschlusse des dinglichen Vertrags beschränkt sich die Verpflichtung des Verkäufers in betreff der noch ungeteilten Gegenstände darauf, dem Käufer den Mitbesitz, welchen er bisher gemeinschaftlich mit den übrigen Miterben hatte, einzuräumen. Hatten die Miterben vor der Übertragung des Erbteils bereits einzelne Erbschaftsgegenstände geteilt, so findet in betreff der dem Verkäufer zugeteilten Gegenstände die Vorschrift des § 2374 Anwendung. Der Verkäufer hat diese Gegenstände also dem Käufer, soweit sie zur Zeit des Erbschaftskaufs noch vorhanden waren, einschließlich der Surrogate herauszugeben. Ist die Zuteilung einzelner Gegenstände nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs,

§. 2375. Hat der Verkäufer vor dem Verkauf einen Erbschaftsgegenstand verbraucht, unentgeltlich veräußert oder unentgeltlich belastet, so ist er verpflichtet, dem Käufer den Werth des verbrauchten oder veräußerten Gegenstandes, im Falle der Belastung die Werthminderung zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Käufer den Verbrauch oder die unentgeltliche Verfügung bei dem Abschlusse des Kaufes kennt.

Im Uebrigen kann der Käufer wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe eines Erbschaftsgegenstandes nicht Ersatz verlangen.

---

aber vor der dinglichen Übertragung des Erbteils erfolgt, so bestimmt sich in betreff ihrer die Verpflichtung des Verkäufers nach den allgemeinen Grundsätzen über den Kauf. Wird der Erbschaftskauf erst abgeschlossen, nachdem die Teilung unter den Miterben stattgefunden hat, so ist der Verkäufer verpflichtet, die ihm zugeteilten Gegenstände und deren Surrogate, soweit sie zur Zeit des Erbschaftskaufs noch vorhanden sind, nach Maßgabe des § 2374 herauszugeben (a. A. Binder S. 105, der den Verkauf eines Erbteils nach der Teilung für unmöglich hält und deshalb den § 2374 bei dem Verkauf eines Erbteils für unanwendbar hält; s. Vorbm. 4).

Diese Grundsätze finden auch auf den Verkauf des Bruchteils eines Erbteils Anwendung. Bildet aber der Bruchteil einer Erbschaft, welcher kein Erbteil oder Bruchteil eines solchen ist, den Gegenstand des Erbschaftskaufs, so bestimmt sich die Verpflichtung des Verkäufers lediglich nach § 2374; der Verkäufer hat also den betreffenden Bruchteil der einzelnen erbschaftlichen Gegenstände dem Käufer herauszugeben. In dem von Strohal II § 97 Anm. 4 angeführten Falle, in welchem ausnahmsweise auch der Bruchteil einer Erbschaft nach den Vorschriften über Erbteile soll übertragen werden können, dürfte es sich in Wirklichkeit um einen Erbteil handeln.

§ 2375.

E. I § 491; II § 451 Abs. 2 verb. § 2350; III § 2349. M. I S. 1991 ff., 11791 ff., 11803 f.; M. II S. 357 f. P. II Bd. 2 S. 115 ff., 126.

1. **Ersatz für verbrauchte und unentgeltlich veräußerte oder belastete Erbschaftsgegenstände.** Der Verkäufer haftet dem Käufer nicht wegen der von ihm bis zu dem Abschlusse des Erbschaftskaufs geführten Verwaltung der Erbschaft. Der in dem § 2374 zum Ausdruck gelangte Gedanke, daß den Gegenstand des Erbschaftskaufs die Erbschaft bildet, wie sie zur Zeit des Kaufes liegt, wird aber insofern nicht vollständig durchgeführt, als wegen Veränderungen, welche die Erbschaft zugunsten des Verkäufers erfahren hat sowie wegen Verwendungen, welche aus dem eigenen Vermögen des Verkäufers auf die Erbschaft gemacht sind, unter gewissen Voraussetzungen eine Ausgleichung stattfinden soll. Zu den diese Ausgleichung bezweckenden Vorschriften gehört der § 2375 (vgl. im übrigen die §§ 2377, 2378 Abs. 2, 2379, 2381). Der Verkäufer soll, wenn er vor dem Erbschaftskauf erbschaftliche Gegenstände verbraucht, unentgeltlich veräußert oder unentgeltlich belastet hat, dem Käufer den Wert dieser Gegenstände, im Falle der Belastung die Wertminderung ersetzen.

2. **Die Ersatzpflicht** tritt ein:

a) wenn der Verkäufer erbschaftliche Gegenstände verbraucht hat. Durch den Verbrauch hat er einen Vorteil aus der Erbschaft gezogen; deshalb entspricht es der Billigkeit und der präsumtiven Absicht der Parteien, daß der Käufer den Wert der verbrauchten Gegenstände ersetzt erhält. Nicht erforderlich ist, daß der Verkäufer durch den Verbrauch etwas von seinem Vermögen erspart hat. Die Tatsache des Verbrauchs genügt. Ein Verbrauch liegt vor, wenn Sachen für die Zwecke und im Interesse des Verkäufers verwendet sind, wenn z. B. Eß- oder Trinkwaren von dem Verkäufer oder in seinem Auftrag oder mit seiner Bewilligung verzehrt, Brennholz in dieser Art verbrannt ist. Als verbraucht werden auch anzusehen sein Sachen, welche der Verkäufer als wesentliche Bestandteile mit seinen nicht zur Erbschaft gehörenden Sachen in solcher Art verbunden, vermischt oder vermengt hat, daß er, wenn es sich um fremde Sachen handelte, Eigentümer derselben geworden wäre. Das gleiche gilt, wenn er eine erbschaftliche Sache in solcher Art verarbeitet hat, daß, wenn es sich um eine fremde Sache handelte, er Eigentümer geworden wäre. Ist die Verbindung, Vermischung oder Vermengung in solcher Art erfolgt, daß, wenn es sich um eine fremde Sache handelte, Miteigentum eingetreten wäre, so tritt das Miteigentum

als Surrogat nach § 2374 an die Stelle der verbundenen, vermischten oder vermengten erbschaftlichen Sachen (§§ 946 ff.). Ein Verbrauch im Sinne des § 2375 dürfte auch dann anzunehmen sein, wenn der Verkäufer erbschaftliches Geld zur Bezahlung eigener Schulden verwendet hat, ebenso wenn er eine zu der Erbschaft gehörende Forderung gegen eine Forderung aufgerechnet hat, welche nicht gegen den Nachlaß, sondern gegen ihn persönlich ging. War die Aufrechnung in einem Falle der letzteren Art durch den Erbschaftsschuldner erfolgt, so trifft der § 2375 seinem Wortlaute nach zwar nicht zu, weil der Verbrauch der Erbschaftsforderung hier nicht durch den Erbschaftsverkäufer erfolgt ist; die entsprechende Anwendung auf diesen Fall dürfte sich indessen rechtfertigen, weil der Verbrauch zum Vorteile des Verkäufers erfolgt ist. In dem umgekehrten Falle, daß durch die Aufrechnung mit Forderungen, die nicht zu dem Nachlasse gehören, Nachlaßverbindlichkeiten getilgt sind, liegt eine Verwendung des Verkäufers auf den Nachlaß vor, für die er nach § 2381 Ersatz verlangen kann;

b) wenn der Verkäufer erbschaftliche Gegenstände unentgeltlich veräußert oder unentgeltlich belastet hat. Die durch die Billigkeit geforderte Ausgleichung kann auch hier nicht durch Surrogation erfolgen, sondern nur durch die Verpflichtung zum Ersatze des Wertes. Unentgeltlich ist die Veräußerung oder Belastung nicht nur im Falle der Schenkung, obwohl dies der Hauptfall ist, sondern auch in anderen Fällen, in welchen weder eine Verpflichtung zu der Veräußerung oder Belastung bestand, noch auch ein Entgelt dafür gewährt wurde, so z. B. im Falle der Gewährung einer Ausstattung, zu welcher der Verkäufer nicht verpflichtet war (vgl. § 1620, 1624). Zweifelhaft kann sein, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn der Verkäufer an einer erbschaftlichen Sache ein Pfandrecht bestellt hat. Ist dies geschehen, um eine Nachlaßverbindlichkeit zu sichern, so wird eine unentgeltliche Belastung im Sinne des § 2375 nicht anzunehmen sein; ist das Pfand aber für eine dem Verkäufer persönlich obliegende Verbindlichkeit bestellt, so wird man entweder eine unentgeltliche Belastung oder einen Verbrauch im Sinne des § 2375 annehmen müssen, denn es liegt dann eine Verwendung von erbschaftlichen Rechten zugunsten des Verkäufers vor. Das gleiche gilt bei der Bestellung einer Hypothek.

3. Die Ersatzpflicht tritt, auch wenn die in Erl. 2 aufgeführten Voraussetzungen vorliegen, nicht ein, wenn der Käufer bei dem Abschlusse des Kaufes den Verbrauch oder die unentgeltliche Verfügung kannte. Kennen müssen steht dem Kennen nicht gleich. Gleichgültig ist, woher der Käufer diese Kenntnis hatte. Zu einer Anzeige ist der Verkäufer nicht verpflichtet. Der Beweis der Kenntnis des Käufers liegt dem Verkäufer ob.

4. Der für die Wertermittelung maßgebende Zeitpunkt. Zu erstatten ist der Wert des verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Gegenstandes. In betreff des der Wertermittelung zugrunde zu legenden Zeitpunkts bestimmte der E. I § 491, daß der Zeitpunkt des Verbrauchs oder der Veräußerung zugrunde zu legen sei. Von der zweiten Kommission ist diese Bestimmung aus denselben Gründen gestrichen, aus welchen alle Vorschriften des E. I über den im Falle einer Verpflichtung zum Ersatze des Wertes der Wertermittelung zugrunde zu legenden Zeitpunkts gestrichen sind. Die Entscheidung dieser Frage sollte der Wissenschaft überlassen bleiben. Sachlich wird hier die Bestimmung des E. I als richtig anzuerkennen sein. Mit dem Verbrauch oder der Verfügung ist die Verwendung erbschaftlicher Gegenstände zum Vorteile des Verkäufers erfolgt; um den Wert, welchen die Gegenstände zu dieser Zeit hatten, ist der Verkäufer unmittelbar oder mittelbar bereichert; eine spätere Erhöhung des Wertes vermehrt seine Bereicherung nicht; andererseits aber kommt hier auch nicht wie im Falle der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ein späterer Wegfall der Bereicherung in Betracht. Die abweichende Ansicht von Dernburg V § 191 II 2, nach welcher die Zeit des Erbschaftskaufs für die Wertermittelung maßgebend sein soll, dürfte sich durch den von ihm dafür angeführten Grund nicht rechtfertigen lassen, daß der Käufer den Gegenstand, wenn er nicht verbraucht oder unentgeltlich veräußert oder belastet wäre, nur mit dem Werte, den er zur Zeit des Erbschaftskaufs gehabt haben würde, erhalten könnte. Im Falle der unentgeltlichen Belastung eines Gegenstandes ist die Differenz zwischen dem Werte, welchen der unbelastete Gegenstand hatte und dem Werte des belasteten Gegenstandes zu ersetzen. Bei der Belastung mit einem Pfandrecht oder einer Hypothek besteht diese Differenz in dem Betrage der Forderung, für welche das Pfand oder die Hypothek bestellt wurde, selbstverständlich jedoch nicht über den Wert der belasteten Sache hinaus. Dem Verkäufer muß indessen immer das Recht zustehen, die Verpflichtung zum Ersatze des Minderwerts dadurch abzuwenden, daß er die Belastung beseitigt.

5. Keine Haftung des Verkäufers wegen einer aus anderen Gründen eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung. In dem Abs. 2, nach welchem der Käufer, abgesehen von der

§. 2376. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte beschränkt sich auf die Haftung dafür, daß ihm das Erbrecht zusteht, daß es nicht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, daß nicht Vermächtnisse, Auflagen, Pflichttheilslasten, Ausgleichungspflichten oder Theilungsanordnungen bestehen und daß nicht unbeschränkte Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist.

Fehler einer zur Erbschaft gehörenden Sache hat der Verkäufer nicht zu vertreten.

Vorschrift des Abs. 1, wegen der Verschlechterung, des Unterganges oder der aus einem sonstigen Grunde eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe eines erbschaftlichen Gegenstandes nicht Ersatz verlangen kann, gelangt wieder der Grundsatz zum Ausdrucke, daß als Gegenstand des Erbschaftskaufs regelmäßig nur die Erbschaft wie sie zur Zeit des Verkaufs liegt, anzusehen ist. Eine Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer von Umständen der gedachten Art Anzeige zu machen, besteht nicht. Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, nach welchem eine solche Anzeigepflicht stattfinden sollte, ist abgelehnt (P. II Bd. 2 S. 119). Nicht ausgeschlossen ist aber, daß der Verkäufer aus besonderen Gründen in den gedachten Fällen haftet. Selbstverständlich ist dies immer der Fall, wenn der Verkäufer vertragsmäßig die Garantie dafür übernommen hat, daß Umstände der fraglichen Art nicht vorliegen. Unter Umständen wird eine solche Vereinbarung als stillschweigend getroffen anzusehen sein, wenn der Erbschaftskauf auf Grund eines über die Erbschaft aufgenommenen Inventars abgeschlossen ist. Auch durch arglistiges Verschweigen von Umständen der gedachten Art kann eine Ersatzpflicht nach § 823 begründet sein (vgl. auch § 443).

6. **Im Falle des Verkaufs eines Erbteils** hat der Verkäufer, wenn die Erben vor dem Erbschaftskaufe gemeinschaftlich Erbschaftsgegenstände verbraucht, unentgeltlich veräußert oder belastet haben, den Wert dieser Gegenstände bzw. im Falle der Belastung den Minderwert zu dem dem Erbteil entsprechenden Teile dem Käufer zu ersetzen; ebenso, falls ihm vor dem Erbschaftskaufe schon Gegenstände zugeteilt sind und er diese verbraucht oder unentgeltlich veräußert oder belastet hat, den Wert bzw. den Minderwert derselben. Binder S. 106 hält den § 2375 bei dem Verkauf eines Erbteils für unanwendbar (s. Vorbm. 4), glaubt aber doch aus den Vorschriften des Gesetzes das Prinzip ableiten zu können, daß der Verkäufer dem Käufer Ersatz für die Wertminderung zu leisten habe, welche die Erbschaft durch Verfügungen der Miterben vor dem Erbschaftskauf erlitten habe.

§ 2376.

E. I §§ 492 f.; II § 452 rev. § 2351; III § 2350. P. I S. 1996 ff., 6203 f., 11306 ff.; M. V S. 358 f. P. II Bd. 2 S. 121 f.; Bd. 6 S. 322, 324.

1. **Die Gewährleistung des Verkäufers wegen eines Mangels im Rechte.** Der Verkäufer einer Sache oder eines Rechtes ist nach § 433 verpflichtet, dem Käufer das Eigentum der verkauften Sache bzw. das verkaufte Recht zu verschaffen; er ist ferner nach § 434 verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Nähere Vorschriften über das hierdurch begründete Rechtsverhältnis enthalten die §§ 435—443. Der § 2376 Abs. 1 beschränkt die durch die gedachten Vorschriften begründeten Verpflichtungen des Verkäufers. Er ist zur Gewährleistung nur wegen der in Abs. 1 bezeichneten Mängel im Rechte verpflichtet. Der Grund dieser Beschränkung liegt darin, daß den Gegenstand des Erbschaftskaufs die dem Verkäufer angefallene Erbschaft also derjenige Inbegriff von Sachen und Rechten bildet, welchen der Verkäufer als Erbe erworben hat. Für die einzelnen im Abs. 1 getroffenen Vorschriften sind dann weiter die besonderen für eine Erbschaft geltenden Vorschriften und die dem Käufer nach den §§ 2382, 2383 den Nachlaßgläubigern gegenüber obliegende Haftung maßgebend gewesen. Im folgenden soll dargelegt werden, wie sich infolge dieser Beschränkung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers das Rechtsverhältnis gestaltet.

2. **Haftung des Verkäufers für das Bestehen seines Erbrechts.** Die in dem § 2374 bestimmte Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände herauszugeben, also ihm das Eigentum der zu der Erbschaft gehörenden Sachen und die dazu

gehörenden Rechte zu verschaffen (s. Erl. 4 zu § 2374), wird dadurch modifiziert, daß der Verkäufer nach § 2376 nur dafür haftet, daß ihm das Erbrecht zusteht. Er ist daher nur verpflichtet, dem Käufer dasjenige Recht an den Gegenständen zu verschaffen, welches er ihm verschaffen könnte, wenn er wirklich Erbe wäre. Er hat daher nicht dafür zu haften, daß die übertragenen Sachen und Rechte wirklich dem Erblasser zustanden; er haftet nur dann, wenn das Eigentum der erbschaftlichen Sachen oder die erbschaftlichen Rechte deshalb auf den Käufer nicht übergehen, weil er nicht Erbe geworden ist. Aus dieser Beschränkung der Haftung des Verkäufers darf aber nicht gefolgert werden, daß der Verkäufer, welcher wirklich Erbe geworden ist, nicht unbedingt verpflichtet wäre, das auf ihn übergegangene und zur Zeit des Abschlusses des Erbschaftskaufs ihm noch zustehende Eigentum an erbschaftlichen Sachen bzw. die ihm zu dieser Zeit noch zustehenden erbschaftlichen Rechte zu übertragen; wegen eines nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs eingetretenen Mangels im Rechte haftet er vielmehr lediglich nach allgemeinen beim Kaufe geltenden Grundsätzen.

Ist der Verkäufer nicht Erbe, so ist er trotzdem verpflichtet, dem Käufer das Eigentum und die sonstigen Rechte, soweit sie dem Erblasser zustanden und zur Zeit des Erbschaftskaufs noch vorhanden waren, einschließlich der Surrogate, zu verschaffen. Er kann dies nur dadurch, daß er entweder die Erbschaft von dem wirklichen Erben erwirbt oder dessen Genehmigung zu der Übertragung an den Käufer erwirkt. Kann er dies nicht, so ist er wegen Nichterfüllung seiner Verpflichtung dem Käufer haftbar. Diese Haftung bestimmt sich nach den §§ 320—327 (§ 440 Abs. 1). Dem Käufer steht also, wenn der Verkäufer von ihm die Gegenleistung fordert, zunächst die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§§ 320—322) mit der sich aus § 442 ergebenden Modifikation (s. Bd. II Erl. 2 zu § 440) zu. Der Käufer kann ferner, wenn der Verkäufer rechtskräftig zu der ihm prinzipaliter obliegenden Leistung verurteilt ist, ihm eine Frist zur Erfüllung setzen und nach fruchtlosem Ablaufe derselben Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder nach Maßgabe des § 325 Abs. 2 die dort bestimmten Rechte geltend machen, insbesondere also auch unter den dort bestimmten Voraussetzungen von dem Vertrage zurücktreten (§ 327). Er kann ferner, wenn der Verkäufer in Verzug ist, diesem eine Frist zur Leistung setzen und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder, falls die Leistung vollständig unterblieben oder er bei teilweiser Nichterfüllung kein Interesse an der teilweisen Leistung hat, von dem Vertrage zurücktreten (vgl. Bd. II Erl. zu § 283; Erl. zu §§ 320—322; Erl. zu §§ 325—327; Erl. zu § 440).

Zweifelhaft kann sein, ob auch der § 440 Abs. 2 Anwendung findet. Die Frage dürfte zu bejahen sein, weil durch den Erbschaftskauf, soweit dessen Gegenstand nicht ein Erbteil ist (hierüber s. Erl. 3), nach § 2374 auch die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums der an den einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Sachen begründet wird. Der Käufer kann also, wenn ihm die zu der Erbschaft gehörenden beweglichen Sachen zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben sind, deshalb, weil ihm wegen des mangelnden Erbrechts des Verkäufers das Eigentum an den Sachen nicht verschafft ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur unter den im § 440 Abs. 2 bestimmten Voraussetzungen verlangen (s. Bd. II Erl. 5, 6 zu § 440). Aus denselben Gründen muß, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache, das zu dem Besitze der Sache berechtigt, zu der Erbschaft gehört, der § 441 Anwendung finden (s. Bd. II Erl. zu § 441).

Über das im Falle des Verkaufs einer Erbschaft von seiten des Erbschaftsbesitzers zwischen dem Käufer und dem wahren Erben stattfindende Verhältnis s. Erl. zu § 2030; vgl. auch Strohal II § 97 V 2, Anm. 6—8.

3. **Bildet ein Erbteil den Gegenstand des Erbschaftskaufs**, so haftet der Verkäufer dafür, daß er Miterbe zu dem angegebenen Bruchteile ist. Er kann, wenn er nicht wirklich Erbe ist, den Erbteil dem Verkäufer nur dadurch verschaffen, daß er die Übertragung desselben an sich oder an den Käufer von seiten des wirklichen Erben erwirkt. Kann er dies nicht, so haftet er dem Käufer wegen Nichterfüllung nach Maßgabe der in Erl. 2 dargelegten Grundsätze. Eine Haftung in betreff der einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände nach Maßgabe jener Grundsätze findet nur insofern statt, als einzelne Gegenstände dem Verkäufer noch vor dem Abschlusse des Erbschaftskaufs zugeteilt sind oder als der Erbschaftskauf erst nach der Teilung der Erbschaft abgeschlossen ist. Nur insoweit kommen auch die §§ 440 Abs. 2, 441 zur Anwendung. Über die abweichende Ansicht von Binder s. Erl. 6 zu § 2374.

4. **Haftung für das Nichtbestehen eines Nacherben.** Durch einen Nacherben wird das Recht des Vorerben in mehrfacher Beziehung beschränkt und der Nacherbe kann sein Recht auch gegen Dritte, welche erbschaftliche Gegenstände erworben haben, geltend machen, wenn die Ver-

fügung des Vorerben über diese Gegenstände zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Nacherben bedurfte (§§ 2100—2146). Der Verkäufer hat dem Käufer die erbschaftlichen Gegenstände frei von diesem Rechte des Nacherben zu verschaffen (§ 434). Er kann dies nur dadurch, daß er die Zustimmung des Nacherben erwirkt. Ist er hierzu nicht imstande, so haftet er dem Käufer nach Maßgabe der in Erl. 2 dargelegten Grundsätze. Ist der Verkäufer nur Nacherbe und der Fall der Nacherbfolge noch nicht eingetreten, so liegt ein Mangel im Rechte der in Erl. 2 gedachten Art vor.

5. Der Verkäufer haftet ferner dafür, daß er nicht durch einen Testamentsvollstrecker beschränkt ist. Diese Vorschrift ist erst von der zweiten Kommission eingestellt. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß dem Testamentsvollstrecker nach dem BGB. (§§ 2203 ff.) weitgehende Rechte über den Nachlaß zustehen, die auch Dritten gegenüber geltend gemacht werden können. Der Erbschaftskäufer kann daher verlangen, daß ihm die erbschaftlichen Gegenstände frei von diesen Rechten verschafft werden. Kann der Verkäufer dies nicht bewirken — und er wird dazu regelmäßig nur imstande sein, wenn der Testamentsvollstrecker die Übertragung genehmigt oder sein Amt niederlegt — so haftet der Verkäufer dem Käufer nach Maßgabe der in Erl. 2 dargelegten Grundsätze.

Der Beschränkung des Erben durch das Recht eines Testamentsvollstreckers nicht gleichgestellt ist die Beschränkung durch das Recht des Nachlaßverwalters (§§ 1981 ff.), obwohl auch dem Nachlaßverwalter weitgehende gegen Dritte wirksame Rechte in betreff des Nachlasses zustehen. Auch eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Testamentsvollstrecker dürfte nicht zulässig sein. Der Käufer kann ohne Schwierigkeit erfahren, ob eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist; er soll sich deshalb nicht darauf verlassen können, daß eine solche nicht besteht. Daraus, daß der Verkäufer für den durch das Bestehen einer Nachlaßverwaltung begründeten Mangel in seinem Rechte nicht haftet, folgt, daß der Käufer, wenn zur Zeit des Erbschaftskaufs eine Nachlaßverwaltung besteht, von dem Verkäufer nur die Abtretung, der ihm gegen den Nachlaßverwalter zustehenden Rechte, insbesondere also des Rechtes auf den nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Überschuß verlangen kann. Durch eine solche Abtretung kann der Verkäufer nach § 931 auch die ihm obliegende Übertragung des Eigentums der zu der Erbschaft gehörenden Sachen, soweit der Nachlaßverwalter darüber nicht rechtsgültig verfügt hat, bewirken (a. A. wie es scheint Strohal II § 97 Anm. 5b). In dem Verschweigen des Bestehens einer Nachlaßverwaltung kann übrigens unter Umständen ein Betrug liegen, der den Verkäufer nach § 823 zum Schadensersatze verpflichtet (Dernburg V § 191 Anm. 14).

Das gleiche wie in betreff der Nachlaßverwaltung gilt, wenn zur Zeit des Abschlusses des Erbschaftskaufs der Konkurs über den Nachlaß eröffnet ist. Auch für die hierdurch eingetretene Beschränkung der Rechte des Verkäufers haftet dieser nicht; der Käufer kann nur die Abtretung des Rechtes auf den nach Erledigung des Konkurses etwa verbleibenden Überschuß und falls der Konkurs eingestellt wird, die Herausgabe der noch vorhandenen erbschaftlichen Gegenstände verlangen.

6. Der Verkäufer haftet ferner dafür, daß nicht Vermächtnisse, Auflagen oder Pflichtteilslasten bestehen. Nach § 2382 haftet der Käufer vom Abschlusse des Erbschaftskaufs an allen Nachlaßgläubigern, während sich seine Verpflichtung zur Tragung der Nachlaßverbindlichkeiten nach § 2378 auf die durch Vermächtnisse, Auflagen und Pflichtteilslasten begründeten Verbindlichkeiten nicht bezieht. Von diesen Nachlaßverbindlichkeiten muß der Verkäufer daher den Käufer nach § 434 befreien. Erfüllt er diese Verpflichtung nicht, so finden die in Erl. 2 dargelegten Grundsätze Anwendung.

7. Bei dem Verkauf eines Erbteils tritt zu der in Erl. 4—6 angeführten Verpflichtung zur Gewährleistung noch hinzu die Haftung dafür, daß nicht Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen. Diese Bestimmung ist erst von der zweiten Kommission hinzugefügt worden. Sie beruht darauf, daß der Käufer des Erbteils bei der Auseinandersetzung mit den Miterben sich die Ausgleichung der Vorempfänge, welche ein Miterbe verlangen kann (§§ 2050—2057), gefallen lassen muß und an die Teilungsanordnungen des Erblassers (§ 2044) gebunden ist, daß hierdurch aber das Recht des Käufers erheblich beschränkt sein kann. Die aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben dem Verkäufer zustehenden Ansprüche gehen auf den Käufer des Erbteils über. Mit Rücksicht hierauf sollte er nach dem E. I auch die dem Verkäufer obliegenden Ausgleichungspflichten tragen. Die zweite Kommission ging aber davon aus, daß die Vorempfänge der Miterben, deren Ausgleichung der Verkäufer zu fordern berechtigt sei, zu der Erbschaft gehörten und deshalb dem Käufer gebührten, während es sich bei der dem Ver-

käufer obliegenden Ausgleichungspflicht um eine Belastung handele, die der Käufer, wenn er sie nicht kenne, dem Verkäufer gegenüber nicht zu tragen verpflichtet sein dürfe, und zwar um so weniger, als durch solche Ausgleichungspflichten möglicherweise der ganze Erbteil absorbiert werde. Der Verkäufer ist daher dem Käufer gegenüber verpflichtet, die bestehenden dem Verkäufer obliegenden Ausgleichungspflichten sowie die Teilungsanordnungen des Erblassers zu beseitigen. Ist er dazu nicht imstande, so finden die in Erl. 2 dargelegten Grundsätze Anwendung.

8. **Der Verkäufer hat endlich Gewähr dafür zu leisten, daß zur Zeit des Abschlusses des Erbschaftskaufs nicht unbeschränkte Haftung des Verkäufers gegenüber den Nachlaßgläubigern oder gegenüber einzelnen derselben eingetreten ist.** Der Grund dieser Bestimmung liegt in den Vorschriften der §§ 2382, 2383, nach welchen auf die Haftung des Käufers gegenüber den Nachlaßgläubigern die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben Anwendung finden, der Käufer aber unbeschränkt haftet, wenn der Verkäufer zur Zeit des Abschlusses des Erbschaftskaufs bereits unbeschränkt haftete. Der Käufer soll sich darauf verlassen können, daß seine Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern nur eine beschränkte ist. Er kann daher, wenn der Verkäufer allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftete, verlangen, daß er von dieser unbeschränkten Haftung befreit und in dieselbe Lage gebracht wird, wie wenn er das Recht hätte, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen. Ist der Verkäufer dazu nicht imstande, so finden die in Erl. 2 dargelegten Grundsätze Anwendung. Über die Gründe, aus welchen allen oder einzelnen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkte Haftung eintritt, s. oben S. 169 Vorbm. 5, 6 vor § 1993.

9. **Der Verkäufer hat die in Erl. 2—8 bezeichneten Mängel in seinem Rechte nach § 439 Abs. 1 insoweit nicht zu vertreten, als der Käufer den betreffenden Mangel kennt.** Kennen müssen steht dem Kennen nicht gleich. Deshalb wird man auch nicht mit Wilke S. 317 Erl. zu § 2376 annehmen dürfen, daß die Kenntnis von Vermächtnissen deshalb ohne weiteres anzunehmen sei, weil der Käufer in der Lage sei, sich durch Einsicht des Testaments Gewißheit darüber zu verschaffen, ob Vermächtnisse angeordnet sind. Nur ein Kennen müssen könnte hieraus gefolgert werden, nicht aber ein Kennen. Zweifelhaft kann sein, ob der dem überlebenden Ehegatten zukommende Voraus (§ 1932 Satz 1), auf welchen die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften Anwendung finden (§ 1932 Satz 2), als dem Käufer bekannt anzusehen ist. Man kann dafür geltend machen, daß es sich hier um ein Vermächtnis handelt, das auf einer gesetzlichen Bestimmung beruht. Aber abgesehen von der Frage, ob man jede gesetzliche Bestimmung als bekannt ansehen darf, so hängt doch die Frage, ob der verkaufte Erbteil mit dem fraglichen gesetzlichen Vermächtnisse belastet ist, von den tatsächlichen Verhältnissen, welche nach § 1932 die Voraussetzung des Rechtes des Ehegatten bilden, ab; die Kenntnis dieser tatsächlichen Verhältnisse aber von seiten des Käufers kann, wenn sie auch häufig wahrscheinlich sein wird, doch nicht ohne weiteres angenommen werden. Ähnlich liegt das Verhältnis bei dem sog. Dreißigsten (§ 1969). Auch hier kann die Kenntnis des Käufers von den Tatsachen, welche das im § 1969 bestimmte Recht bedingen, nicht ohne weiteres angenommen werden.

10. **Beweislast.** Macht der Käufer einen der in Erl. 2—8 angeführten Mängel im Rechte geltend, so liegt ihm der Beweis des Mangels nach § 442 ob.

11. **Eine Vereinbarung, durch welche die dem Käufer nach § 2376 obliegende Gewährleistungspflicht ausgeschlossen oder beschränkt wird,** ist zwar zulässig, aber nach § 443 nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.

12. **Die Vorschriften der §§ 435—437, 439 Abs. 2** kommen infolge der Beschränkung der Haftung des Erbschaftskäufers nicht in Betracht, der § 438 nur dann, wenn der Verkäufer die Haftung für die Zahlungsfähigkeit eines Erbschaftsschuldners übernommen hat.

13. **Erbschaftsanspruch gegen den Käufer.** War der Verkäufer nicht Erbe, so steht dem Erben gegen den Erbschaftskäufer der Erbschaftsanspruch nach § 2030 in derselben Art zu, wie gegen den Erbschaftsbesitzer; insbesondere kann sich der Erbschaftskäufer dem Erben gegenüber in Betreff der einzelnen ihm auf Grund des Erbschaftskaufs übertragenen Sachen nicht auf den Erwerb in gutem Glauben berufen, vielmehr bestimmt sich seine Haftung nach § 2029 auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen, nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (s. oben Erl. 1 zu § 2030).

14. Der im § 2376 Abs. 2 ausgesprochene Satz, **daß der Verkäufer Fehler einer zu der Erbschaft gehörenden Sache nicht zu vertreten hat** (vgl. §§ 459 ff.), ist eine Konsequenz des Grundsatzes, daß nicht die einzelnen zu der Erbschaft gehörenden Sachen, sondern die Erbschaft im ganzen den Gegenstand des Erbschaftskaufs bilden.

§. 2377. Die in Folge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen. Erforderlichen Falles ist ein solches Rechtsverhältniß wiederherzustellen.

---

§ 2377.

E. I § 499; II § 453 rev. § 2352; III § 2351. P. I S. 2014 f., 11806, 11809 ff.; M. II S. 365. P. II Bd. 2 S. 129.

1. **Konfusion und Konsolidation.** Die Vorschriften des § 2377 sind Konsequenzen des Prinzips, daß die Parteien verpflichtet sind, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn nicht der Verkäufer sondern der Käufer Erbe geworden wäre. Dieses Prinzip ist freilich durch die Vorschriften des § 2374 wesentlich modifiziert; es wird aber insoweit aufrecht erhalten, als eine Bereicherung der Erbschaft auf Kosten des Vermögens des Erben oder umgekehrt nicht stattfinden soll. Sind Rechte, welche dem Erblasser gegen den Erben zustanden, infolge des Erbfalls durch Konfusion oder Konsolidation untergegangen, so ist das Vermögen des Erben hierdurch bereichert. Sind umgekehrt Rechte des Erben gegen den Erblasser in dieser Art erloschen, so ist dadurch die Erbschaft auf Kosten des Erben bereichert. Das Verhältnis liegt wirtschaftlich in dem ersten Falle ebenso, wie wenn der Erbe erbschaftlich Gegenstände für sich verbraucht hätte (§ 2375), in dem zweiten Falle so, wie wenn der Erbe eine Aufwendung auf die Erbschaft gemacht hätte, durch welche der Wert der Erbschaft um deren Betrag erhöht ist (§ 2381). Die Ausgleichung, die in den gedachten Fällen durch Wertersatz erfolgt, wird hier in einfacherer Weise dadurch erreicht, daß die betreffenden Rechtsverhältnisse in dem Verhältnis unter den Parteien als nicht erloschen gelten.

2. **Durch die Vorschrift des § 2377 werden nur Rechtsverhältnisse getroffen, welche zwischen dem Erblasser und dem Erben, der die Erbschaft verkauft hat, bestanden.** In den P. I S. 11809 ff. wird bemerkt, daß durch die Vorschrift auch solche Fälle getroffen werden, in welchen „der Verkäufer der Erbschaft vor dem Verkauf Erbe eines Dritten, welcher Schuldner oder Gläubiger des Erblassers gewesen, geworden oder die Vereinigung in Ansehung eines solchen Schuldverhältnisses vor dem Verkaufe durch Sondernachfolge herbeigeführt worden sei". Dies dürfte insofern nicht richtig sein, als Fälle der hier gedachten Art nicht direkt durch den Wortlaut des § 2377 getroffen werden. Die betreffenden Rechtsverhältnisse sind in diesen Fällen nicht „infolge des Erbfalls" erloschen, sondern auf den Erben übergegangen; erst durch einen späteren anderen Erbfall oder durch Sondernachfolger ist die Konfusion und Konsolidation und dadurch das Erlöschen eingetreten. Sachlich werden indessen Fälle der fraglichen Art allerdings ebenso zu behandeln sein, wie die in dem § 2377 bezeichneten, denn auch bei ihnen liegt ein dem Verbrauche von Erbschaftsgegenständen durch den Verkäufer bzw. einer Aufwendung auf die Erbschaft entsprechendes Verhältnis vor (§§ 2375, 2381).

3. Das Erlöschen der betreffenden Rechtsverhältnisse **gilt nicht** wie in den Fällen der §§ 1975, 2143, 2175 **als überhaupt nicht, sondern nur wie in dem Falle des § 1991 als im Verhältnis unter den Parteien nicht erfolgt** (s. oben Erl. zu § 1991). Die Parteien sind untereinander obligatorisch verpflichtet, sich so zu behandeln, wie wenn das betreffende Rechtsverhältnis nicht erloschen wäre. Eine Forderung also z. B., welche dem Erblasser gegen den Erben (Verkäufer) zustand, gilt im Verhältnisse desselben zu dem Käufer als noch bestehend. Sie ist daher nach § 2374 dem Käufer von dem Verkäufer abzutreten; da sie aber objektiv nicht mehr besteht, so tritt an die Stelle der Abtretung die sofortige Berichtigung oder ihre Wiederherstellung. Ist umgekehrt eine Forderung des Erben (Verkäufers) gegen den Erblasser erloschen, so hat der Käufer sie, weil sie im Verhältnisse zwischen ihm und dem Verkäufer noch als bestehend gilt, nach § 2378 dem Verkäufer zu bezahlen. Soweit aber Dritte durch das Erlöschen des Rechtsverhältnisses berührt werden, bleibt diese Wirkung bestehen. Bürgen z. B. welche für die Forderung des Erblassers gegen den Verkäufer oder für die Forderung des Verkäufers gegen den Erblasser hafteten, werden, weil die Forderung objektiv erloschen ist, frei. Das für eine Forderung der fraglichen Art an der einem Dritten gehörenden beweglichen Sache bestellte Pfandrecht erlischt aus demselben Grunde. Gehörte die verpfändete Sache dem Erblasser oder dem Erben (Verkäufer), so bleibt das Pfandrecht in dem Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und dem Käufer bestehen. War also das Pfand für eine Forderung des Erblassers an den Erben (Verkäufer) bestellt, so kann der Käufer es als Pfand für die wiederherzustellende Forderung dem Verkäufer

§. 2378. Der Käufer ist dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, die Nachlaßverbindlichkeiten zu erfüllen, soweit nicht der Verkäufer nach §. 2376 dafür haftet, daß sie nicht bestehen.

Hat der Verkäufer vor dem Verkauf eine Nachlaßverbindlichkeit erfüllt, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen.

---

gegenüber geltend machen und, um auch bei späterer Veräußerung der verpfändeten Sache geschützt zu sein, die Wiederherstellung des Pfandrechts fordern. Entsprechendes gilt, wenn es sich um ein Pfand für eine Forderung des Erben (Verkäufers) gegen den Erblasser handelt, zugunsten des Verkäufers gegen den Käufer. Stand die verpfändete Sache zur Zeit des Erbschaftskaufs in dem Eigentum eines Dritten, so kann eine Wiederherstellung des erloschenen Pfandrechts nicht gefordert werden, es sei denn, daß die Sache später wieder in das Eigentum des Verkäufers oder des Käufers gelangt. Hatte der Erblasser eine durch Faustpfand gesicherte Forderung gegen den Erben (Verkäufer), und verbindet nun der Erbe das Faustpfand als wesentlichen Bestandteil mit einer anderen Sache, so gilt nach dem Erbschaftskaufe die Forderung als nicht erloschen. Das Faustpfand ist aber nicht ipso jure wiederhergestellt; doch kann die Abtrennung und dann die Wiederherstellung des Pfandrechts verlangt werden (Strohal II § 97 IV). Etwas anders gestaltet sich das Verhältnis, wenn für eine Forderung der hier fraglichen Art eine Hypothek bestellt ist. Hatte z. B. der Erbe (Verkäufer) für eine Forderung des Erblassers gegen ihn eine Hypothek an einem ihm gehörenden Grundstücke bestellt, so wird die Hypothek, da die Forderung durch den Erbfall erloschen ist, nach §§ 1163, 1177 Eigentümergrundschuld. Gehörte die Grundschuld zur Zeit des Erbschaftskaufs noch dem Verkäufer, so wird, da die Forderung im Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und dem Käufer als nicht erloschen gilt, im Verhältnisse zwischen ihnen anzunehmen sein, daß die Hypothek nicht Eigentümergrundschuld geworden, sondern als Hypothek für die zugunsten des Käufers wiederherzustellende Forderung besteht; erforderlichenfalls kann der Käufer die Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Hatte der Verkäufer die Grundschuld gewordene Hypothek vor dem Erbschaftskauf an einen Dritten übertragen, so erhält zwar der Käufer die Forderung gegen den Verkäufer, weil sie im Verhältnis unter ihnen als nicht erloschen gilt, aber ohne die Hypothek. Entsprechendes gilt, wenn für eine Forderung des Erben (Verkäufers) gegen den Erblasser von diesem eine Hypothek an einem ihm gehörenden Grundstücke bestellt war.

4. **Bei dem Verkauf eines Erbteils** findet der § 2377 keine Anwendung, weil infolge des Erbfalls Rechtsverhältnisse zwischen dem Erblasser und einem einzelnen Miterben durch Konfusion oder Konsolidation nicht erlöschen (s. oben Erl. 2 zu § 2032). War der Verkäufer Schuldner einer zum Nachlasse gehörenden Forderung, so konnte er unter Umständen die Hinausschiebung der Leistung bis zur Teilung verlangen, mußte sich aber die Anrechnung bei der Teilung gefallen lassen (s. Erl. 6 zu § 2039). Dies ändert sich, wenn er seinen Erbteil verkauft und auf den Käufer überträgt. Seine Verbindlichkeit geht nicht auf den Käufer über, weil es sich nicht um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt; er bleibt also Schuldner gegenüber dem Nachlaß und ist, da er den Erbteil nicht mehr hat, die Schuld wie jeder dritte Schuldner, sobald sie fällig geworden ist, zu berichtigen verpflichtet. Hatte der Verkäufer eine Forderung gegen den Nachlaß, so mußte er sich unter Umständen die Hinausschiebung der Befriedigung bis zu der Teilung gefallen lassen (s. Erl. 4 zu § 2046). Auch dies ändert sich durch den Verkauf und die Übertragung des Erbteils auf den Käufer. Die Forderung geht, da sie nicht zum Nachlasse gehört, auf den Käufer nicht über. Der Verkäufer bleibt Gläubiger und steht nun dem Nachlasse wie ein Dritter gegenüber; er kann daher die Befriedigung aus dem Nachlasse, sobald die Forderung fällig ist, verlangen (vgl. über das Verhältnis bei dem Verkauf eines Erbteils auch Binder S. 107).

§ 2378.

E. I § 495; II § 454 rev. § 2353; III § 2352. P. I S. 2000 ff., 2009 ff., 9669 f., 11300 ff.; M. II S. 360 f. P. II Bd. 2 S. 122 ff.

1. **Der § 2378 bestimmt die durch den Erbschaftskauf begründeten besonderen Verpflichtungen des Käufers.** Nicht erwähnt sind die aus dem Wesen eines jeden Kaufes sich ergebenden Verpflichtungen des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der verkauften Sache (§ 433 Abs. 2). Diese verstehen sich, weil der Erbschaftskauf ein Kauf ist, von

selbst. Abzunehmen hat der Käufer diejenigen Sachen, welche ihm der Verkäufer nach § 2374 zu übertragen hat.

2. Die besondere durch den Erbschaftskauf begründete Verpflichtung des Käufers besteht darin, daß er die Nachlaßverbindlichkeiten zu tragen hat. Es ist dies eine Konsequenz des Prinzips, daß die Parteien verpflichtet sind einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe geworden wäre. Eine Modifikation des Prinzips, wie sie in betreff der Aktiva des Nachlasses durch § 2374 bestimmt ist, findet nicht statt. Nachlaßverbindlichkeiten sind die von dem Erblasser herrührenden Schulden und diejenigen Verbindlichkeiten, welche den Erben als solchen treffen (§ 1967 Abs. 2). Über die einzelnen unter diesen Begriff fallenden Verbindlichkeiten s. oben Erl. 2 zu § 1967. Ausgenommen sind diejenigen Verbindlichkeiten, für deren Nichtbestehen der Käufer nach § 2376 Gewähr zu leisten hat (s. Erl. 6, 7 zu § 2376). Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten und Ausgleichungspflichten hat der Käufer daher nur zu tragen, soweit sie ihm bei dem Abschlusse des Erbschaftskaufs bekannt waren; vgl. ferner in betreff der Lasten der Erbschaft und der Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten § 2379. Über die Verpflichtung des Käufers gegenüber den Nachlaßgläubigern s. §§ 2382, 2383.

3. Die Verpflichtung des Käufers, die Nachlaßverbindlichkeiten zu tragen, umfaßt

a) die Verpflichtung, die Nachlaßverbindlichkeiten rechtzeitig zu erfüllen. Es handelt sich nicht um eine Schuldübernahme, auch nicht um eine Verpflichtung, den Verkäufer von der fraglichen Verbindlichkeit zu befreien, sondern nur um eine den Vorschriften des § 415 Abs. 3 entsprechende Erfüllungsübernahme (s. Bd. II Erl. zu § 329, Erl. 5 zu § 415). Im Falle verschuldeter nicht rechtzeitiger Erfüllung tritt die Verpflichtung zum Schadenersatz ein. Der Käufer ist nicht weiter zur Erfüllung verpflichtet, als der Verkäufer hierzu unter Berücksichtigung seines Rechtes, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, verpflichtet ist. Er ist dem Verkäufer gegenüber nur in diesem Umfang auch dann verpflichtet, wenn der Verkäufer bereits beim Abschlusse des Erbschaftskaufs allen Gläubigern oder einzelnen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftete. Ist er infolge hiervon einem Gläubiger gegenüber nach §§ 2382, 2383 verpflichtet, ihn voll zu befriedigen, so ist der Verkäufer ihm, sofern er infolge davon mehr zu zahlen hat, als er bei Geltendmachung der Beschränkung der Haftung zu zahlen verpflichtet gewesen wäre, zur Gewährleistung verpflichtet (s. Erl. 8 zu § 2376). Nur wenn der Käufer die unbeschränkte Haftung des Verkäufers bei dem Abschlusse des Erbschaftskaufs kannte, ist er auch ihm gegenüber verpflichtet, die betreffenden Gläubiger voll zu befriedigen. Nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs ist der Käufer, soweit der Verkäufer zu dieser Zeit nicht bereits unbeschränkt haftete, das Recht, die Beschränkung der Haftung den Gläubigern gegenüber geltend zu machen, selbständig berechtigt (s. Erl. zu § 2383);

b) die Verpflichtung, dem Verkäufer Ersatz zu leisten, wenn dieser vor dem Abschlusse des Erbschaftskaufs eine Nachlaßverbindlichkeit der in Erl. 2 gedachten Art erfüllt hat. Der Befriedigung des Gläubigers durch Erfüllung steht gleich die Befriedigung durch Hingabe an Zahlungsstatt, durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung mit einer dem Verkäufer zustehenden nicht zu der Erbschaft gehörenden Forderung. Auch wenn die Aufrechnung gegen eine solche Forderung von dem Nachlaßgläubiger erfolgt ist, hat der Käufer dem Verkäufer Ersatz zu leisten; denn sachlich liegt in einem solchen Falle eine Verwendung dieser Forderung auf die Erbschaft vor, durch welche der Wert der Erbschaft zur Zeit des Erbschaftskaufs erhöht ist (§ 2381). Hat der Verkäufer den Gläubiger vergleichsweise mit einem geringeren Betrag als dem der Forderung befriedigt, so ist der Käufer nur diesen geringeren Betrag zu ersetzen verpflichtet. Auch bei Befriedigung des Gläubigers durch Hingabe an Erfüllungsstatt wird der Käufer, wenn das an Erfüllungsstatt Gegebene einen geringeren Wert hatte, als die Forderung betrug, nur diesen geringeren Wert zu ersetzen haben; einen etwaigen höheren Wert des an Erfüllungsstatt Gegebenen hat er nicht zu ersetzen.

4. Die Parteien können in Beziehung auf alle oder auf einzelne Nachlaßverbindlichkeiten eine Schuldübernahme vereinbaren. Soweit dies geschehen ist, finden die §§ 415—418 Anwendung. Die in P. II Bd. 2 S. 127 enthaltene Bemerkung, daß der zu § 315a gefaßte Beschluß (jetzt § 416) auch bei dem Erbschaftskaufe passe, daß also auch für den Fall des Erbschaftskaufs bei Übernahme von Hypothekenschulden dem bisherigen Schuldner die Möglichkeit geboten sei, sich durch eine Anzeige von der erfolgten Übernahme an den Gläubiger zu befreien, ist nur richtig, wenn ein derartiger besonderer auf Schuldübernahme gerichteter Vertrag abgeschlossen ist (a. A. wie es scheint Endemann III § 83 Anm. 41; Frommhold S. 330 Erl. 1a zu § 2383).

§. 2379. Dem Verkäufer verbleiben die auf die Zeit vor dem Verkaufe fallenden Nutzungen. Er trägt für diese Zeit die Lasten, mit Einschluß der Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten. Den Käufer treffen jedoch die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwerth der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind.

5. **Bei dem Verkauf eines Erbteils** ist der Käufer dem Verkäufer gegenüber verpflichtet, die diesem den Nachlaßgläubigern gegenüber nach §§ 2058 ff. obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, soweit es sich nicht um solche Verbindlichkeiten handelt, für deren Nichtbestehen der Verkäufer nach § 2376 einzustehen hat. Über die Verpflichtung des Käufers den Gläubigern gegenüber s. Erl. zu § 2382 (a. A. Binder S. 102). Machen die Miterben dem Verkäufer gegenüber von dem ihnen nach § 2034 zustehenden Vorkaufsrechte Gebrauch, so wird der Käufer hierdurch von seiner Verpflichtung gegenüber dem Verkäufer nicht befreit, denn das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts, sofern nicht ein anderes vereinbart ist, nicht berührt (Bd. II Erl. 2 zu § 505). Hat aber der Verkäufer den Erbteil auf die Miterben übertragen, so dürfte die nach § 2036 in einem solchen Falle den Gläubigern gegenüber eintretende Befreiung des Käufers von den Nachlaßverbindlichkeiten auch seine Befreiung gegenüber dem Verkäufer zur Folge haben; jedenfalls würde er diesem gegenüber die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu verweigern berechtigt sein. Das gleiche gilt, wenn die Miterben, nachdem der Erbteil auf den Käufer übertragen ist, diesem gegenüber nach § 2035 von dem Vorkaufsrechte Gebrauch machen und infolge davon der Erbteil auf sie übergeht. Über die dem Verkäufer obliegende Ausgleichungspflicht s. Erl. 7 zu § 2316.

§ 2379.

E. I § 495; II § 455 rev. § 2354; III § 2353. P. I S. 2000 ff., 2009 ff., 9669 f., 11300 ff.; M. II S. 357, 360 f. P. II Bd. 2 S. 120 ff.

1. **Nutzungen, die auf die Zeit vor dem Erbschaftskaufe fallen.** Der § 2379 bestimmt eine noch über die Vorschriften der §§ 2374, 2375 hinausgehende Modifikation des Prinzips, daß der Verkäufer dem Käufer gewähren müsse, was dieser haben würde, wenn nicht der Verkäufer, sondern er Erbe geworden wäre. Nach § 2374 würde der Verkäufer dem Käufer die noch vorhandenen Früchte bzw. deren Surrogate herausgeben und nach § 2375 für die verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Früchte Ersatz leisten müssen. Mit Rücksicht aber darauf, daß die Parteien bei dem Erbschaftskaufe regelmäßig nur den Kapitalbestand der Erbschaft vor Augen haben und daß die Mitberücksichtigung der vor dem Erbschaftskaufe gezogenen Nutzungen manche Zweifel und Schwierigkeiten veranlassen würde, bestimmt der § 2379, daß dem Verkäufer die auf die Zeit vor dem Kaufe fallenden Nutzungen verbleiben. Über den Begriff der Nutzungen s. §§ 99, 100. Welche Nutzungen als auf die Zeit vor dem Kaufe fallend anzusehen sind, ergibt sich aus § 101.

2. **Lasten, die auf die Zeit vor dem Erbschaftskaufe fallen.** Auf demselben Gedanken wie die in Erl. 1 erwähnte Vorschrift in betreff der Nutzungen beruht die weitere Bestimmung, daß der Verkäufer für die Zeit bis zu dem Erbschaftskauf auch die Lasten der Erbschaft zu tragen hat. Zu diesen gehören, wie im Satze 2 ausdrücklich hervorgehoben wird, auch die Zinsen der Nachlaßverbindlichkeiten. In betreff dieser enthält die Vorschrift also eine Modifikation des § 2378. Welche Lasten als auf die Zeit vor dem Erbschaftskaufe fallend anzusehen sind, ergibt sich aus § 103.

3. **Die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind,** enthalten nach ihrer Natur wie nach der Auffassung des Verkehrs eine Minderung des Kapitalbestandes der Erbschaft. Für sie bestimmt deshalb der Satz 3 eine Ausnahme von der Regel des Satz 2; sie sollen dem Käufer zur Last fallen. Als Abgaben, welche von der Erbschaft zu entrichten sind, kommen insbesondere in Betracht die Erbschaftssteuern. Über den Begriff der außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert eines Erbschaftsgegenstandes gelegt anzusehen sind, s. Bd. III Erl. 2a zu § 1047; Bd. V Erl. zu § 2126; eine entsprechende Vorschrift enthält auch § 1385 Nr. 1. Hat der Verkäufer Abgaben oder außerordentliche Lasten der fraglichen Art berichtigt, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen.

§. 2380. Der Käufer trägt von dem Abschlusse des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände. Von diesem Zeitpunkt an gebühren ihm die Nutzungen und trägt er die Lasten.

§. 2381. Der Käufer hat dem Verkäufer die nothwendigen Verwendungen zu ersetzen, die der Verkäufer vor dem Verkauf auf die Erbschaft gemacht hat.

Für andere vor dem Verkaufe gemachte Aufwendungen hat der Käufer insoweit Ersatz zu leisten, als durch sie der Werth der Erbschaft zur Zeit des Verkaufs erhöht ist.

---

4. **Bei dem Verkauf eines Erbteils** werden die Vorschriften des § 2379 eine Beschränkung erfahren müssen. Nach § 2038 Abs. 2 Satz 2 erfolgt die Teilung der Früchte regelmäßig erst bei der Auseinandersetzung über die Erbschaft im ganzen. Der Käufer erhält also in dem ihm bei der Auseinandersetzung zufallenden Teile der Erbschaft auch den auf den Erbteil fallenden Teil der vor dem Erbschaftskaufe gezogenen Nutzungen. Der Absicht der Parteien dürfte es aber nicht entsprechen, daß der Käufer diesen Teil der Früchte dem Verkäufer herauszugeben verpflichtet wäre. Durch den Verkauf des Erbteils wird als mitverkauft anzusehen sein alles, was bei der Auseinandersetzung über die Erbschaft auf den verkauften Erbteil fällt. Nur soweit nach § 2038 Abs. 2 Satz 3 vor dem Abschlusse des Erbschaftskaufs die Teilung des Reinertrags eines Jahres bereits erfolgt war oder das Jahr doch bereits abgelaufen war und der Verkäufer deshalb einen Anspruch auf die Teilung des Reinertrags erlangt hatte, verbleibt dem Verkäufer der auf ihn gefallene Teil des Reinertrags bzw. des Anspruchs darauf. Die gleichen Grundsätze gelten in betreff der Lasten der Erbschaft (vgl. auch Binder S. 107).

§ 2380.

E. I §§ 494, 495 Satz 1; II § 456 rev. § 2355; III § 2354. P. I S. 2000 ff., 2009 ff., 9669 f., 11309 ff.; M. II S. 359 ff. P. II Bd. 2 S. 122 f.

Tragung der Gefahr von der Zeit des Erbschaftskaufs an. Recht auf Nutzungen und Verpflichtung zur Tragung der Lasten von diesem Zeitpunkt an. Der § 2380 bestimmt eine Abweichung von der Regel des § 446, nach welcher erst mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer übergeht, und er erst von diesem Zeitpunkt an die Nutzungen zu beziehen und die Lasten zu tragen hat. Die besondere Natur des Erbschaftskaufs und die infolge davon anzunehmende Absicht der Parteien rechtfertigt diese Abweichung. Der Käufer ist daher, wenn Gegenstände, die er nach § 2374 herauszugeben hat, durch Zufall untergehen oder verschlechtert werden, nicht berechtigt, die nach § 323 dem Käufer für den Fall zustehenden Rechte geltend zu machen, daß die dem Verkäufer obliegende Leistung infolge eines Zufalls unmöglich wird. Wegen einer von dem Käufer zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung haftet dieser dem Käufer nach allgemeinen Grundsätzen. Hat der Verkäufer nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs noch Nutzungen gezogen, so ist er diese dem Käufer herauszugeben und, wenn er dazu infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes außerstande ist, dafür Ersatz zu leisten verpflichtet. Andererseits kann der Verkäufer, wenn er nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs Lasten bestritten hat, Ersatz dafür nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag fordern.

Dieselben Grundsätze gelten beim Verkauf eines Erbteils. Nach Binder S. 108 soll bei einem solchen die Vorschrift des § 2380 zwingend sein.

§ 2381.

E. I § 496; II § 457 rev. § 2356; III § 2355. P. I S. 2000 f., 2007 ff., 2013 f.; M. II S. 361 f. P. II Bd. 2 S. 124 ff.; Bd. 6 S. 182.

1. Ersatz von Verwendungen. Den Vorschriften des § 2381 liegt ebenso wie den Vorschriften der §§ 2375, 2377, 2378 der Gedanke zugrunde, daß, obwohl nach § 2374 die Erbschaft, wie sie zur Zeit des Erbschaftskaufs liegt, Gegenstand des Erbschaftskaufs ist, doch insoweit eine Ausgleichung stattfinden soll, als vor dem Abschlusse des Erbschaftskaufs eine Bereicherung des

Verkäufers auf Kosten der Erbschaft oder dieser auf Kosten jener stattgefunden hat. Abweichend vom preuß. ALR. I 11 § 481, nach welchem der Verkäufer Ersatz von Verwendungen nur verlangen kann, wenn dies vorbehalten ist, wird deshalb im § 2381 bestimmt, daß der Verkäufer immer den Ersatz der dort näher bezeichneten Verwendungen auf die Erbschaft verlangen könne. Selbstverständlich handelt es sich hierbei nur um eine dispositive Vorschrift. Ersetzt werden sollen

a) notwendige Verwendungen, welche der Verkäufer vor dem Erbschaftskauf auf die Erbschaft gemacht hat. Notwendig sind Verwendungen, ohne welche die Gegenstände, auf welche sie gemacht sind, untergegangen oder verschlechtert sein würden (s. Bd. III Erl. 1 zu § 994). Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatze solcher Verwendungen bildet eine Ergänzung der Vorschrift des § 2375 Abs. 2, nach welcher der Käufer wegen des Unterganges oder der Verschlechterung von Erbschaftsgegenständen keinen Ersatz verlangen kann; er hat also, wenn durch die Verwendungen die betreffenden Gegenstände erhalten sind, den Vorteil von der Verwendung. Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatze hängt indessen nicht davon ab, daß die betreffenden Erbschaftsgegenstände noch zur Zeit des Erbschaftskaufs vorhanden sind bzw. sich in dem durch die Verwendung hergestellten Zustande befinden. Voraussetzung der Ersatzpflicht ist nur, daß die Verwendung zu der Zeit, in welcher sie gemacht wurde, notwendig war. Die auf die notwendige Reparatur eines Hauses verwendeten Kosten z. B. müssen auch dann ersetzt werden, wenn das Haus später abgebrannt ist. Keine Ausnahme macht der § 2381 in betreff solcher notwendigen Verwendungen, welche als gewöhnliche Erhaltungskosten zu betrachten sind. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 994 Abs. 1, nach welcher dem Besitzer die gewöhnlichen Erhaltungskosten insoweit nicht zu ersetzen sind, als ihm die Nutzungen verbleiben, dürfte sich um so weniger rechtfertigen, als dem Verkäufer nach § 2379 die Nutzungen immer verbleiben und das Gesetz daher, wenn es eine entsprechende Bestimmung gewollt hätte, die gewöhnlichen Erhaltungskosten unbedingt ausgenommen haben würde. Die Gründe, welche zu der fraglichen Bestimmung bei dem Eigentumsanspruche geführt haben, treffen für den Erbschaftskauf nicht zu (a. A. Wilke S. 320 Erl. 2 zu § 2381);

b) andere Aufwendungen, welche vor dem Verkaufe gemacht sind, soweit der Wert der Erbschaft zur Zeit des Verkaufs noch erhöht ist. Der E. I § 496 sprach schlechthin von nützlichen Verwendungen. Durch die jetzige Fassung ist klargestellt, daß es darauf ankommt, ob der Nutzen, d. h. eine Erhöhung des Wertes infolge der Aufwendung noch zur Zeit des Verkaufs besteht. Eine Aufwendung der hier fraglichen Art liegt auch vor, wenn eine nicht zur Erbschaft gehörende Forderung des Verkäufers gegen die Forderung eines Nachlaßgläubigers oder diese gegen jene aufgerechnet ist (s. Erl. 2a zu § 2375, Erl. 3b zu § 2378). Nicht zu ersetzen sind Aufwendungen auf die Nutzungen, weil diese dem Verkäufer verbleiben.

2. **Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatze von Verwendungen, welche der Verkäufer nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs auf die Erbschaft gemacht hat,** bestimmt sich, da die Gefahr nach § 2380 mit dem Abschlusse des Kaufes auf den Käufer übergeht, nach § 450.

3. **Bildet ein Erbteil den Gegenstand des Erbschaftskaufs,** so kommen regelmäßig nur solche Verwendungen in Betracht, die der Verkäufer auf den gemeinschaftlichen Nachlaß gemacht hat. Wegen dieser Verwendungen hat der Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz aus dem ungeteilten Nachlaß (s. oben Erl. 3 zu § 2038). Wird dieser Anspruch dem Käufer des Erbteils mitverkauft, so kommt ein Anspruch des Verkäufers auf Ersatz seiner Verwendungen gegen den Käufer nicht mehr in Betracht. Nicht ohne weiteres kann aber angenommen werden, daß auch dieser Anspruch mitverkauft sein soll. Ist dies nicht geschehen, so wird der Verkäufer den Anspruch nun sofort gegen die sämtlichen Erben einschließlich des Käufers geltend machen und die Zahlung des ganzen Betrags aus dem gemeinschaftlichen Nachlasse verlangen können. Ein besonderer Anspruch gegen den Käufer fällt dann weg; dieser hat den ihm obliegenden Ersatz durch die Leistung aus dem Nachlaß erfüllt und erhält bei der Auseinandersetzung einen entsprechend geringeren Teil. Hatte z. B. der Verkäufer 1000 auf den Nachlaß verwendet und beträgt der Nachlaß 10000, so erhält der Käufer, wenn der gekaufte Erbteil in der Hälfte bestand, nun die Hälfte von 9000, also 4500, weil vorab der Anspruch des Verkäufers auf die 1000 aus dem Nachlasse zu berichtigen war. Nur wenn vor dem Erbschaftskauf einzelne Gegenstände dem Verkäufer bereits zugeteilt waren und der Verkäufer bereits auf diese Verwendungen gemacht hatte, muß der Käufer unter den Voraussetzungen des § 2381 dem Verkäufer unmittelbar dafür Ersatz leisten.

§. 2382. Der Käufer haftet von dem Abschlusse des Kaufes an den Nachlaßgläubigern, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des Verkäufers. Dies gilt auch von den Verbindlichkeiten, zu deren Erfüllung der Käufer dem Verkäufer gegenüber nach den §§. 2378, 2379 nicht verpflichtet ist.

Die Haftung des Käufers den Gläubigern gegenüber kann nicht durch Vereinbarung zwischen dem Käufer und dem Verkäufer ausgeschlossen oder beschränkt werden.

---

§ 2382.

E. I § 497; II § 458 rev. § 2357; III § 2356. P. I S. 2009 ff., 9069 f., 11303 f.; M. II S. 362 ff. P. II Bd. 2 S. 126 f.

1. Im Interesse der Nachlaßgläubiger bestimmt der § 2382 **die Haftung des Erbschaftskäufers gegenüber allen Nachlaßgläubigern.** Die Haftung tritt auch gegenüber denjenigen Gläubigern ein, deren Forderungen zu befriedigen der Käufer nach § 2378 dem Verkäufer gegenüber nicht verpflichtet ist. Die Haftung tritt ein mit dem Abschlusse des obligatorischen Erbschaftskaufs, nicht etwa erst mit der Übertragung der Erbschaftsgegenstände (RG. Bd. 60 S. 126). Die Vorschrift entspricht der Bestimmung, welche der § 419 Abs. 1 für den Fall eines auf die Übertragung des ganzen Vermögens gerichteten Vertrags gibt und beruht auf ähnlichen Gründen wie diese Vorschrift. An die Stelle der im § 419 Abs. 2 bestimmten Beschränkung der Haftung des Erwerbers des Vermögens treten hier die Vorschriften des § 2383. Die Haftung des Verkäufers bleibt neben der Haftung des Käufers bestehen. Beide haften also als Gesamtschuldner nach Maßgabe der §§ 421 ff. (a. A. Wilke S. 320 Erl. 3 zu § 2382, der im Anschluß an Wendt S. 436 kein Gesamtschuldverhältnis, sondern eine auf dasselbe Ziel gerichtete Solidarverbindlichkeit annimmt; s. dagegen Bd. II Erl. 1 zu § 421).

2. **Bei dem Verkauf eines Erbteils** haftet der Käufer den Nachlaßgläubigern ebenfalls schon von dem obligatorischen Vertrag an in derselben Art, wie der Verkäufer, also nach Maßgabe der §§ 2058—2063 (a. A. Binder S. 102, der den Käufer eines Erbteils erst von der Übertragung des Erbteils an haften lassen will). War der Erbteil dem Käufer übertragen und machen die Miterben ihm gegenüber von dem ihnen nach § 2035 zustehenden Vorkaufsrechte Gebrauch, so erlischt mit der Übertragung des Erbteils auf die Miterben (s. oben Erl. b zu § 2035) die Haftung des Käufers für die Nachlaßverbindlichkeiten in dem durch § 2036 bestimmten Umfange; sie bleibt also nur in der durch § 2036 Satz 2 bestimmten Beschränkung bestehen (s. oben Erl. 1 zu § 2036). Machen die Miterben vor der Übertragung des Erbteils an den Käufer von ihrem Vorkaufsrechte dem Verkäufer gegenüber Gebrauch, so erlischt hierdurch die Haftung des Käufers gegenüber den Gläubigern noch nicht. Die entgegengesetzte Ansicht von Wilke S. 320 Erl. 4 zu § 2382 dürfte nicht richtig sein, weil der Vorkaufsberechtigte durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht in den von dem Käufer abgeschlossenen Kaufvertrag eintritt, das durch diesen begründete Verhältnis vielmehr unberührt bleibt und nur daneben ein neuer Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten zustande kommt (s. Bd. II Erl. 2 zu § 505). Erst mit der Übertragung des Erbteils von seiten des Verkäufers an die Miterben wird der Käufer nach Maßgabe des § 2036 von der Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern frei (s. Erl. 2 zu § 2036). Über die Wirkungen der Ausübung des Vorkaufsrechts auf die dem Käufer dem Verkäufer gegenüber obliegende Verpflichtung zur Tragung der Nachlaßverbindlichkeiten s. Erl. 5 zu § 2378.

3. **Die Vorschrift des Abs. 2,** nach welcher die Haftung des Käufers den Nachlaßgläubigern gegenüber durch Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, entspricht der Vorschrift des § 419 Abs. 2 und rechtfertigt sich durch das Interesse der Nachlaßgläubiger.

4. **Ist der Verkäufer nicht der wirkliche Erbe,** so haftet er nicht für die Nachlaßverbindlichkeiten. Durch den Erbschaftskauf kann deshalb auch eine Haftung des Käufers gegenüber den Nachlaßgläubigern nicht begründet werden. Die Vorschriften der §§ 2382, 2383 finden daher in diesem Falle keine Anwendung. Nur wenn der Verkäufer die Erbschaft von dem wirklichen Erben durch Erbschaftskauf oder durch einen anderen auf die Veräußerung gerichteten Vertrag erworben hat (§ 2385) und hierdurch den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet ist, wird auch derjenige, welcher von ihm die Erbschaft kauft, den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet

§. 2383. Für die Haftung des Käufers gelten die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben. Er haftet unbeschränkt, soweit der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs unbeschränkt haftet. Beschränkt sich die Haftung des Käufers auf die Erbschaft, so gelten seine Ansprüche aus dem Kaufe als zur Erbschaft gehörend.

Die Errichtung des Inventars durch den Verkäufer oder den Käufer kommt auch dem anderen Theile zu Statten, es sei denn, daß dieser unbeschränkt haftet.

(s. Erl. 1 zu § 2385). Dies dürfte auch dann gelten, wenn der Verkäufer erst nach dem Verkaufe der Erbschaft die Erbschaft von dem wirklichen Erben erworben hat; jedoch tritt erst mit dem Zeitpunkte dieses Erwerbes die Haftung des Käufers ein.

§ 2383.

E. I § 498; II § 459 rev. § 2358; III § 2357. P. I S. 11305 ff., 11805 f.; M. II S. 362 ff. P. II Bd. 2 S. 127 ff.; Bd. 6 S. 827 f.

1. Für den Käufer wird durch den Erbschaftskauf die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten in demselben Umfange begründet, in welchem zur Zeit des Erbschaftskaufs der Verkäufer dafür haftete. Soweit dem Verkäufer infolge seines Rechtes, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, Einwendungen gegen die Ansprüche der Nachlaßgläubiger zustehen, stehen diese Einwendungen auch dem Käufer zu. Von dem Abschlusse des Erbschaftskaufs an aber stehen die Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers gegenüber den Nachlaßgläubigern nach Maßgabe der Vorschriften über Gesamtschuldverhältnisse (§§ 421—425) selbständig nebeneinander. Der § 2383 räumt dem Käufer das Recht, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen, neben dem Verkäufer als ein selbständiges Recht ein. Er hat dieses Recht nicht etwa als ein von dem Verkäufer abgeleitetes, sondern als ein von diesem unabhängiges eigenes Recht, während daneben dem Verkäufer sein Recht in dem bisherigen Umfange verbleibt (M. II S. 363). Das Recht des Käufers, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer das ihm zustehende gleiche Recht verliert; das gleiche gilt umgekehrt. Dagegen sollen nach ausdrücklicher Vorschrift (§ 2383 Abs. 2, CPO. § 1000 Satz 2) die Errichtung des Inventars von seiten des einen sowie der von dem einen gestellte Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens und das von ihm erwirkte Ausschlußurteil auch dem anderen zustatten kommen (s. Eccius in Gruch. Bd. 43 S. 631).

2. Die Rechtsstellung des Käufers und des Verkäufers nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs ist hiernach die folgende:

a) Soweit der Verkäufer zur Zeit des Erbschaftskaufs allen oder einzelnen Gläubigern gegenüber unbeschränkt haftet, haftet ihnen auch der Käufer unbeschränkt (Abs. 1 Satz 2). Über die Gründe, aus welchen unbeschränkte Haftung des Verkäufers eintritt, s. oben Vorbm. 6 vor § 1993. Nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs bestimmt sich der Verlust des Rechtes, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen, für den Verkäufer und für den Käufer selbständig. Die Errichtung des Inventars von seiten des einen kommt indessen auch dem anderen zustatten, soweit dieser nicht bereits vorher unbeschränkt haftete (Abs. 2). Auf Antrag eines Gläubigers hat das Nachlaßgericht sowohl dem Verkäufer als dem Käufer die Inventarfrist zu bestimmen (§§ 1994 ff.). Der Antrag kann sowohl gegen den einen als gegen den anderen gestellt werden. Die Frist läuft für jeden von ihnen selbständig. Mit dem unbenutzten Ablaufe der Frist tritt für den betreffenden Teil die unbeschränkte Haftung ein, sofern nicht der andere vor dem Ablaufe der Frist das Inventar errichtet hatte. Der Verlust des Rechtes, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen von seiten des einen infolge des Ablaufs der ihm gesetzten Frist hat den Verlust dieses Rechtes für den anderen nicht zur Folge. Auch der auf Grund des § 2005 wegen absichtlicher Unrichtigkeit des Inventars oder wegen Verweigerung der Auskunft für den einen eintretende Verlust des Rechtes, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen, schadet an sich dem anderen nicht. War aber auch dem letzteren die Inventarfrist gesetzt, und gilt diese für ihn nur deshalb als gewahrt, weil der erstere vor Ablauf der Frist das Inventar errichtet hatte, so wird auch für ihn, wenn der erstere auf Grund des § 2005 das Recht, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen, verliert, der Verlust dieses Rechtes eintreten müssen; denn die Bedeutung des § 2005 liegt sachlich darin, daß unter den dort bezeichneten Voraussetzungen das

Inventar nicht als ordnungsmäßig errichtet angesehen wird, und diese Folge muß daher für beide Teile eintreten.

Die Leistung des Offenbarungseids (§ 2006) kann ein Gläubiger sowohl von dem Verkäufer als von dem Käufer fordern. Durch die Verweigerung des Eides von seiten des einen verliert nur dieser dem betreffenden Gläubiger gegenüber das Recht, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen, nicht aber der andere. Die rechtskräftige Verurteilung des einen ohne Vorbehalt des Rechtes, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen (CPO. § 780), hat nur für diesen, nicht für den anderen die unbeschränkte Haftung dem betreffenden Gläubiger gegenüber zur Folge.

b) War zur Zeit des Abschlusses des Erbschaftskaufs auf Grund eines auf Antrag des Verkäufers eingeleiteten Aufgebotsverfahrens bereits ein Ausschlußurteil ergangen, so wirkt dieses auch zugunsten des Käufers. Das gleiche gilt, wenn das Aufgebotsverfahren zur Zeit des Erbschaftskaufs noch anhängig war, nachher aber das Ausschlußurteil erfolgte. Das anhängige Aufgebotsverfahren kann auch von dem Käufer weiter betrieben und von ihm der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurteils gestellt werden. War zur Zeit des Erbschaftskaufs das Aufgebotsverfahren noch nicht eingeleitet, so kann sowohl der Verkäufer als der Käufer das Aufgebot beantragen, und der von dem einen gestellte Antrag sowie das von ihm erwirkte Ausschlußurteil wirkt auch zugunsten des anderen (CPO. § 1000). Den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber stehen sowohl dem Verkäufer als dem Käufer die im § 1973 bestimmten Rechte zu (s. oben Erl. zu § 1973). Hervorzuheben ist, daß der Käufer von den Erbschaftsgegenständen, durch deren Herausgabe an die Gläubiger zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung er sich befreien kann, den von ihm an den Verkäufer bezahlten oder noch geschuldeten Kaufpreis für die Erbschaft in Abzug bringen bzw. die Herausgabe bis zur Erstattung oder Befreiung verweigern kann, weil er insoweit, als er den Kaufpreis bezahlt hat oder noch schuldet, nicht mehr bereichert ist. Es gilt in dieser Beziehung dasselbe wie wenn der Erbe Verwendungen auf die Erbschaft gemacht hat (s. oben Erl. 3b zu § 1973). In betreff der von dem Verkäufer zum Zwecke der Befreiung von den Ansprüchen der Gläubiger herauszugebenden Gegenstände kommt in Betracht, daß er höchstens noch um den Kaufpreis für die Erbschaft, um die Nutzungen, welche ihm nach § 2379 verbleiben, und um die Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen nach Maßgabe des § 2381 bereichert ist (s. oben Erl. 3b zu § 1973). Der dem Verkäufer nach § 2378 gegen den Käufer zustehende Anspruch auf Befriedigung der Nachlaßgläubiger kommt nicht in Betracht, weil den Gläubigern ein selbständiges Recht auf Befriedigung gegen den Käufer zusteht (§ 2382). Selbstverständlich können sowohl der Verkäufer als der Käufer einen nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs eingetretenen Wegfall der Bereicherung geltend machen.

c) Hat ein Nachlaßgläubiger innerhalb fünf Jahren nach dem Erbfalle seine Rechte gegen den Verkäufer nicht geltend gemacht und wird der Erbschaftskauf erst nach Ablauf der fünf Jahre abgeschlossen, so stehen die dem Verkäufer einem solchen Gläubiger nach § 1974 zustehenden Rechte auch dem Käufer zu. In betreff der Geltendmachung dieser Rechte sowohl von seiten des Verkäufers als von seiten des Käufers gilt das unter b Gesagte. Hat ein Nachlaßgläubiger vor dem Abschlusse des Erbschaftskaufs und vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Erbfalle seine Rechte gegen den Verkäufer geltend gemacht, so wirkt dies auch gegen den Käufer und der Fall des § 1974 kann daher auch ihm gegenüber nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs nicht mehr eintreten. Waren zur Zeit des Abschlusses des Erbschaftskaufs fünf Jahre seit dem Erbfalle noch nicht abgelaufen, und hatte ein Nachlaßgläubiger bis zu dem Abschlusse des Kaufes seine Rechte gegen den Verkäufer nicht geltend gemacht, so erfolgt der Erwerb der in dem § 1974 bezeichneten Rechte gegen den Gläubiger selbständig für den Verkäufer und für den Käufer dadurch, daß ihm gegenüber der Gläubiger seine Rechte innerhalb der fünf Jahre nicht geltend macht. Der Erwerb dieser Rechte durch den einen kommt dem anderen nicht zu statten. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 1000 der CPO., nach welchem das von dem einen erwirkte Ausschlußurteil auch dem anderen zu statten kommt, dürfte nicht zulässig sein.

d) Nach Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß wird ein Erbschaftskauf kaum jemals abgeschlossen werden. Praktische Bedeutung hat nur die Frage, wie sich das Verhältnis gestaltet, wenn der Konkurs nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs eintritt. Auf diesen Fall soll sich daher die folgende Erörterung beschränken. Das dadurch gewonnene Ergebnis würde, wenn ein Fall der erstgedachten Art einmal eintreten sollte, darauf entsprechende Anwendung finden müssen.

Nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs tritt nach KO. § 232 für den Konkurs über den Nachlaß in Ansehung des Verfahrens der Käufer an die Stelle des Erben. Zu dem Antrag auf Eröffnung des Konkurses ist außer den Nachlaßgläubigern immer der Käufer berechtigt. Der Erbe, also der Verkäufer, ist zu dem Antrage wegen einer Nachlaßverbindlichkeit berechtigt, die im Verhältnisse zwischen ihm und dem Käufer dem letzteren zur Last fällt (§§ 2376, 2378); wegen einer anderen Nachlaßverbindlichkeit steht ihm dieses Recht ebenfalls zu, jedoch mit Ausnahme des Falles, daß er unbeschränkt haftet oder daß eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist. Die Konkursmasse wird gebildet durch die Gegenstände, welche der Käufer auf Grund des Erbschaftskaufs erlangt hat und nach § 2383 Abs. 1 Satz 3, sofern sich die Haftung des Käufers auf die Erbschaft beschränkt, durch seine Ansprüche aus dem Kaufe. Zweifelhaft ist, ob das Recht der Konkursmasse sich auch in betreff der noch bei dem Verkäufer vorhandenen Erbschaftsgegenstände auf einen persönlichen Anspruch gegen ihn beschränkt. Hieraus würde folgen, daß die Konkursmasse, wenn auch der Verkäufer in Konkurs gerät, kein Aussonderungsrecht in betreff der noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände hätte, daß sie vielmehr den Anspruch darauf nur als Konkursgläubiger geltend machen könnte. Für diese Auffassung läßt sich geltend machen, daß nach KO. § 232 der Käufer in Ansehung des Verfahrens an die Stelle des Verkäufers tritt. Es handelt sich hier indessen um eine materielle Rechtsfrage, um das durch die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß begründete Recht der Nachlaßgläubiger auf die zu dem Nachlasse gehörenden Gegenstände. Zu diesen gehören die noch bei dem Verkäufer vorhandenen Gegenstände ebensogut wie die bei dem Käufer vorhandenen und der Konkursmasse dürfte daher in Ansehung der ersteren dasselbe Recht zustehen wie in Ansehung der letzteren. Die Worte „in Ansehung des Verfahrens" müssen bei dieser Auffassung freilich in einem engeren Sinne ausgelegt werden. Dies dürfte sich aber durch den Zweck der fraglichen Vorschrift rechtfertigen und ist mit dem Wortlaute vereinbar (ebenso jetzt auch Strohal II § 98 III). Derselbe Zweifel entsteht in betreff der Frage, ob die Vorschriften der KO. §§ 7, 8 über die Unwirksamkeit der von dem Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen und der an ihn bewirkten Leistungen nur für den Käufer oder auch für den Verkäufer gelten, ob also z. B. eine von dem Verkäufer nach der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß vorgenommene Veräußerung von Erbschaftsgegenständen der Konkursmasse gegenüber wirksam ist. Die Entscheidung der Frage hängt auch hier von der Auslegung der Worte „in Ansehung des Verfahrens" ab und dürfte in demselben Sinne wie oben, also dahin zu erfolgen haben, daß die §§ 7, 8 der KO. auch auf die Rechtshandlungen des Verkäufers anzuwenden sind (ebenso jetzt auch Strohal II § 98 III; Dernburg V § 142 IV).

Die Vorschriften der §§ 1976, 1977 finden, auch wenn der Konkurs nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs eröffnet wird, Anwendung. Der Verkäufer bleibt den Nachlaßgläubigern nach Maßgabe der §§ 1978—1980 verhaftet und der hierauf gegründete Anspruch der Nachlaßgläubiger gilt als zu der Konkursmasse gehörend (§ 1978 Abs. 2; M. II S. 364). Die Motive lassen es unentschieden, ob der Käufer für diese Verpflichtung des Verkäufers haftet. Ein Grund für eine solche Haftung dürfte nicht vorliegen und die Frage daher zu verneinen sein. Dagegen haftet der Käufer den Gläubigern nach Maßgabe der §§ 1978—1980 selbständig wegen der von ihm von dem Erbschaftskauf an geführten Verwaltung des Nachlasses. In der zweiten Kommission war ein Antrag gestellt, daß der Verkäufer den Gläubigern für die Erfüllung der dem Käufer nach E. I § 2112 (jetzt § 1978) obliegenden Verpflichtungen wie ein Bürge hafte, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet habe. Der Antrag wurde zurückgezogen. Die Kommission erkannte indessen an, daß der Antrag sachlich richtig sei. Eine ausdrückliche Bestimmung sei unnötig, „denn der Erbe sei den Gläubigern gegenüber nicht berechtigt, die Erbschaft zu veräußern, seine Verwaltungspflicht verbiete ihm vielmehr die Veräußerung, bzw. sie führe dazu, daß die vom Erwerber vorgenommenen Handlungen vom Erben zu vertreten seien, wie auch der Beauftragte nach § 595 Satz 1 des E. II (jetzt § 664) die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen dürfe" (P. II Bd. 5 S. 827 f.). Die Frage ist zweifelhaft. Überwiegende Gründe dürften indessen für die Ansicht der zweiten Kommission sprechen, daß der Erbe auf Grund des fingierten Auftragsverhältnisses, in welchem er nach § 1978 zu den Gläubigern steht, nicht berechtigt ist, die Erbschaft für Rechnung der Gläubiger zu verkaufen. Ist dies richtig, so braucht der Verkäufer einerseits den von ihm für die Erbschaft erhaltenen Kaufpreis nicht herauszugeben, ist aber andererseits verpflichtet, den Nachlaß in demjenigen Zustande herauszugeben, in welchem sich dieser bei ordnungsmäßiger Verwaltung für Rechnung der Nachlaßgläubiger befinden würde. Wirtschaftlich führt dies zu demselben Ergebnisse wie der oben mit-

geteilte Antrag. Insbesondere wird auch dem Verkäufer nicht das Recht zuzugestehen sein, die Konkursmasse in betreff der Verwaltung des Nachlasses seit dem Erbschaftskaufe zunächst an den Käufer zu verweisen; er haftet vielmehr auch für diese Zeit neben dem Käufer als Gesamtschuldner. Selbstverständlich braucht die Leistung nur einmal zu erfolgen; der Verkäufer wird durch die Leistung des Käufers und dieser durch die Leistung des Verkäufers befreit. Die Ausgleichung zwischen beiden erfolgt auf der Grundlage des Erbschaftskaufs, insbesondere nach Maßgabe der §§ 2376, 2378.

Nach KO. § 232 Abs. 2 Satz 3 gelten für den Erben auch nach dem Verkaufe der Erbschaft die Vorschriften der KO. §§ 223, 224 Nr. 1, § 225. Er hat also wegen der Verwendungen, deren Ersatz er nach den §§ 1978, 1979 fordern kann, kein Zurückbehaltungsrecht; die zu ersetzenden Aufwendungen sind aber Masseschulden. Der Erbe kann ferner die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche in dem Nachlaßkonkurse geltend machen; das Gleiche gilt von den Ansprüchen von Nachlaßgläubigern, welche der Erbe befriedigt hat, unter den im § 225 Abs. 2, 3 bestimmten Voraussetzungen. Selbstverständlich gelten diese Vorschriften auch für den Käufer in betreff der von ihm seit dem Erbschaftskaufe geführten Verwaltung des Nachlasses.

Solange der Konkurs dauert, beschränkt sich die Haftung sowohl des Käufers als des Verkäufers nach § 1975 auf den Nachlaß; nur in dem Nachlaßkonkurse können daher die Nachlaßgläubiger ihre Befriedigung suchen. Sowohl der Käufer wie der Verkäufer ist nach CPO. §§ 784, 785 berechtigt, die Aufhebung von Maßregeln der Zwangsvollstreckung, welche in ihr nicht zum Nachlasse gehörendes Vermögen angeordnet sind, zu verlangen.

Nach Beendigung des Konkurses durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich haftet nach § 1989 sowohl der Käufer wie der Verkäufer den Nachlaßgläubigern nur noch nach Maßgabe des § 1973. Dies bedeutet, wenn der Konkurs durch Verteilung der Masse beendigt und ein Überschuß geblieben ist, für den Käufer, daß er sich durch Herausgabe dieses Überschusses an die Gläubiger zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 1973 befreien kann; er ist dabei aber berechtigt, den von ihm für die Erbschaft bezahlten Kaufpreis in Anrechnung zu bringen, weil er insoweit nicht mehr bereichert ist (s. oben unter b). Zweifelhafter liegt die Frage in betreff des Verkäufers. Es dürfte in dieser Beziehung davon auszugehen sein, daß auch hier dieselben Grundsätze wie im Falle des § 1973 Anwendung finden (s. oben b). Wie dort der Verkäufer an sich die zu dem Nachlasse gehörenden Gegenstände bzw. deren Wert, soweit er dadurch noch bereichert ist, herauszugeben hat, bei der Frage aber, ob er noch bereichert ist, auch der von ihm bezahlte Kaufpreis in Betracht gezogen werden muß, so wird auch hier der Verkäufer den Nachlaßgläubigern gegenüber noch um den erhaltenen Kaufpreis als bereichert anzusehen sein. Die Gläubiger, welche bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen den Käufer bei der Beurteilung der Frage, ob dieser noch bereichert ist, sich die Zahlung des Kaufpreises an den Verkäufer anrechnen lassen müssen, können sich also, soweit sie infolge hiervon nicht den ganzen dem Käufer nach Beendigung des Konkurses verbliebenen Überschuß erhalten, dieserhalb noch an den Verkäufer halten.

Ist das Konkursverfahren nach KO. § 204 eingestellt, weil eine den Kosten des Konkursverfahrens entsprechende Masse nicht vorhanden ist, so bestimmt sich die Haftung des Käufers wie des Verkäufers nach den §§ 1990, 1991. Über das Nähere s. unter f.

Ist das Konkursverfahren auf Grund der KO. § 202 eingestellt, so hängt die Rechtsstellung des Käufers und des Verkäufers von der Entscheidung der Frage ab, ob in einem solchen Falle die durch den Konkurs eingetretene Beschränkung der Haftung des Erben (§ 1975) bestehen bleibt und der Erbe diese Beschränkung nun unter entsprechender Anwendung der §§ 1990, 1991 geltend machen kann, oder ob mit der Einstellung des Konkursverfahrens dasjenige Verhältnis wieder eintritt, welches vor der Eröffnung des Konkursverfahrens bestand, der Erbe also die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen kann, wenn von neuem Konkurs eröffnet oder wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist oder wenn die im § 1990 bestimmten Voraussetzungen vorliegen (DJZ. 1899 S. 366). Bei der erstgedachten Auffassung kommen sowohl für den Käufer wie für den Verkäufer die unter f dargelegten Grundsätze zur Anwendung. Bei der letztgedachten, abweichend von der früheren Auflage, jetzt in Erl. 1 b β vertretenen Auffassung, gilt für beide dasselbe, was für sie vor der Eröffnung des Konkursverfahrens galt; jeder von ihnen kann daher die Beschränkung seiner Haftung nur unter den oben angeführten Voraussetzungen geltend machen.

e) Über das in betreff der Nachlaßverwaltung (§§ 1980 ff.) im Falle eines Erbschaftskaufs stattfindende Rechtsverhältnis fehlt es an ausdrücklichen Vorschriften. Es dürfte sich rechtfertigen, die für den Konkurs geltenden Vorschriften insoweit zur entsprechenden

Anwendung zu bringen, als dies mit der Natur und dem Zwecke der Nachlaßverwaltung vereinbar ist. Wie in Ansehung des Konkursverfahrens der Käufer an die Stelle des Erben tritt, so wird er auch in Ansehung des die Nachlaßverwaltung betreffenden Verfahrens an die Stelle des Erben treten müssen. Er ist daher zu dem Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung befugt. Dies folgt übrigens auch schon aus § 2383 Satz 1, nach welchem für die Haftung des Käufers die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben gelten. Zweifelhaft ist, ob auch der Verkäufer die Anordnung der Nachlaßverwaltung zu beantragen berechtigt ist. Eccius in Gruch. Bd. 43 S. 631 gesteht ihm dieses Recht unbedingt zu, weil nach § 1981 der Erbe zu dem Antrage berechtigt sei, und der Erbe durch den Verkauf nicht aufgehört habe, Erbe zu sein; Dernburg V § 192 III versagt ihm dieses Recht unbedingt, weil er anderenfalls den Käufer sehr chikanieren könnte. Strohal II § 98 II will die Vorschriften der KO. § 232 entsprechend anwenden, dem Verkäufer das fragliche Recht also einräumen wegen einer Nachlaßverbindlichkeit, welche im Verhältnisse zwischen ihm und dem Käufer dem letzteren nicht zu Last fällt, wegen anderer Nachlaßverbindlichkeiten aber nur, sofern er nicht unbeschränkt haftet. Für die letztgedachte Auffassung spricht die Analogie der fraglichen für den Konkurs geltenden Vorschriften, deren Gründe offenbar auch bei der Nachlaßverwaltung zutreffen. Mit dem Rechte und dem Interesse des Käufers würde es nicht vereinbar sein, wenn gegen dessen Willen der Verkäufer unbedingt die Anordnung der Nachlaßverwaltung beantragen könnte. Man wird sich daher trotz des Wortlauts des § 1981 der Auffassung von Strohal anschließen müssen. Sie bedarf aber insoweit noch einer Ergänzung, als außer den im § 232 der KO. bestimmten Voraussetzungen auch noch die in dem § 1981 Abs. 2 für das Antragsrecht eines Nachlaßgläubigers bestimmte Voraussetzung vorliegen muß, die Voraussetzung also, daß Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Käufers gefährdet wird. Der Verkäufer ist nach KO. § 232 zu dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens in derselben Weise wie ein Nachlaßgläubiger, also nur bei Glaubhaftmachung der Überschuldung des Nachlasses (KO. § 215) berechtigt. Die entsprechende Anwendung auf den hier fraglichen Fall führt dahin, hier die für die Berechtigung eines Nachlaßgäubigers zu dem Antrag auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung bestimmte Voraussetzung zu fordern. An Stelle der Glaubhaftmachung der Überschuldung tritt daher hier die Glaubhaftmachung der in dem § 1981 bezeichneten Besorgnis.

In betreff der Haftung des Käufers und des Verkäufers für die Verwaltung des Nachlasses nach Maßgabe der §§ 1978, 1979 und des desfalls den Gläubigern zustehenden zu dem Nachlasse gehörenden Anspruchs gilt dasselbe wie im Falle des Konkurses (s. oben unter d). Dasselbe gilt auch in betreff der Beschränkung des Verfügungsrechts beider über die zu dem Nachlasse gehörenden Gegenstände nach Maßgabe der §§ 7, 8 der KO.

Solange die Nachlaßverwaltung besteht, haften der Käufer wie der Verkäufer den Nachlaßgläubigern nicht mit ihrem nicht zu dem Nachlasse gehörenden Vermögen (§ 1975; CPO. § 784). Es gilt dasselbe wie im Falle des Konkurses (s. unter d).

Nach Beendigung der Nachlaßverwaltung entsteht dieselbe Frage wie in dem Falle, daß das Konkursverfahren auf Grund der KO. § 202 mit Zustimmung der Gläubiger eingestellt ist. Je nachdem man annimmt, daß nach Beendigung der Nachlaßverwaltung die Haftung des Erben gegenüber den nicht befriedigten Nachlaßgläubigern wieder in dieselbe Lage gelangt, wie vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung oder, daß auf die Haftung des Erben solchen Nachlaßgläubigern gegenüber, die Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung finden (s. oben Erl. 3 zu § 1986; DJZ. 1899 S. 366), gilt das eine oder das andere auch für die Haftung des Käufers wie des Verkäufers.

Ist der Erbschaftskauf erst abgeschlossen, nachdem die Nachlaßverwaltung bereits angeordnet war, so gilt von diesem Zeitpunkt an für das Rechtsverhältnis des Käufers und des Verkäufers dasselbe wie in dem Falle, daß die Nachlaßverwaltung erst nach dem Abschlusse des Erbschaftskaufs angeordnet wird.

f) Ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Konkurses wegen mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich, oder wird aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so stehen dem Käufer den Nachlaßgläubigern gegenüber die in den §§ 1990, 1991 bestimmten Rechte zu. Er ist den Gläubigern von dem Zeitpunkt an, in welchem ihm der Nachlaß auf Grund des Erbschaftskaufs von dem Verkäufer herausgegeben ist, nach Maßgabe der §§ 1978,

1979 für seine Verwaltung des Nachlasses verantwortlich und kann andererseits nach Maßgabe derselben Vorschriften Ersatz seiner Verwendungen fordern. Durch die Herausgabe desjenigen, was er nach diesen Grundsätzen schuldet, an die Gläubiger zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung kann er sich in derselben Art wie der Erbe von seinen Verbindlichkeiten befreien (vgl. oben Erl. zu §§ 1990, 1991). Als Verwendung kann der Käufer nicht, wie in den Fällen der §§ 1973, 1974, 1989 (s. oben unter b, c, d) den Kaufpreis, welchen er für die Erbschaft gezahlt hat, in Ansatz bringen; denn in dem hier fraglichen Falle bestimmt sich seine Haftung den Gläubigern gegenüber nicht nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, vielmehr haftet er ihnen nach Maßgabe der §§ 1978, 1979 unbeschränkt.

Auch dem Verkäufer stehen die in den §§ 1990, 1991 bestimmten Rechte gegenüber den Nachlaßgläubigern zu. Seine Haftung auf Grund der §§ 1978, 1979 bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, welche oben unter d Abs. 3 für seine Haftung gegenüber der Konkursmasse dargelegt sind. Er braucht also einerseits zwar den für die Erbschaft erhaltenen Kaufpreis nicht herauszugeben, kann sich aber andererseits nur befreien durch Herausgabe des Nachlasses in demjenigen Zustand, in welchem sich dieser bei ordnungsmäßiger Verwaltung befinden würde; a. A. Eccius in Gruch. Bd. 43 S. 631, welcher annimmt, daß in der Hand des Verkäufers sich nur das Recht befinde, Tilgung der Schuld, soweit der Nachlaß reicht, von dem Erbschaftskäufer zu verlangen und daß er nur dieses Recht, nichts anderes den Gläubigern herauszugeben habe; Strohal II § 98 II, nach welchem der Verkäufer den Nachlaßgläubigern nur mit demjenigen haften soll, „was er von der Erbschaft noch hat und außerdem noch insoweit, als er nach Maßgabe der §§ 1978—1980 den Nachlaßgläubigern gegenüber verantwortlich ist".

g) Gegenüber den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen, durch welche eine Überschuldung des Nachlasses begründet wird, ist der Käufer nach den §§ 2383, 1992, auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen, die in den §§ 1990, 1991 bestimmten Rechte geltend zu machen befugt. Er kann dabei die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden. Dieselben Rechte stehen auch dem Verkäufer zu. Das Rechtsverhältnis beider gegenüber den Gläubigern bestimmt sich im übrigen nach dem unter f Gesagten.

h) Die in den §§ 2014, 2015 bestimmten verzögerlichen Einreden stehen mit der in der CPO. § 782 bestimmten Wirkung sowohl dem Käufer als dem Verkäufer zu; jedoch fällt nach § 2016 das Einrederecht für denjenigen weg, welcher unbeschränkt haftet. Die im § 2014 bestimmte Frist von drei Monaten beginnt auch für den Käufer mit der Annahme der Erbschaft von seiten des Erben, also des Verkäufers. Sie endigt auch schon vor dem Ablaufe von drei Monaten für den Käufer wie für den Verkäufer mit der Errichtung des Inventars, mag diese durch den einen oder durch den anderen erfolgt sein; das letztere dürfte anzunehmen sein, weil die Errichtung des Inventars von seiten des einen nach § 2383 Abs. 2 auch dem anderen zustatten kommt und deshalb auch die damit verbundene Folge des Wegfalls der verzögerlichen Einrede für beide eintreten muß. Die im § 2015 bestimmte Einrede steht dem Käufer wie dem Verkäufer zu, wenn der Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres seit der Annahme der Erbschaft auch nur von einem von ihnen gestellt ist; dies ergibt sich aus CPO. § 1000.

3. **Bildet ein Erbteil den Gegenstand des Erbschaftskaufs**, so gelten für den Käufer wie für den Verkäufer neben den in Erl. 2 dargelegten Grundsätzen die Vorschriften der §§ 2058—2063 (s. Erl. 2 zu § 2382). Sowohl der Käufer als der Verkäufer haften hiernach neben den Miterben den Nachlaßgläubigern als Gesamtschuldner. Die in den §§ 2059—2061 bestimmten Beschränkungen der gesamtschuldnerischen Haftung kann auch der Käufer geltend machen; denn wenn auch der Abs. 1 Satz 1 des § 2383 zunächst nur das Recht des Erben, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, vor Augen hat, so muß er doch sowohl seinem Wortlaute wie seinem Zwecke nach auch auf die hier fragliche Beschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung eines Miterben bezogen werden. Im einzelnen ist Folgendes hervorzuheben:

a) Sowohl der Käufer wie der Verkäufer kann, wenn er von einem Nachlaßgläubiger in Anspruch genommen wird, bis zu der Teilung des Nachlasses die Befriedigung aus seinem nicht zum Nachlasse gehörenden Vermögen verweigern, sofern er nicht unbeschränkt haftet (s. oben Erl. 1, 2 zu § 2059). Dies hat für den Käufer, solange ihm der Erbteil noch nicht übertragen ist, die Folge, daß er die Befriedigung des Gläubigers überhaupt

verweigern kann, weil er einen Anteil am Nachlasse noch nicht hat. Dieselbe Folge tritt für den Verkäufer ein, wenn er den Erbteil auf den Käufer übertragen hat, weil er dann keinen Anteil an dem Nachlasse mehr hat. Haftet der Käufer oder der Verkäufer unbeschränkt, so steht ihm die hier fragliche Einwendung in betreff des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit nicht zu; sie verbleibt ihm nur in betreff des übrigen Teiles der Verbindlichkeit. Das im § 2059 Abs. 2 bestimmte Recht der Nachlaßgläubiger, ihre Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu fordern (s. oben Erl. 3 zu § 2059), wird durch den Erbschaftskauf nicht berührt. Zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ist neben dem vollstreckbaren Titel gegen die Miterben, solange der Erbteil dem Käufer nicht übertragen ist, ein gegen den Verkäufer vollstreckbarer Titel, nach der Übertragung des Erbteils an den Käufer ein gegen diesen vollstreckbarer Titel erforderlich und genügend.

b) Nach der Teilung des Nachlasses beschränkt sich die Haftung des Käufers wie des Verkäufers unter den in den §§ 2060, 2061 bestimmten Voraussetzungen auf den dem verkauften Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit (vgl. Erl. zu §§ 2060, 2061). Hervorzuheben ist folgendes:

α) Die im § 2060 Nr. 1 bestimmte Voraussetzung des Ausschlusses des Gläubigers im Aufgebotsverfahren ist für den Käufer wie für den Verkäufer gegeben, mag das Aufgebot und das Ausschlußurteil von dem einen oder dem anderen von ihnen erwirkt sein (CPO. § 1000).

β) Die im § 2060 Nr. 2 bestimmte Voraussetzung ist für den Käufer gegeben, wenn ihm gegenüber die Verbindlichkeit nicht innerhalb fünf Jahren seit dem im § 1974 Abs. 1 bezeichneten Zeitpunkte geltend gemacht ist und er auch vor der Teilung keine Kenntnis davon erlangt hat. Die Geltendmachung der Verbindlichkeit gegenüber dem Verkäufer sowie dessen Kenntnis von dem Bestehen der Verbindlichkeit schaden dem Käufer nicht. Das Entsprechende gilt für den Verkäufer.

γ) Durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses und dessen Beendigung durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beschränkt sich immer sowohl die Haftung des Käufers wie die des Verkäufers auf den dem Erbteil entsprechenden Teil der Verbindlichkeit (§ 2060 Nr. 3).

δ) Zweifelhaft kann sein, ob das im § 1061 bestimmte Recht, die Nachlaßgläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen mit der dort bestimmten Wirkung aufzufordern, von dem Abschlusse des Erbschaftskaufs an sowohl dem Käufer als dem Verkäufer zusteht, oder ob der erstere dieses Recht etwa nur von der Übertragung des Erbteils an, der letztere nur bis zu der Übertragung, hat. Da von dem Erbschaftskauf an sowohl der Käufer als der Verkäufer als Gesamtschuldner haften, so dürfte nach dem Zwecke der Vorschrift von diesem Zeitpunkt an beiden das fragliche Recht zuzugestehen sein. Die von dem einen von ihnen erlassene Aufforderung wird ebenso wie sie dem Miterben zustatten kommt, auch dem anderen zustatten kommen müssen. Die Anmeldung der Forderung muß bei demjenigen von ihnen, welcher die Aufforderung erlassen hat, oder bei dem Nachlaßgericht erfolgen. Ist sie in dieser Art innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, so tritt die Beschränkung der Haftung auch für den anderen Teil ein, sofern dieser nicht vor der Teilung von der Forderung Kenntnis erlangt hat. Die Kenntnis des einen Teiles schadet dem anderen Teile nicht.

c) Liegt keiner der unter b bezeichneten Fälle vor, so haften auch nach der Teilung sowohl der Käufer als der Verkäufer neben den Miterben als Gesamtschuldner für die ganze Forderung.

d) In betreff des Rechtes, die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß geltend zu machen, gelten für den Käufer wie für den Verkäufer, mögen sie einem Nachlaßgläubiger gegenüber als Gesamtschuldner für die ganze Forderung oder nur für den dem Erbteil entsprechenden Teil der Forderung haften, die in Erl. 2 dargelegten Grundsätze mit denjenigen Modifikationen, welche sich daraus ergeben, daß nicht die ganze Erbschaft, sondern nur ein Erbteil verkauft ist. Verlangt ein Gläubiger seine Befriedigung vor der Teilung des Nachlasses, so haftet sowohl der Käufer wie der Verkäufer den Nachlaßgläubigern in den Fällen Erl. 2 d—f nach Maßgabe der §§ 1978—1980 für die Mitverwaltung des Nachlasses, der Käufer jedoch nur von dem Zeitpunkt an, in welchem ihm der Erbteil übertragen ist, der Verkäufer auch für die Mitverwaltung des Käufers von diesem Zeitpunkt an. Nach der Teilung beschränkt sich diese Haftung auf die Verwaltung der bei der Teilung zugeteilten Gegenstände. Nach der Teilung ist nach § 2062 die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht mehr zulässig. Dieser Weg, die Beschränkung der Haftung geltend zu machen, ist also dem Käufer wie dem Verkäufer

§. 2384. Der Verkäufer ist den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet, den Verkauf der Erbschaft und den Namen des Käufers unverzüglich dem Nachlaßgericht anzuzeigen. Die Anzeige des Verkäufers wird durch die Anzeige des Käufers ersetzt.

Das Nachlaßgericht hat die Einsicht der Anzeige Jedem zu gestatten, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

---

verschlossen. Die Eröffnung des Konkurses über den ganzen Nachlaß (nicht über einen Erbteil) ist aber noch möglich. Daneben stehen dem Käufer wie dem Verkäufer unter den im § 1990 bezeichneten Voraussetzungen die dort bezeichneten Rechte nach Maßgabe des § 1991 zu.

Die Vorschrift des § 2063 Abs. 2, nach welcher ein Miterbe sich den übrigen Miterben gegenüber auf die Beschränkung seiner Haftung auch dann berufen kann, wenn er den anderen Nachlaßgläubigern gegenüber unbeschränkt haftet, gilt zugunsten des Käufers wie des Verkäufers.

e) Über den Wegfall der Haftung des Käufers für den Fall, daß der Erbteil den Miterben infolge des von ihnen geltend gemachten Vorkaufsrechts übertragen ist, s. Erl. 2 zu § 2382.

f) Die in mehrfacher Beziehung abweichenden Ansichten von Binder S. 113 über das bei dem Verkauf eines Erbteils nach § 2383 eintretende Verhältnis beruhen auf der unrichtigen Auffassung Binders von der rechtlichen Natur der Übertragung eines Erbteils (s. Vorbm. 4). Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Punkte dürfte nicht erforderlich sein.

§ 2384.

E. II § 460 rev. § 2359; III § 2358. P. II Bd. 2 S. 128 f.; Bd. 5 S. 149 f.; Bd. 6 S. 182.

Der § 2384 ist von der zweiten Kommission eingestellt worden mit Rücksicht auf den Einfluß, welchen der Erbschaftskauf auf das Rechtsverhältnis der Nachlaßgläubiger, insbesondere in der Richtung hat, daß sie die Eröffnung des Konkurses nicht mehr gegen den Verkäufer, sondern nur noch gegen den Käufer beantragen können (KO. § 232).

1. **Durch den Abs. 1 wird dem Verkäufer die Verpflichtung auferlegt, den Verkauf der Erbschaft und den Namen des Käufers unverzüglich dem Nachlaßgericht anzuzeigen.** Die Verpflichtung liegt dem Verkäufer den Nachlaßgläubigern gegenüber ob. Eine Anzeige an die Nachlaßgläubiger selbst ist nicht erforderlich. Dem Nachlaßgerichte braucht nicht, wie in der zweiten Kommission beantragt war, eine Abschrift des Kaufvertrags mitgeteilt zu werden; die Anzeige von dem Abschluß und von dem Namen des Käufers genügt. Über die Bedeutung des Wortes „unverzüglich" s. Bd. I Erl. zu § 121.

Die Verpflichtung liegt dem Verkäufer auch dann ob, wenn die Miterben ihm gegenüber von dem ihnen nach § 2035 zustehenden Vorkaufsrechte Gebrauch gemacht haben und infolge davon nach § 505 Abs. 2 der Verkauf mit den Miterben zustande gekommen ist. Im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Käufer nach § 2035 ist dieser zu der Anzeige verpflichtet.

Daraus, daß die Verpflichtung zur Anzeige dem Verkäufer den Nachlaßgläubigern gegenüber obliegt, folgt, daß er den Nachlaßgläubigern zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, welcher diesen durch die schuldhafte Unterlassung der Anzeige erwächst. Der Anspruch fällt aber weg, wenn die Anzeige unverzüglich von dem Käufer erfolgt ist (Abs. 1 Satz 2). Ein Anspruch auf Ersatz des Schadens besteht auch für denjenigen Nachlaßgläubiger nicht, welchem der Verkäufer oder der Käufer direkt die Anzeige gemacht hat. Nicht ausgeschlossen wird der Anspruch auf Ersatz dadurch, daß ein Nachlaßgläubiger von dem Verkaufe der Erbschaft Kenntnis erlangt hat. Eine solche Kenntnis ist immer eine mehr oder weniger unsichere und die Nachlaßgläubiger sollen sich darauf verlassen können, daß der Verkauf der Erbschaft, wenn er wirklich zustande gekommen ist, von dem Verkäufer oder dem Käufer in der angegebenen Art angezeigt wird.

2. **Eine der Vorschrift des Abs. 2 entsprechende Vorschrift** enthalten im Erbrechte die §§ 1953, 2010, 2081 Abs. 2 Satz 2, 2146 Abs. 2, 2228, 2264; vgl. auch FGG. § 34. Über die Bedeutung der Vorschrift s. Erl. zu § 2010.

3. **Auch bei dem Verkauf eines Erbteils** findet die Vorschrift des § 2384 Anwendung (a. A. Binder S. 108; vgl. Vorbm. 4).

§. 2385. Die Vorschriften über den Erbschaftskauf finden entsprechende Anwendung auf den Kauf einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind.

Im Falle einer Schenkung ist der Schenker nicht verpflichtet, für die vor der Schenkung verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände oder für eine vor der Schenkung unentgeltlich vorgenommene Belastung dieser Gegenstände Ersatz zu leisten. Die im §. 2376 bestimmte Verpflichtung zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte trifft den Schenker nicht; hat der Schenker den Mangel arglistig verschwiegen, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Neues Palais, den 18. August 1896.

(L. S.) Wilhelm.

Fürst zu Hohenlohe.

---

§ 2385.

E. I § 500; II § 461 rev. § 2360; III § 2359. P. I S. 2016 f.; M. III S. 365 f. P. II Bd. 2 S. 129 f.; Bd. 6 S. 182 f.

1. Der Abs. 1 des § 2385 schreibt die **entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erbschaftskauf auf folgende andere Verträge vor:**

a) auf einen anderen Vertrag als einen Verkauf, durch den sich der eine Teil verpflichtet, eine ihm angefallene Erbschaft dem anderen Teile zu übertragen. In Betracht kommt hauptsächlich ein Tauschvertrag, bei welchem der vertauschte oder der eingetauschte Gegenstand eine Erbschaft ist sowie das schenkweise Versprechen der Übertragung einer Erbschaft (über das letztere s. das Nähere in Erl. 2). Ein Vergleich zwischen den durch eine Verfügung von Todes wegen eingesetzten Erben und den gesetzlichen Erben über die bestrittene Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen kann unter Umständen dahin auszulegen sein, daß die einen für den Fall, daß sie die Erben sein sollten, die Erbschaft den anderen zu übertragen sich verpflichten. Eine solche Auslegung ist aber keineswegs immer gerechtfertigt; es kommt vielmehr auf die Umstände des einzelnen Falles an (s. Wilke Erl. 2 zu § 2385, Endemann Bd. 3 § 48; RG. in DJZ. 1906 S. 145). Auch bei einem Vertrage der hier fraglichen Art handelt es sich immer um einen obligatorischen Vertrag. Mit dem Abschlusse dieses Vertrags treten sowohl für das Verhältnis unter den Parteien (§§ 2372—2381) als für das Verhältnis gegenüber den Nachlaßgläubigern (§§ 2382, 2383) dieselben Wirkungen ein, wie im Falle eines Erbschaftskaufs. Daneben können sich aus der besonderen Art des Vertrags (Tausch, Schenkung ꝛc.) besondere Wirkungen für das Verhältnis unter den Parteien ergeben. Die Gültigkeit des Vertrags hängt, welcher Art er auch sein möge, immer von der Beobachtung der im § 2371 vorgeschriebenen Form ab;

b) auf den Verkauf einer von dem Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft sowie auf einen auf die Übertragung einer solchen Erbschaft gerichteten Vertrag der unter a bezeichneten Art. Wenn das Gesetz von einer „durch Vertrag erworbenen" Erbschaft spricht, so wird darunter eine Erbschaft zu verstehen sein, auf deren Übertragung der Verkäufer durch einen Erbschaftskauf oder durch einen Vertrag der unter a bezeichneten Art ein Recht erworben hat; denn die Erbschaft als Ganzes kann nicht erworben werden, und die Absicht des Gesetzes kann nicht dahin gegangen sein, die Anwendung der Vorschriften über den Erbschaftskauf davon abhängig zu machen, daß dem Verkäufer alle einzelnen Gegenstände, auf deren Übertragung er auf Grund des früher von ihm abgeschlossenen Erbschaftskaufs oder eines Vertrags der unter a bezeichneten Art ein Recht hatte, wirklich bereits übertragen seien. Ein Erbteil kann zwar im ganzen übertragen werden, aber auch bei dem auf die

Übertragung eines solchen gerichteten Vertrage wird die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erbschaftskauf nicht davon abhängig zu machen sein, daß dem Verkäufer der verkaufte Erbteil bereits übertragen war; vielmehr muß auch hier genügen, daß er durch einen Erbschaftskauf oder einen Vertrag der unter a bezeichneten Art ein Recht auf die Übertragung des Erbteils erlangt hatte. Das Verhältnis ist, wenn der Verkäufer oder derjenige, welcher sich durch einen Vertrag der unter a bezeichneten Art zu der Übertragung verpflichtet hatte, die zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände oder den Erbteil noch nicht wirklich erworben hat, im wesentlichen ebenso zu beurteilen, wie wenn derjenige, welcher eine Sache gekauft hat, diese Sache, bevor sie ihm übertragen ist, weiter verkauft; jedoch sind hierbei immer die Eigentümlichkeiten des Erbschaftskaufs zu beachten. Hieraus ergibt sich insbesondere — um zunächst bei dem Falle des Erbschaftskaufs stehen zu bleiben —, daß der zweite Verkäufer sowohl die von ihm auf Grund des früheren Kaufes bereits erworbenen, als auch diejenigen erbschaftlichen Gegenstände einschließlich der Surrogate herauszugeben hat (s. über die Bedeutung des Wortes „Herausgabe" die Erl. 4 zu § 2374), auf deren Herausgabe er durch den ersten Kauf ein Recht gegen den Verkäufer erworben hatte, jedoch nur insoweit, als diese Gegenstände zur Zeit des zweiten Erbschaftskaufs noch vorhanden waren (vgl. über die Bedeutung des Wortes „vorhanden" die Erl. 3 zu § 2374). Soweit er zur Zeit des zweiten Verkaufs nur einen Anspruch auf Herausgabe der Erbschaftsgegenstände gegen den ersten Verkäufer hatte, geht seine Verpflichtung in Ermangelung anderweitiger Vereinbarung nicht bloß auf Abtretung des Anspruchs, sondern auf Herausgabe der Gegenstände selbst. Für verbrauchte, unentgeltlich veräußerte oder belastete Gegenstände hat er nach Maßgabe des § 2375 Ersatz zu leisten, mag der Verbrauch oder die unentgeltliche Veräußerung von dem ersten Verkäufer oder von ihm vorgenommen sein. Seine Verpflichtung zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte erstreckt sich außer auf die im § 2376 bezeichneten Fälle auch darauf, daß er die Erbschaft durch den ersten Erbschaftskauf in dem oben dargelegten Sinne erworben hat. Der zweite Erbschaftskäufer wird dem zweiten Erbschaftsverkäufer gegenüber nach Maßgabe der §§ 2378, 2379 Satz 3, 2381 verpflichtet. Er hat die notwendigen Verwendungen zu ersetzen, mögen sie von dem ersten oder von dem zweiten Verkäufer gemacht sein; die von dem einen oder dem anderen gemachten sonstigen Aufwendungen aber nur insoweit, als durch sie der Wert der Erbschaft zur Zeit des zweiten Erbschaftskaufs noch erhöht ist. Den Nachlaßgläubigern gegenüber haftet der zweite Erbschaftskäufer neben dem ersten und dem zweiten Verkäufer als Gesamtschuldner nach Maßgabe der §§ 2382, 2383. Dieselben Grundsätze finden Anwendung, wenn der auf Veräußerung gerichtete erste oder zweite Vertrag nicht ein Erbschaftskauf, sondern ein anderer Vertrag war.

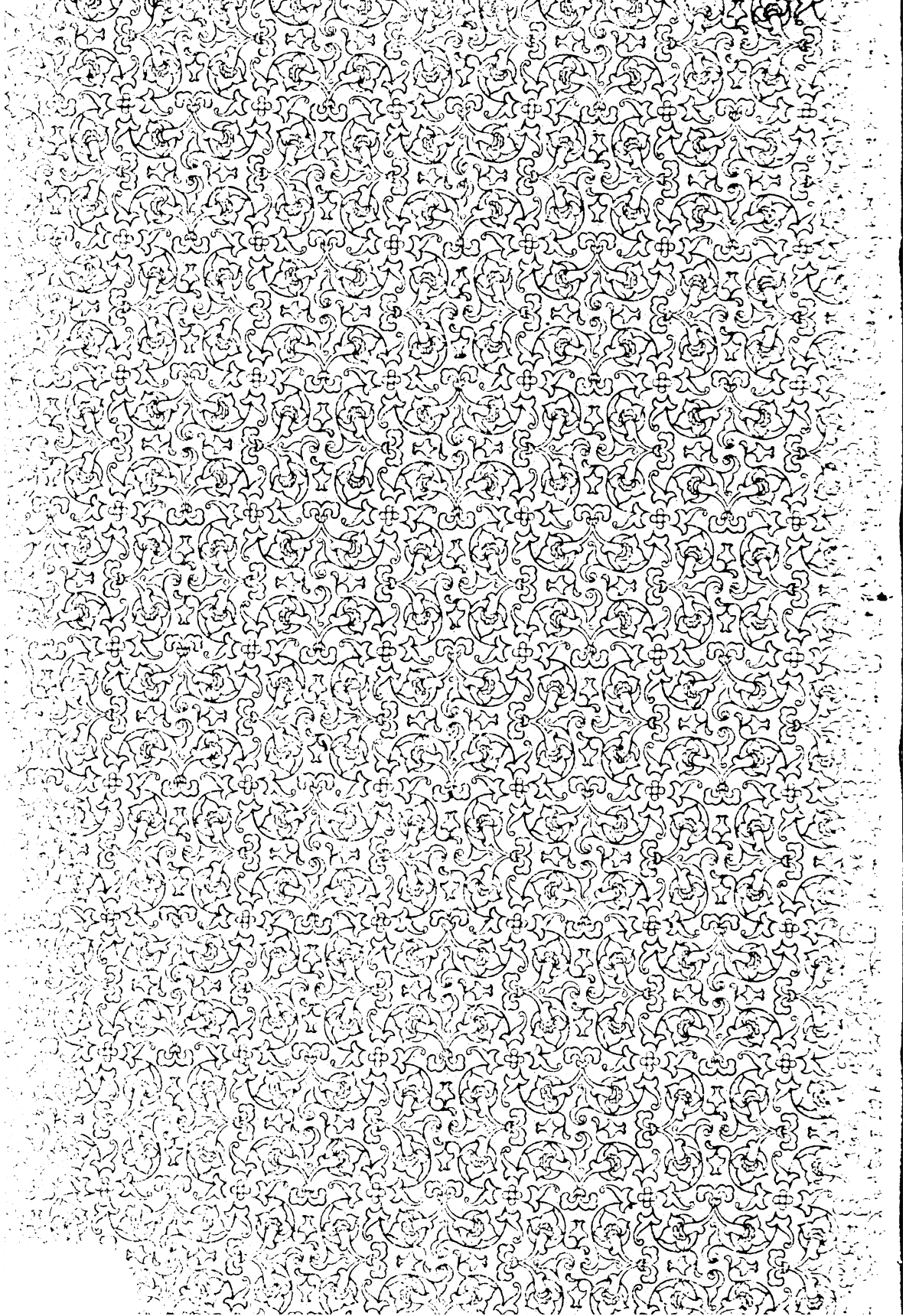
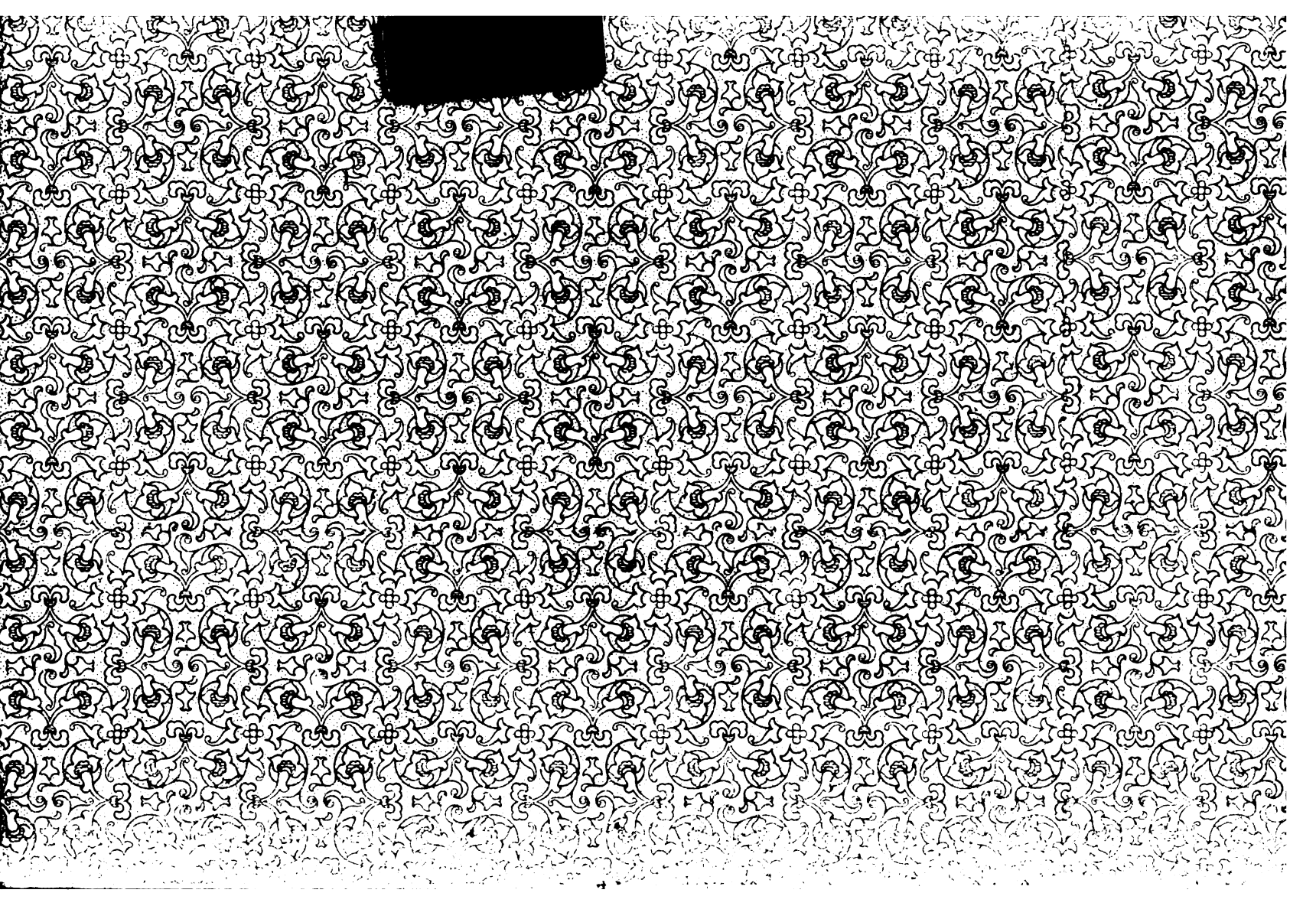
2. Für die **Schenkung einer Erbschaft** gibt der Abs. 2 besondere Vorschriften.

a) Die Schenkung einer ganzen Erbschaft ist, da eine solche im ganzen nicht übertragen werden kann, nur in der Art möglich, daß die Übertragung der Erbschaft durch Schenkungsvertrag versprochen wird. Die Schenkung eines Erbteils ist, da ein solcher nach § 2033 im ganzen übertragen werden kann, auch in der Art möglich, daß die Übertragung schenkweise erfolgt. Der auf Übertragung der Erbschaft gerichtete Schenkungsvertrag bedarf nach § 2385 Abs. 1 der im § 2371 vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ist diese Form nicht beobachtet, so wird der Mangel nicht, wie Wilke S. 314 Erl. 5 zu § 2371 annimmt, dadurch geheilt, daß der Schenker den Beschenkten die Erbschaftsgegenstände überträgt; denn die Vorschrift des § 518 Abs. 2, auf die Wilke Bezug nimmt, bezieht sich nur auf die im § 518 Abs. 1 für das Schenkungsversprechen vorgeschriebene Form; nach § 2371 aber bedarf es der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung für den ganzen Schenkungsvertrag, also auch für die Annahme des Schenkungsversprechens und eine Vorschrift, nach welcher auch der Mangel dieser Form durch Leistung desjenigen geheilt würde, was schenkweise versprochen ist, besteht nicht. Die auf Grund eines wegen Formmangels nichtigen Schenkungsvertrags übertragenen Erbschaftsgegenstände können daher nach den §§ 812, 814 kondiziert werden. Das Gleiche gilt, wenn ein Erbteil zum Zwecke der Erfüllung eines auf Übertragung desselben gerichteten aber wegen Formmangels nichtigen Schenkungsvertrags nach Maßgabe des § 2033 Abs. 1 Satz 2 gültig übertragen wird. In einem solchen Falle wird allerdings zu prüfen sein, ob nicht wenigstens eventuell die schenkweise Übertragung des Erbteils beabsichtigt ist. Muß man dies annehmen, so ist die Kondiktion des Erbteils ausgeschlossen, weil durch die Beobachtung der für die Übertragung des Erbteils vorgeschriebenen Form, auch der Formvorschrift des § 2371 genügt ist. Kann aber jene Absicht nicht angenommen werden, so kann der übertragene Erbteil kondiziert werden. Hierbei fragt es sich dann aber, ob durch

die gültige Übertragung des Erbteils die durch den Erbschaftskauf begründeten Verpflichtungen des Käufers dem Verkäufer und den Nachlaßgläubigern gegenüber (§§ 2378, 2379 Satz 2, 2381—2383) für den Beschenkten begründet werden. Ist diese Frage zu bejahen, so kann die Herausgabe des Erbteils im Wege der Kondiktion nur unter gleichzeitiger Befreiung des Beschenkten von jenen Verbindlichkeiten gefordert werden. Gegen die Bejahung der Frage läßt sich anführen, daß diese Verpflichtungen durch den obligatorischen auf Übertragung der Erbschaft gerichteten Vertrag begründet werden, daß ein solcher Vertrag hier aber nicht vorliegt. Für die Bejahung läßt sich geltend machen, daß der Beschenkte, obwohl ein obligatorischer Vertrag nicht vorliegt, doch durch die Annahme der Übertragung des Erbteils dieselben Verpflichtungen übernimmt, wie wenn ein obligatorischer Vertrag vorläge. Die letztgedachte Ansicht dürfte der natürlichen Auffassung des Verhältnisses am meisten entsprechen.

b) Die Ausschlagung einer Erbschaft von seiten des Erben ist, auch wenn sie in der Absicht erfolgt, die Erbschaft dem zunächst Berufenen zuzuwenden, keine Schenkung (§ 517). Ein Vertrag, durch welchen der Erbe dem nach ihm Berufenen gegenüber in der Absicht, diesem die Erbschaft zuzuwenden, auf die Erbschaft verzichtet, ist kein auf die Übertragung der Erbschaft gerichteter Vertrag im Sinne des § 2385 (s. oben Erl. 3 zu § 1947). Ob ein solcher Vertrag dahin umgedeutet werden kann, daß der Erbe sich für den Fall, daß die Ausschlagungsfrist bereits abgelaufen sei, oder daß er innerhalb derselben nicht ausschlage, schenkweise verpflichtet, die ihm angefallene und von ihm erworbene Erbschaft dem anderen zu übertragen, ist eine Frage der Auslegung, die sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles entscheiden läßt (s. Wilke S. 322 Erl. 3 zu § 2385; Frommhold S. 332 Erl. zu § 2385; vgl. auch RG. Bd. 20 S. 196). Über den von Wilke S. 322 Erl. 3 zu § 2385 erwähnten Fall eines Verzichts des Vorerben auf die Erbschaft gegenüber dem Nacherben vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge s. oben Erl. 3 zu § 2139.

c) Nach Abs. 2 Satz 1 fällt die im § 2372 bestimmte Verpflichtung des Verkäufers zum Ersatze wegen des Verbrauchs oder der unentgeltlichen Veräußerung oder Belastung von Erbschaftsgegenständen im Falle einer Schenkung der Erbschaft für den Schenker weg. Es ist dies eine Folgerung aus dem bei einer Schenkung zu entnehmenden Willen der Parteien.

d) Nach Abs. 2 Satz 2 fällt die im § 2376 bestimmte Verpflichtung zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte für den Schenker weg. Hat dieser aber den Mangel arglistig verschwiegen, so ist er dem Beschenkten zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Diese Vorschriften entsprechen den allgemeinen für die Schenkung von Gegenständen, die der Schenker nicht erst erwerben soll, geltenden Vorschriften des § 523 (s. Bd. II Erl. 1a zu § 523); sie mußten hier aber mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 2385 Abs. 1 mit § 2376 ausdrücklich wiederholt werden. Nicht berührt wird hierdurch die Verpflichtung des Schenkers, die zur Zeit der Schenkung vorhandenen und ihm gehörenden Erbschaftsgegenstände dem Beschenkten zu übertragen.

e) Neben den bei der Schenkung einer Erbschaft nach § 2385 anwendbaren Vorschriften über den Erbschaftskauf finden darauf die allgemeinen für Schenkungen geltenden Vorschriften der §§ 519, 521, 522, 525—533 Anwendung. Zu beachten ist hierbei aber, daß der Beschenkte durch die Annahme der Schenkung einer Erbschaft nach Maßgabe der für den Erbschaftskauf geltenden Vorschriften der §§ 2378, 2379 Satz 3, 2381—2383 dem Schenker und den Nachlaßgläubigern gegenüber verpflichtet wird. Der Schenker kann daher, soweit er nach den angeführten für die Schenkung geltenden allgemeinen Vorschriften das Geschenkte nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern kann, diesen Anspruch nur unter gleichzeitiger Befreiung des Beschenkten von dessen durch die Schenkung begründeten Verpflichtungen geltend machen.